

Bogotá D.C, 23 de septiembre de 2020.

Señores

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN PENAL

Vía correo electrónico: marcelarr@cortesuprema.ramajudicial.gov.co y
secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

REF.: C.U.I.: 110016000015201700222.
PROCESADO: WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA
VÍCTIMA: DAINER JOSÉ SARMIENTO RODRÍGUEZ
DELITO: HURTO CALIFICADO AGRAVADO EN CONCURSO
HETEROGÉNEO CON USO DE MENORES DE EDAD PARA
LA COMISIÓN DE DELITOS
ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE CASACIÓN

MARIA CAROLINA MUÑOZ ROJAS, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando como **APODERADA DE LA VÍCTIMA**, el señor **DAINER JOSÉ SARMIENTO RODRIGUEZ**, presento, dentro del término legal establecido en el Acuerdo 20 del 29 de abril de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de junio de 2019.

I. CARGO ÚNICO. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

Habiéndose señalado el fallo objeto del recurso de casación y con miras a desarrollar la sustentación efectiva del recurso, es menester exponer el cargo formulado en la demanda de casación presentada el 2 de agosto de 2019.

En virtud del numeral primero del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, que consagra las causales por las cuales procede el recurso extraordinario de casación, se presentó la demanda de casación por **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL**, específicamente la vulneración de lo consagrado en el artículo 31 del Código Penal (Ley 599 del año 2000).

Pues bien, la pregunta es: ¿por qué existió una aplicación indebida de la norma por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial y del Juez 24 Penal del Circuito con Función de Conocimiento al dosificar la pena en contra de **WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA**?

En primer lugar, la dosificación concreta de la pena tiene una relevancia considerable en el proceso penal, toda vez que es obligación del Juez motivar la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena en el fallo condenatorio, esto en virtud de lo expuesto en el artículo 59 del Código Penal.

“ARTÍCULO 59. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

Asimismo, la imposición de la sanción penal debe respetar lo dispuesto en el artículo 3 del Código Penal; esto es, que las penas deben ser responder a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Frente a la imposición de la sanción penal, la proporcionalidad indica que debe realizarse un ejercicio de ponderación por el Juez entre la conducta delictiva y la consecuencia a imponer por parte del aparato estatal, teniendo presente, al momento de delimitar la pena, las previsiones legales que establecen las reglas para: (i) la determinación del mínimo y máximo, (ii) la determinación del marco de movilidad y (iii) la posterior individualización de la pena aplicable en el caso en concreto.

Respecto a este punto, en sentencia SP338-2019 con radicado 47675 del 13 de febrero de 2019, la Corte Suprema de Justicia dispuso que:

“La tarea del juzgador en la dosificación de la pena, se rige por una discrecionalidad reglada, en la individualización e imposición, aspectos que ponen límites a los criterios de arbitrariedad en la concreción de la pena, al tiempo que se compagina con el postulado de la legalidad del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el que prima el respeto irrestricto a la dignidad y a los derechos de la persona en claro contrapeso al caprichoso subjetivismo judicial”.

Es por lo anterior que una correcta dosificación punitiva tiene incidencia directa en los derechos fundamentales de la persona que cometió el acto delictivo, en especial frente al derecho a la libertad, pero también de la víctima, esto, toda vez que no se trata de una simple operación numérica que realiza el juez dentro del proceso, sino que se establece “mediante el recurso a criterios de ponderación en la que las respuestas a las conductas delictivas no pueden

avasallar ni limitar injustamente los derechos fundamentales del sentenciado, **considerando además la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de tales comportamientos**".¹ (Las negrillas son nuestras).

Por lo cual, con la delimitación punitiva del delito, el derecho a la libertad de la persona que comete la conducta delictiva se pondera junto con el derecho de justicia que asiste a la víctima dentro del proceso penal, derecho que se define por la Corte Constitucional en sentencia C-1033 de 2006 como aquel por el cual "se proscribe la impunidad".

Es por esto que el juzgador debe atender rigurosamente las disposiciones normativas previstas para la dosificación punitiva, con el fin de reafirmar la importancia del principio de legalidad y también evitar penas injustas.

Así las cosas, la incorrecta dosificación de la pena hecha por parte de los jueces, como la ocurrida en el proceso objeto de casación, conduce a la impunidad, toda vez que el condenado no recibe el correspondiente reproche por el hecho delictivo del cual debe responder.

En el presente caso los jueces de primera y segunda instancia debieron remitirse a la hora de realizar la correspondiente dosificación punitiva al artículo 31 del Código Penal que consagra:

"ARTÍCULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que 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.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años".

Sin embargo, dicha disposición normativa fue violentada por el *a quo* y el *ad quem*, toda vez que no obedecieron lo preceptuado en el mencionado artículo y los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal respecto a la dosificación en el caso de concurso de conductas punibles.

¹ La proporcionalidad de las penas en la legislación penal Colombiana. Triana Cita Antonio Ricardo, Amado González Iván.

Fíjese lo que expuso el Tribunal en la sentencia con la cual resolvió la apelación sustentada el 11 de marzo de 2019:

“Para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por el 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 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”.

Con lo anterior, se evidencia como el *ad quem* no individualizó concretamente las penas de cada uno de los delitos y de manera discrecional procedió a establecer como delito base el hurto calificado y agravado, a pesar de que en el presente caso se debía considerar la circunstancia posdelictual consagrada en el artículo 269 del Código Penal, toda vez que, el acusado entregó la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000)** al señor **DAINER JOSÉ SARMIENTO**; por lo cual, en la correspondiente dosificación de la pena frente al delito de hurto calificado y agravado, debía efectuarse una rebaja de la mitad al finalizar el procedimiento de punibilidad².

De haberse desarrollado de manera correcta la dosificación de la pena, se hubiesen dado cuenta que la más grave era la correspondiente al uso de menores para la comisión de delitos.

² *“También existen unos fundamentos reales específicos o concretos para determinados tipos penales, en cuyo caso solo se aplican a esos y no a otros; tales son las circunstancias específicas de atenuación o agravación punitiva (homicidio agravado, hurto calificado y agravado, etc.), y los tipos subordinados, consagrados por ejemplo en los artículos 105, 121, 167, 267, 268 del Código Penal, etc.*

En tema de hurto, por ejemplo, los artículos 267 (circunstancias de agravación) y 268 (circunstancias de atenuación punitiva) del Código Penal, influyen los extremos punitivos, pues son circunstancias del delito, más no así el artículo 269 (reparación) que es fenómeno postdelictual.

(...)

Se afirma que la reparación es fenómeno postdelictual pues nada tiene que ver con la acción típica, antijuridicidad ni la culpabilidad del sujeto agente del delito, y en todo caso corresponde a un factor postdelictual que no se erige en circunstancia modificadora de los límites de pena establecidos por el legislador”.

CSJ, sentencia de 19 de febrero de 2009, Rad. 27.724, MP.P. Sigifredo Espinoza Pérez.

Así bien; la interpretación adecuada a realizar por parte de los falladores de primer y segunda instancia debió ser: dosificar en concreto las penas de los delitos y determinar, una vez agotado el procedimiento de punibilidad de cada conducta, el delito cuya pena es más grave.

Como se expuso en la demanda de casación, en el caso en concreto la pena más grave, después del procedimiento de dosificación, es la del punible de uso de menores para la comisión de delitos.

No entiende esta apoderada de víctimas las razones por las que el Tribunal omitió la aplicación de dichas reglas consagradas en el Código Penal para la debida dosificación en el presente caso. Esto, teniendo en cuenta que en la misma providencia objeto del recurso de casación, el fallador admite las reglas que rigen en materia de concurso de conductas penales. Así, en palabras de la citada corporación indicó:

“Por otra parte, en el evento que exista un concurso de conductas punibles, como en el presente caso, el artículo 31 del C.P señala que el juzgador deberá escoger la que establezca la pena más grave según su naturaleza, y la jurisprudencia sobre el asunto menciona que dicho análisis 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” (Subrayado fuera de texto).

Es evidente entonces el error que cometió el *ad quem*, toda vez que, a la hora de determinar la pena en el presente caso, tomó en consideración los cuartos de cada delito para resolver el problema jurídico y omitió dosificar las penas para obtener la de cada delito en concreto; y posteriormente aplicar las reglas relativas al concurso de conductas punibles.

Para el Tribunal la pena más grave es la del hurto calificado y agravado, sin embargo, no tuvo en cuenta que existía un fenómeno posdelictual, el consagrado en el artículo 269 del Código Penal. De haber tenido en cuenta lo anterior, la pena más grave sería la del uso de menores para la comisión de delitos.

Para finalizar, es menester tener en cuenta que la corrección de errores en la dosificación punitiva en el presente caso no pretende desconocer el criterio del juez para determinar la pena en concreto de cada delito, solo que el procedimiento aplicado fue contrario a la ley.

Finalmente, como la pena más grave es la del uso de menores para la comisión de delitos, la pena impuesta a **WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA** no puede ser menor a 192 meses, como ocurrió en el caso en concreto, en donde lo condenaron a 82 meses. La decisión del *ad quem* violó la normativa contemplada para la individualización e imposición de la sanción

correspondiente, así como la del concurso de delitos. En efecto, también se ha vulnerado el derecho a la justicia de la víctima, pues la pena no corresponde con lo justo y la Corte Suprema de Justicia deberá corregir el yerro.

II. PETICIÓN

Con base en los argumentos expuestos, le solicito respetuosamente a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, del 12 de junio de 2019, ya que se confirmó la condena al señor **WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA** con una pena inferior a la que la ley ordena.

En consecuencia, le pido que se imponga la pena adecuada, con la observancia de las reglas dispuestas en el artículo 31 del Código Penal y la jurisprudencia de su honorable Corporación.

III. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la calle 68 No. 4-27 apartamento 102.

Celular: 3124154971

Correo electrónico: maria.munoz@uexternado.edu.co y conjurpenal@uexternado.edu.co

Atentamente,

MARIA CAROLINA MUÑOZ ROJAS

MARIA CAROLINA MUÑOZ ROJAS

C.C. No. 52.869.630 de Bogotá

T.P. 148.566 del C. S. de la J.