



PROCURADURÍA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Bogotá, D.C., 15 de septiembre de 2020

**Doctora
PATRICIA SALAZAR CUELLAR
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.**

Referencia: radicado 56099
Procesado: **Wilson Ferney León Otálora**
Delito: Hurto Calificado y agravado en concurso con uso de menores para la comisión de delitos

Honorables Magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento concepto como no recurrente, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Alegatos de sustentación, frente a la demanda de casación interpuesta por la apoderada de las víctimas, contra la sentencia del 5 de junio de 2018, proferida por el Tribunal de Bogotá, mediante la cual se confirmó la condenatoria emitida el 11 de marzo de 2018, por el Juzgado 24 Penal del Circuito de esta ciudad.

1. DE LOS HECHOS

La situación fáctica fue resumida por el Tribunal Superior de Bogotá, del siguiente tenor literal:¹

“Según escrito de acusación, el 11 de enero de 2017 a las 20:25 horas aproximadamente, mientras policías de vigilancia se encontraban en patrullaje por el sector de Las Lomas, fueron alertados de que tres sujetos que iban más adelante habían cometido un hurto en una residencia por lo que procedieron a abordarlos y encontraron en su poder una tablet color blanca y azul marca Zoom, dos parlantes, un televisor marca Challenger, un equipo de sonido marca LG y dos armas cortopunzantes. En el lugar hizo presencia Daimer José Sarmiento quien manifestó que los elementos eran de su propiedad y reconoció a los sujetos como los que instantes antes habían ingresado a hurtar a su vivienda intimidando con armas blancas y de fuego, mencionó que lo habían amordazado junto con sus dos sobrinos de 7 y 11 años. Dos de los capturados eran menores de edad y el tercero, Wilson Ferney León Otálora, manifestó ser mayor de edad. Igualmente, el hurto fue avalado por la víctima en \$4.650.000.”

¹ Fls. 1 y 2 fallo del Tribunal.



2. DEMANDA DE CASACIÓN

La recurrente formuló el siguiente cargo contra la sentencia del Tribunal, sobre el cual se ocupará esta Agencia del Ministerio Público.

2.1. CARGO ÚNICO: Violación directa de la ley sustancial

La demanda censuró la sentencia del Tribunal, con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, por cuanto en su sentir, interpretó de manera errónea el artículo 31 del C.P.: *“Así, en el caso concreto opera la interpretación errónea de una norma de carácter legal, que es la descrita en el artículo 31 del Código Penal (Ley 599 de 2000), cabe mencionar que la norma tiene un carácter sustancial, por lo que procede la casación. La norma se vio aplicada de manera indebida de la manera en que mencionaré en el desarrollo los cargos, a continuación”*.²

Adujo, que el error del Tribunal es evidente, pues se equivocó en la imposición de la pena al procesado, como lo ordena la ley penal frente al concurso de conductas punibles: *“En el asunto objeto de estudio lo que se ha pretendido es que al señor WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA le sea dosificada la pena de la manera en que el Código Penal lo establece, lo cual ha sido negado de la siguiente manera... La disposición fue violentada por el a quo pues no utilizó de forma adecuada lo consagrado en ésta, ya que no tuvo en consideración lo preceptuado literalmente por el artículo y la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia al momento de determinar cuál es el delito más grave para realizar la dosificación punitiva en un concurso de conductas punibles.”*³

En síntesis, planteó que el Tribunal realizó una interpretación inadecuada del artículo 31 del Código Penal, pues no tuvo en cuenta el delito más grave: *“El artículo 31 del Código Penal establece cómo será la pena en los casos donde se presenta un concurso de delitos, denotando que en esta situación será la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto. Para el presente caso, el delito cuya pena es más grave corresponde al USO DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS cuya pena es de 120 meses de prisión, el cual se tomará como delito base siguiendo esta normativa.”*⁴

Recalcó, que de los fallos de instancia no tuvieron en cuenta las reglas de dosificación de la pena en los eventos de concurso de delitos: *“Se advierte que el pronunciamiento del ad quem no tuvo en cuenta el real problema jurídico planteado por la defensa dentro del recurso de apelación, en cuanto al desconocimiento del juez de primera instancia sobre la aplicación de las reglas de dosificación cuando se presentan concursos de delitos, en específico lo referente a lo consagrado en el artículo 31 del Código Penal”*.⁵

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar la sentencia del Tribunal de Bogotá, del 5 de junio de 2019

3.1. AL CARGO ÚNICO: violación directa de la ley sustancial

² Fl. 6 de la demanda de casación.

³ Fls. 6 y 7 de la demanda.

⁴ Fl. 8 de la demanda.

⁵ Fls. 9 y 10 demanda de casación.



La censura alegó que los fallos de instancia no tuvieron en cuenta las reglas de dosificación de la pena en los eventos de concurso de delitos y realizaron una interpretación equivocada del artículo 31 del Código Penal, pues desconocieron que el delito más grave, en su postura, correspondía al uso de menores para la comisión de delitos del artículo 188-D del C.P.⁶

El problema jurídico por resolver en el sub examine, se contrae a determinar si el fallo del Tribunal está incurso en el yerro alegado, al interpretar de manera equivocada el artículo 31 del Código Penal, como lo señala la censura, en los eventos de concurso de conductas punibles.

1. Al respecto, hay que resaltar que el artículo 31 del C.P. establece las reglas a tener en cuenta, en los eventos de concurso de conductas punibles, y señala que, para tal cometido, se debe establecer que el autor quedará sometido a la conducta punible que ostenta la mayor punibilidad, aumentada hasta en otro tanto.⁷ Por esto, el fallo del *a quo*, para la emisión de la sentencia condenatoria contra el reo, **WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA**, consideró que el mismo era autor del delito de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con uso de menores en la comisión de delitos:⁸

“Coherente con lo anterior y al reunirse los requisitos contemplados en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, se emite sentencia condenatoria como se anunció, en contra del judicializado, por los delitos de: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO CONSUMADO en concurso heterogéneo con USO DE MENORES EN LA COMISION DE DELITOS, descritos en los artículos 239, 240 inciso 2o, 241 numeral 10; 188D y 31 del CP., (Mod. art. 37 y 51 L. 1142/07 - Adición, del art. 7 L. 1453/07-Aumento art. 14 L. 890/14). En calidad de COAUTOR y AUTOR, respectivamente.”

2. Para la imposición de la condena contra el enjuiciado, el juez de primer grado recalcó que, ante la existencia de un concurso de conductas punibles, el procesado **LEÓN OTÁLORA**, quedaba sometido a la conducta que establecía la pena más grave, en este caso, estimó que era el hurto calificado y agravado, aumentada hasta en otro tanto:⁹

“Para comenzar hay que tener en cuenta que la condena se hace por más de dos delitos, es decir, existe un concurso de conductas punibles, por lo que el implicado quedará sometido a la conducta que establece la pena más grave - HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO “aumentada hasta en otro tanto” (art. 31 CP). (...) La pena imponible para el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO de conformidad con lo establecido en los artículos 239, 240, inciso 2o y 241 numeral 10, es de 144 a 340 meses de prisión.”

3. Por su parte, el artículo 188-D del C.P., establece el delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos, el cual está penado con una sanción de prisión de 10 a 20 años. Mediante Sentencia C-121 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 188-D del C.P. que consagra el tipo penal de uso de menores

⁶ Fls. 5 y 6 demanda de casación.

⁷ Artículo 31 del C.P.

⁸ Fl. 14 fallo del *a quo*.

⁹ Fls. 14 y 15 fallo de primer grado.



en la comisión de delitos, pues estimó que el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, podía erigir de manera autónoma en un nuevo tipo penal ese comportamiento y señaló lo siguiente:¹⁰

“Mediante el tipo penal adicionado al estatuto punitivo por el artículo 7° de la Ley 1453 de 2011, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, erigió de manera autónoma en tipo penal un comportamiento (“uso de un menor para cometer delitos”) que antes de la reforma que se cuestiona parcialmente, sólo era punible, bajo este esquema de imputación, en aquellos eventos en que el ilícito fin, aquel para el cual se utilizaba al menor de edad, alcanzaba al menos el grado de tentativa[67].

39.2. Tampoco concurre identidad de causa, en los términos en que lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte, toda vez que a través de las configuraciones normativas a las que hace referencia el actor para estructurar el cargo por presunta vulneración del non bis in ídem, se protegen bienes jurídicos distintos. La norma que penaliza de manera autónoma el uso de menores de edad para la comisión de delitos ampara el bien jurídico de la autonomía individual de los menores de edad, en tanto que a través de los tipos penales realizados por actores mediatos, determinadores, o instigadores que se valen de menores de edad para la comisión del delito, se protegen diversos bienes jurídicos como la vida en el caso del homicidio, el patrimonio económico en el de la estafa; la salud pública cuando los menores son usados para traficar con estupefacientes; la seguridad pública cuando se le involucra en actos terroristas, etc.

39.3. La única identidad que se presenta es en relación con la persona a la cual se dirige la imputación. A partir de la norma acusada, a una misma persona se puede formular reproche por la instrumentalización de un infante o adolescente para la comisión de un ilícito, y simultáneamente se le puede reprochar la afectación del bien jurídico que se protege con éste. Esto, sin embargo, no entraña quebrantamiento a la garantía de la prohibición de doble incriminación por parte del legislador, toda vez que se trata de valoraciones que recaen sobre conductas que presentan diferentes contenidos y alcances, y que cumplen el cometido de proteger bienes jurídicos diferentes. No se trata en consecuencia, del mismo reproche, sobre una misma conducta y en relación con una misma persona.

40. A partir de las consideraciones precedentes encuentra la Corte que el legislador, en desarrollo de su potestad de configuración normativa en materia penal, erigió en tipo penal autónomo el uso de menores para la comisión de delitos, conducta punible que puede presentarse de manera independiente, o en concurrencia con el ilícito fin para el cual ha sido instrumentalizado el menor de edad. Esta opción legislativa, representa sin duda un endurecimiento de la política penal para enfrentar la criminalidad que apela al uso de menores de edad, pero de ello no se deriva su inconstitucionalidad. Como lo ha indicado la Corte en previas oportunidades “si la decisión del legislador de tipificar conductas punibles se estima equivocada por reflejar una política criminal que no se comparte, tal divergencia de criterio es irrelevante para efectos de cuestionar la legitimidad constitucional de esas disposiciones”.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de octubre de 2016. Radicación No. 48.053. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.



Ahora bien, según la alegación de la censura, los fallos de instancia interpretaron de manera errónea el artículo 31 del C.P., pues no tuvieron en cuenta que se trataba de un concurso de delitos y por ello se debía imponer la pena para el delito más grave, que consideró era el punible de uso de menores para la comisión de delitos, tipificado en el artículo 188-D del C.P.¹¹

4. Le asiste razón a la accionante, toda vez que los fallos de instancia no aplicaron debidamente las reglas fijadas en el artículo 31 del C.P., para la dosimetría punitiva en materia de concurso de hechos punibles, ya que esta preceptiva dispone que el condenado quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave, la cual se debe aumentar hasta en otro tanto. Cabalmente, el *a quo* explicitó que el delito de hurto calificado y agravado era el más grave, de conformidad con lo establecido en los artículos 239, inciso 2 del art. 240 y numeral 10 del 241 del C.P., cuya pena oscilaba entre 144 a 340 meses de prisión, guarismo superior al fijado para el tipo penal de uso de menores para la comisión de delitos, el cual establece una pena de prisión de 10 a 20 años (120 a 240 meses), sin embargo si se analizan por separado, de manera objetiva, le asiste razón a la censura y el cargo deberá ser atendido.¹²

5. Adicionalmente, nótese que el juez de primera instancia, en acatamiento a las reglas y fundamentos para la individualización de la pena, contenidos en el artículo 61 del C.P., estimó que la pena imponible al condenado era de 144 meses de prisión:¹³

“Este despacho considera que la pena a imponer a WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA por el punible de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO será de Ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, de conformidad con lo estatuido en los artículos 239, 240 inciso 2o y 241 numeral 10 del CP.”

Constató también el juez de primer grado, que el procesado reparó integralmente a la víctima, en observancia a la preceptiva del artículo 269 del C.P., en el cual se regula que el juez en tales eventos deberá disminuir las penas señaladas, de la mitad a las tres cuartas partes, y por tal motivo, efectuó al condenado un descuento punitivo de la mitad de la condena, por el delito de hurto calificado y agravado y la misma quedó en 72 meses de prisión:¹⁴

“Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la disminución punitiva se aplica sobre la pena concreta e individualizada; que esta rebaja de pena podrá ser de la mitad (1/2) o del cincuenta por ciento (50%), a las tres cuartas (3/4) partes o setenta y cinco por ciento (75%) y que la reparación NO se hizo de manera inmediata, sino, hasta cuando nos encontrábamos en la etapa del Juicio, este Despacho considera suficiente hacer el descuento equivalente a la mitad, por lo que la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses, por el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO CONSUMADO, será disminuida, quedando así una pena final de: setenta y dos (72) meses de prisión.

Lo anterior, por cuanto sobrevino antes de la sentencia una circunstancia pos-delictual, como fue la reparación por lo cual se redujo la pena a la mitad por el delito

¹¹ Fls. 6 y 7 de la demanda.

¹² Fl. 7 demanda de casación.

¹³ Fl. 15 fallo primera instancia.

¹⁴ Fl. 16 fallo del *a quo*.



contra el patrimonio económico, con lo cual finalmente la pena impuesta se taso en 72 meses de prisión.

6. Finalmente, el Juez 24 Penal del Circuito, en obediencia a la normativa sobre concurso de conductas punibles, comprobó que el procesado también incurrió en el hecho punible de uso de menores para la comisión de delitos del artículo 188D del C.P., estableció en una pena definitiva de 82 meses de prisión contra el reo, **LEÓN OTÁLORA**.¹⁵

“Por otro lado, teniendo en cuenta que la condena también se hace por el delito de USO DE MENORES EN LA COMISION DE DELITOS, previsto en el artículo 188D del CP., (cuya sanción oscila entre 10 a 20 años de prisión), como ya se indicó existe un concurso de conductas punibles, por lo que a la pena impuesta por HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO (72 meses de prisión), se debe aumentar en otro tanto, frente a lo cual considera este Despacho suficiente hacerlo en el monto de diez (10) meses, quedando entonces, una pena de OCHENTA Y DOS (82) MESES DE PRISIÓN.”

Por su parte, el fallo del Tribunal igualmente consideró que no le asistía razón al recurrente, sobre la supuesta equivocación del a quo en la dosificación punitiva, pues discurrió que el juez de primer grado partió del sistema de cuartos y estableció que la pena más grave a imponer era la de hurto calificado y agravado, ya que el cuarto mínimo en dicho delito fluctuaba entre 144 y 192 meses, mientras que el punible de uso de menores de edad para la comisión de delitos, ese cuarto mínimo oscilaba entre 120 y 150 meses:¹⁶

“Para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por la recurrente, en primer término porque después de realizado el sistema de cuartos por el a quo, la pena más grave a imponer fue la de hurto calificado y agravado, toda vez que el cuarto mínimo en dicho delito oscilaba entre 144 y 192 meses, mientras que en el tipo penal de uso de menores de edad para la comisión de delitos, aunque la pena básica es de 120 a 240 meses, el cuarto mínimo en el cual se tenía que ubicar la autoridad judicial por no existir circunstancias de mayor punibilidad, fluctuaba entre 120 y 150 meses; siendo así, pierde lógica el argumento de la apelante pues se evidencia que la pena más grave es la primera.”

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia con Radicación No. 47.675, sobre las reglas para la imposición de la pena, en los eventos de concurso de conductas punibles, ha señalado que el tratamiento de castigo debe seguirse de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del C.P.:¹⁷

“Si se está ante la responsabilidad penal por una pluralidad de conductas punibles, el tratamiento punitivo está consagrado en el artículo 31 del Código Penal. La confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, esta consideración no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador.

¹⁵ Fl. ídem.

¹⁶ Ver fl. 10 fallo del Tribunal.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de febrero de 2019. Radicación No. 47.675. M.P. Eugenio Fernández Carlier.



La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Ese incremento “hasta en otro tanto” tiene límites, a saber: i) conforme al artículo 31 del C.P., el incremento no puede superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, ii) tampoco la sanción definitiva puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible en el caso concreto (sistema de acumulación jurídica de las penas), iii) otro de los topes se relaciona con la prohibición en el concurso de delitos de no superar la pena los 60 años de prisión (artículo 31-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004), regla que no hay que confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilicitud que establece el artículo 37 del C.P. en 50 años (modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004), diferencias explicadas por esta Sala, entre otras decisiones, en el Rdo. 41350 del 30-04-2014, iv) la no reformatio in peius es otro límite en razón a que los errores en la tasación de la pena del factor “otro tanto”, no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional al resolver la apelación, la casación, o la doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o peticionario, como tampoco lo puede hacer el juez al resolver la redosificación de penas por acumulación de penas o por principio de favorabilidad.”

Por esto, el fallo del *ad quem*, estimó con razón, que el incremento punitivo por el concurso de hechos punibles efectuado por el *a quo*, se hizo conforme al artículo 31 del C.P. y para ello, el juez decidió adicionar en otro tanto, -equivalente a 10 meses-, a la pena impuesta por el hurto calificado y agravado, quedando entonces la pena finalmente, en 82 meses de prisión:¹⁸

*“En ese orden de ideas, el aumento por la concurrencia de conductas delictuales también atiende a la discrecionalidad judicial, pues el artículo 31 del C.P., anteriormente citado, establece que la pena se aumentará en otro tanto mencionando los marcos respectivos, y es entre esos límites que se debe ubicar la autoridad judicial para realizar el aumento, por lo cual el *a quo* consideró necesario y proporcional solo sumar 10 meses más a la pena impuesta por hurto calificado y agravado.”*

7. El fallo del Tribunal, destacó también que la dosificación punitiva hecha por el juez de primera instancia se ajustó a la legislación vigente y, además, se confeccionó de manera adecuada y proporcional. Advirtió también el juez de segundo grado que, aunque se incurrió en un error en el sistema de cuartos, el mismo no afectaba la pena final impuesta:¹⁹

*“35. Empecé de las explicaciones precedentes, para la Corporación, la dosificación punitiva hecha por el *a quo* se ciñó a la legislación vigente y se elaboró de manera adecuada y proporcional, ya que aunque se incurrió en un error en el sistema de cuartos, este no afecta la pena impuesta por la autoridad judicial que finalmente se estableció en 82 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y la negativa de concesión de subrogados penales.”*

¹⁸ Fl. 10 fallo del Tribunal.

¹⁹ Fl. 11 fallo del *ad quem*.



Sin embargo, pese a las disquisiciones que llevo a cabo el Tribunal, se observa que no se tuvo en cuenta como lo señala la recurrente que al presentarse una circunstancia posdelictual que no fue atendida por el Juez de conocimiento, consistente en la reparación frente al delito contra el patrimonio económico, éste afectó directamente la punibilidad, ya que finalmente fue tasada en 72 meses, por lo cual, la pena mas grave no seria esta sino la de uso de menores para la comisión de delitos que parte de 120 meses, ya que frente a ella no opera este beneficio.

Efectivamente la jurisprudencia²⁰, 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. En el presente caso, luego de dosificar la pena tal como lo señala la censura la correspondiente al delito de hurto calificado y agravado fue tasada en 72 meses. Lo anterior, implica que si se hubiera procedido de manera individual a realizar la tasación punitiva por cada delito, el punible de uso de menores para la comisión de delitos con pena de 120 meses, resultaba ser superior, convirtiéndose así en la pena más grave y como tal, aquella sobre la cual debe partirse para dosificar la pena a imponer. Es decir, que es una vez dosificadas las penas por cada conducta punible el juez debe escoger la pena que resulte más grave y aumentarla hasta en otro tanto.

Como lo señala la censura, para determinar la conducta punible mas grave no se individualizó cada conducta punible por separado, sino en abstracto, lo que llevó a los juzgadores de instancia a considerar que aplicando los mínimos y los máximos en el sistema de cuartos, ciertamente el delito contra el patrimonio económico era mas grave, sin embargo, al tasar finalmente la pena como ocurrió en el presente

²⁰ CSJ sp213-2019 radicado 50494MP Dr. JOSE FRANCISCO ACUÑA VISCAYA. Esta Corporación, en la decisión en SP2998-2014, 12 Mar. 2014, rad. 42623 - reiterada en CSJ SP12861-2015, Rad. 38076; CSJ SP14845-2015, Rad. 43868; CSJ SP13350-2016, Rad. 47588; CSJ AP5920-2017, Rad. 50530, entre otras-, sobre el proceso de dosificación punitiva en caso de concurso de delitos, dijo lo siguiente:

«El artículo 31 de la Ley 599 de 2000, prevé que a 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, se le impondrá una sanción equivalente a la prevista para la pena más grave, 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, y sin que la privación de la libertad exceda de los 40 años de prisión, si se trata de un hecho ocurrido antes de la Ley 890 de 2004, pues esta aumentó hasta 60 años ese marco máximo. [...] Sobre este precepto, la jurisprudencia de la Sala ha extractado las siguientes conclusiones:

El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.

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 (artículo 60 del Código Penal); 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 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]

Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave [Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].

El incremento de “hasta en otro tanto” de “la pena más grave” no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].

En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino que tiene que representar una ventaja sustancial al procesado [...].»



caso aplicando el descuento por indemnización como lo hizo el Juez de Conocimiento esta pena se redujo a la mitad, con lo cual, la pena igualmente varió para fines del concurso por la aplicación del beneficio derivado de la circunstancia posdelictual del artículo 269 del C.P²¹.

Sobre la dosificación punitiva en caso de concurso de conductas punibles y para decantar cualquier interpretación la Honorable Corte en sentencia SP13350 de 20 de septiembre de 2016 puntualizo²²:

“El artículo 31 del Código Penal dispone 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 dosificada cada una de ellas” (se subraya).

De acuerdo con el mandato legal transcrito, la acumulación jurídica de penas opera con sanciones completamente dosificadas (punibilidad en concreto y no en abstracto), pues únicamente sobre esa base cierta es posible determinar si tal procedimiento respeta los límites impuestos por esa disposición: no más de otro tanto de la pena más grave ni más de la suma aritmética de las sanciones objeto de unificación.”

Por todo lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público, encuentra que, en el proceso dosimétrico efectuado por los fallos de instancia, cuando se individualizó las penas para cada uno de los dos comportamientos delictivos en que incurrió el procesado LEÓN OTÁLORA, se partió del hurto agravado y calificado al ser considerado el de mayor gravedad, y no del delito de uso de menores del artículo 188-D del C.P. Por lo cual, se incurrió en interpretación errónea de la disposición y por lo tanto tal como se señala en la demanda la pena no se ajustó a los parámetros de legalidad.

En efecto, al tasarse finalmente la sanción para el delito de hurto calificado y agravado en una pena de 72 meses de prisión y ser considerada la más grave, se desconoció que el delito de uso de menores en la comisión de delitos, que tiene una pena mínima de 120 meses de prisión y donde no opera ningún descuento, y por el cual, igualmente fue encontrado responsable el procesado. En consecuencia, esta resulta ser la pena base sobre la cual se debe partir para imponer la sanción.

En definitiva, el yerro por una supuesta interpretación errónea esgrimida por la demanda frente al artículo 31 del C.P, aparece demostrado en la demanda por ser producto de una indebida interpretación de la aplicación punitiva en casos de concurso de hechos punibles. Lo anterior, ya que la pena mas grave a considerar es la que finalmente resulte del proceso de individualización de cada una de las conductas debidamente consideradas. En el presente caso, y acorde con la tasación punitiva

²¹ CSJ. Radicado 33458 MP Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS, 25 de agosto de 2010. Contrariamente, conforme lo tiene pacíficamente señalado la jurisprudencia de esta Corporación, el *otro tanto* a que se refiere el artículo 31 del Código Penal corresponde al doble de la pena que *corresponde imponer* para el delito base, atendidas las circunstancias propias del mismo. En efecto:

“En conclusión, 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 por los respectivos tipos penales”²¹.

²² SP13350 de 20 de septiembre de 2016 MP Dr. JOSE LUIS BARCELO CAMACHO.



realizada por los juzgadores de instancia resulta ser el uso de menores en la comisión de delitos.

18. En este orden de ideas, para esta Agencia del Ministerio Público, se estima procedente el cargo formulado por la censura y de prosperar lo que corresponde es ajustar la pena respetiva. Por lo anterior, se solicita respetuosamente a la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, **CASAR** la sentencia impugnada del Tribunal de Bogotá, en contra del señor **WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA**.

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal