



Bogotá D.C., 02 SEP 2020

Honorable Magistrada

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

MAGISTRADA PONENTE

SALA DE CASACIÓN PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Bogotá D.C.

Radicado N° Casación 56099

Wilson Ferney León Otálora

Respetuoso saludo,

Conforme a lo previsto en el Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020, y dentro del término otorgado en el auto de fecha 11 de agosto de 2020, proferido dentro de la actuación de la referencia, presento los argumentos de la Fiscalía con relación a la demanda de Casación interpuesta por la apoderada de la víctima *Dainer José Sarmiento Rodríguez*, en los siguientes términos:

Se invoca, como cargo único, la VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, por interpretación errónea del artículo 31 del Código Penal, esto es, la dosificación punitiva en caso de concurso de conductas punibles, porque en criterio de la



casacionista (apoderada de la víctima), no se tomó como base para el concurso, el delito que contempla la pena más grave, para el caso, el USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISIÓN DE DELITOS, el cual, debía ser elegido, después de hacer la dosificación en concreto frente a cada conducta, proceso que no realizó el *a quo* en sentencia confirmada posteriormente en apelación por el superior, en la que simplemente se determinó, de manera arbitraria, que el HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO tenía una pena mayor, generando una grave afectación en la especificación de la pena que fue fijada en 82 meses (72 meses por el delito de hurto calificado y agravado + 10 meses por el concurso con uso de menores de edad en la comisión de delitos).

Precisa que el Tribunal Superior de Bogotá, no realizó la interpretación correcta de la norma, contenida de manera reiterada en la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto se debe dosificar cada una de las penas por separado. Por el contrario, a pesar que indicó en su sentencia la forma correcta de realizar el procedimiento, al momento de resolver el problema jurídico, únicamente tomó en consideración los cuartos de cada uno para determinar el más grave, cuando la jurisprudencia ha sido reiterativa sobre el asunto, en que se deberán aplicar para el efecto, las rebajas que correspondan por fenómenos delictuales y posdelictuales.



De esta manera, asegura, erró al señalar que la pena más grave era la del HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO (ARTÍCULOS 240 y 241 del C.P.), porque desconoció que operaba para este una circunstancia posdelictual que la modificaba, esto es, la rebaja por reparación de la mitad a las tres cuartas partes, de conformidad con el artículo 269 del Código Penal, así:

Cuarto mínimo	Cuartos medios		Cuarto máximo
144 meses a 192 meses	De 192 meses a 240 meses	De 240 meses a 288 meses	De 288 meses a 336 meses

En vista que no concurren circunstancias de mayor punibilidad, únicamente una de menor, relativa a la carencia de antecedentes penales, nos debemos ubicar en el cuarto mínimo partiendo de los 144 meses, y como el procesado reparó a la víctima, se disminuye la pena pero solo en la mitad, porque la reparación se dio muy avanzada la etapa de juicio, es decir esta queda en 72 meses de prisión.

Por su parte, la dosificación de la pena para el del USO DE MENORES DE EDAD [EN] LA COMISIÓN DE DELITOS (ART. 188D C.P.), se determina así:

Cuarto mínimo	Cuartos medios		Cuarto máximo
De 120 a 150 meses	De 150 a 180 meses	De 180 a 210 meses	De 210 a 240 meses



Al igual que el otro delito, solo concurre la misma circunstancia de menor punibilidad, por lo que nos ubicamos en el cuarto mínimo, partiendo de una pena base de 120 meses de prisión.

Concluye, de acuerdo con la anterior operación, que la pena más grave es la que corresponde al delito de USO DE MENORES [EN] LA COMISIÓN DE DELITOS, a la que, es procedente sumarle la establecida para el HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, y conforme con los límites establecidos legal y jurisprudencialmente, la pena máxima permitida sería de 192 meses de prisión (120+72), por lo cual, solicita se imponga la pena que se considere adecuada según las reglas dispuestas en el artículo 31 del Código Penal y la jurisprudencia de esta Sala.

En criterio de la Fiscalía, el control de constitucionalidad y legalidad que debe hacer la Sala, conlleva a que **NO CASE** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por las siguientes razones:

1. En la decisión del el Tribunal, por la que, confirmó la sentencia de primera instancia, se observa claramente que no estableció de manera arbitraria que el delito de hurto calificado y agravado, era el que tenía la pena más grave, porque de manera rigurosa, de acuerdo con el artículo 31 del Código Penal y con la jurisprudencia de esta Corporación, después de haber realizado el sistema de cuartos, determinó que el cuarto mínimo de este delito, en el que se debía ubicar,



en concreto, oscilaba entre 144 y 192 meses de prisión y realizadas las disquisiciones del caso, optó por el rango menor de 144 meses.

Entre tanto, la conducta de uso de menores de edad para la comisión de delitos, se fijó también en el cuarto mínimo, que fluctuaba entre los 120 y 150 meses, optando también por el dígito inferior, de donde se desprende que en efecto el delito que consagraba la pena de prisión más grave, según su naturaleza, era el hurto calificado y agravado.

- 2. “Las conductas posdelictuales no determinan el marco de punibilidad, sino solamente se aplican después de individualizada la pena respecto del delito que concurra”**, así lo determinó, de manera precisa y concreta, esta Corporación en sentencia del 13 de febrero de 2019, proferida en el radicado N° 47.675, citada en el fallo impugnado, pero solo para referir el aparte en que estableció *que la pena individualizada para cada delito, es la que permite determinar cuál es la más grave, y no con fundamento en la prevista por el legislador.*

En efecto, en el contexto del problema jurídico que se identifica en la demanda de casación, esta honorable Corporación, indicó:



“3.7. Conductas posdelictuales y su incidencia en la fijación de la pena.

Individualizada la pena (...) se deben considerar las conductas posdelictuales que tengan incidencia en la pena, las cuales son diferentes con las circunstancias delictuales por el momento en que se presentan en relación con el delito, al instante de la consumación o con posterioridad o aún para poner fin a la ilicitud cuando son acciones permanentes.

El valor del bien para el hurto, para atenuarlo, como en la eventualidad del artículo 239-2 del C.P., es una circunstancia delictual, está presente al momento de la consumación del delito, no es una fenómeno que se dé con posterioridad a ese instante, no es posdelictual, ni es el último acto que pone fin a la antijuridicidad de la conducta permanente, por tanto esa circunstancia ha de tenerse presente en la fijación del marco de punibilidad (MP) y no después de haberse individualizado la pena.

Son ejemplos de conductas posdelictuales, la rebaja para los delitos contra el bien jurídico del patrimonio económico si el responsable antes de proferirse sentencia de primera instancia restituye el objeto material del delito, su valor o indemniza los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado (artículo 269 ídem), o la rebaja de pena en un monto determinado por allanamiento a cargos o celebración de preacuerdos (artículos 350, 351 y 352 del C de P.P.).

Las conductas posdelictuales no corresponden a condiciones exigidas para la existencia o consumación de la conducta punible, o son posteriores a la realización del primer acto que realiza un delito permanente, poniéndole fin a la consumación de la ilicitud, como se desprende de los ejemplos dados en el párrafo anterior.

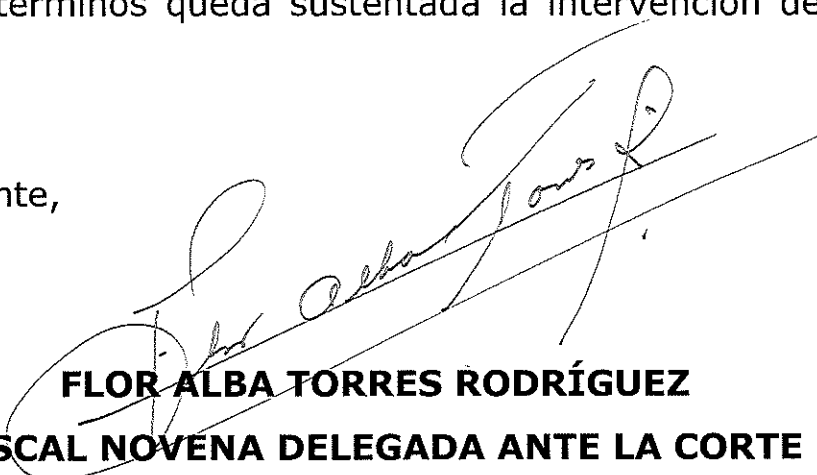
Los efectos que producen en la pena las conductas posdelictuales no determinan el marco de punibilidad (MP), solamente se aplica después de individualizada la pena respecto del delito que concurra.” (Subrayado del despacho)



En consecuencia, los cargos no deben prosperar, razón por la cual la Fiscalía solicita **NO CASAR** la sentencia.

En estos términos queda sustentada la intervención del ente acusador.

Atentamente,


FLOR ALBA TORRES RODRÍGUEZ
FISCAL NOVENA DELEGADA ANTE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA