El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO / REGLAS PARA DOSIFICAR LA PENA Y TASAR LOS INCREMENTOS PUNITIVOS EN CASOS COMO ESTE.**

Según el artículo 60 del C.P., para efectuar el proceso de individualización de la pena, el juzgador debe fijar en primer término los límites mínimos y máximos dentro de los que se debe mover. La misma norma dispone que cuando hubiere “circunstancias modificadoras de esos límites”, se deben aplicar las reglas previstas en los numerales 1 a 5 de ese artículo.

En el caso en estudio el procesado aceptó cargos por la conducta de “homicidio agravado” (artículo 103 del CP), cuya pena será de 400 a 600 meses de prisión de conformidad con lo previsto en el artículo 104 CP numerales 2º… y 7º…

Lo anterior en concurso heterogéneo con la conducta de hurto descrita en el artículo 239 del CP con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 240 incisos 2º y 3º del CP, según el cual la pena será de prisión de 8 a 16 años cuando se cometiere con violencia sobre las personas. (…)

… en primer lugar corresponde al fallador establecer los límites punitivos y cuartos de movilidad de todas y cada una de las conductas concurrentes en el concurso de delitos, y luego individualizar la sanción en concreto para cada punible.

En ese sentido, la pena más grave, viene a ser aquella que se obtiene al final del proceso de dosificación de la pena para cada uno de los delitos, en comparación con la pena de los demás.

Así, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde antaño ha considerado que el delito base corresponde al que individualmente tenga la pena más grave, por lo cual debe escogerse de entre todas las sanciones la pena objetivamente más grave, lo anterior significa que se elige la de más entidad individualizada por el juzgador y no la que tenga la sanción abstracta más alta. (…)

… se resalta que en la audiencia de formulación de imputación no se comunicó al procesado ninguna de esas circunstancias previstas en el artículo 58 del C.P., por lo cual esta Colegiatura considera que deducir unas circunstancias de mayor punibilidad que no fueron imputadas jurídicamente al encartado afecta el principio de la congruencia descrito en el canon 448 del C.P.P., por lo cual no es posible acceder a lo pretendido.

Aunado a lo antedicho, tampoco pueden tenerse en cuenta las circunstancias de agravación imputadas que corresponden a los numerales 2º y 7º del artículo 104 del C.P., con el fin de sustentar un ámbito punitivo de movilidad a partir de los cuartos medios en el entendido que de hacerlo se afectaría el principio general del derecho al non bis in ídem, teniendo en cuenta que dichas situaciones ya se tuvieron en cuenta para agravar la pena a imponer.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA PENAL**

**M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 342 del tres (3) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 10:15 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66170 60 00 066 2017 01659 01 |
| Acusado | JUMS |
| Delitos | Homicidio agravado en concurso con hurto calificado |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda |
| Asunto a decidir | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 6 de julio de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de víctimas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda, mediante la cual se condenó al señor JUMS a la pena de 222 meses de prisión de prisión por su responsabilidad en la conducta de homicidio agravado en concurso con hurto calificado.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con los anexos a la solicitud de audiencia de individualización de pena y sentencia[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“El día 2017-08-05 (Sic), siendo las 18:00 horas del día 05 de agosto de 2017 se reportan la central de radio, un posible suicidio, donde el subintendente Jhon Stik Giraldo, funcionario adscrito a la SIJIN de Dosquebradas, se desplaza a la calle 22 no 19-57 piso 2 del barrio La Pradera Dosquebradas, donde al ingresar al inmueble encuentra una mujer quien responde al nombre de Gloria Inés Castaño Giraldo, identificada con cedula de ciudadanía NO. 24.321.157, hallada con signos aparentes de ahorcamiento, posibles lesiones con arma blanca, ingesta de sustancias en el cuerpo y contusión en la cabeza, la cual es trasladada al hospital Santa Mónica para la atención médica necesaria y de allí es remitida al hospital San Jorge (…)”*

*“HIPÓTESIS*

*Con la información recolectada se infiere que la agresión de la víctima se pudo dar por un posible hurto a sus pertenecías por parte de un morador del inmueble sujeto individualizado como JUMS, CC 1088242758, quien abandona la residencia sin establecer su paradero.”*

2.2 El día 6 de febrero de 2018 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Dosquebradas, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (folios 280 y 281). En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor JUMS por el delito de homicidio agravado contenido en los artículos 103 y 104 numerales 2º y 7º del CP, en concurso con el delito de hurto calificado de los artículos 239 y 240 inciso 2º del CP. El procesado se allanó a los cargos imputados.

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas asumió el conocimiento de la causa (folio 283). El 6 de julio de 2018 se instaló audiencia de individualización de pena y sentencia en la cual se procedió al trámite del artículo 447 del CPP y se dio lectura a la sentencia de carácter condenatorio (folios 288 a 292).

2.4 La decisión fue apelada por el apoderado de las víctimas (folios 293 a 295).

**3. IDENTIDAD DEL PROCESADO**

Se trata de JUMS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.242.758 expedida en Pereira, nació el 30 de agosto de 1986 en Bolívar, Valle, hijo de Mariela y Jorge.

**4. SOBRE LA DECISIÓN IMPUGNADA**

4.1 En atención al principio de limitación de la segunda instancia *“tantum devolutum quantum apellatum”,* se menciona solamente la parte específica de la sentencia que fue objeto de impugnación, que tiene que ver con la tasación de la pena impuesta al penado, así:

*“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA*

*La pena principal a imponer por los delitos por los que deben responder el procesado, tratándose de un concurso de conductas punibles al tenor de lo dispuesto por el artículo 31 del código penal, es la dispuesta para el delito que arroje la pena más alta luego de la debida dosificación con todas las circunstancias modificadoras de los limites punitivos.*

*Se tiene entonces que la pena establecida para el delito de Homicidio agravado, artículos 103 y 104 numerales 2 y 7 del código Penal, oscila entre 400 meses a 600 meses de prisión, con el aumento establecido por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, con lo cual el ámbito punitivo de movilidad es de 200 meses.*

*Los cuartos para establecer la pena serán los siguientes:*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Cuartos** | **Mínimo** | **1er medio** | **2do medio** | **Máximo** |
| **Pena**  **(Meses)** | 400 a 450 | 450.1 a 500 | 500.1 a 550 | 550.1 a 600 |

*Como en el presente caso no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad de las establecidas en el canon 58 Ibídem, existe una de menor como lo es la carencia de antecedentes penales, lo que obliga al Despacho a moverse dentro del cuarto mínimo, pero teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, el dañó creado y la intensidad del dolo, se apartará de la pena mínima para imponer la de CUATROCIENTOS VEINTE (420) MESES DE PRISIÓN.*

*Respecto al delito de Hurto Calificado la pena oscila entre 96 y 192 meses de prisión, en este caso como no se logró establecer la cuantía de los elementos hurtados, en aplicación del principio de favorabilidad se debe dar cabida al artículo 268 del Código Penal y presumir que lo hurtado es inferior a un salario mínimo, para lo cual la pena se disminuye de una tercera parte a la mitad, para quedar 48 a 128 meses Los cuartos quedarán así:*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Cuartos | Mínimo | 1er medio | 2do medio | Máximo |
| Pena  (Meses) | 48 a 68 | 68.1 a 88 | 88.1 a 108 | 108.1 a 128 |

*En estos términos el delito que tiene la pena más severa es el de homicidio agravado pena que es la que se impone y que corresponde a 420 meses de prisión y se aumenta en 24 meses, por el Hurto Calificado para quedar como pena que en definitiva se impondrá la de CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (444) MESES DE PRISIÓN.*

*Ahora, fue tema de debate planteado por el apoderado de la víctima la disminución punitiva que tiene derecho el acusado por haberse sometido a la judicatura a través de la figura de la aceptación de cargos, este despacho ha tenido el criterio y apoyado en precedentes jurisprudenciales, de conceder la mayor rebaja -50%- por la aceptación de cargos cuando no hay captura en flagrancia. Por tanto siguiendo el precedente del Juzgado, le otorgará la rebaja del 50%, atendiendo que no fue capturado en situación de flagrancia, para quedar como sanción definitiva a imponer en DOSCIENTOS VEINTIDÓS (222) MESES DE PRISIÓN.”*

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. Apoderado de víctimas (Recurrente)
* Al momento de establecer el quantum punitivo la *a quo* se apartó no solo de las circunstancias de agravación punitiva sino de las circunstancias de mayor punibilidad para establecer los cuartos en los cuales se debe mover para tomar la decisión de fondo conforme al artículo 61 del CP
* Para el delito de homicidio agravado, la *a quo*, en la audiencia de juzgamiento, manifestó que “el delito es extremadamente grave” y manejó los cuartos punitivos de la siguiente manera: El primero que iba de 400 meses a 450 meses; y los dos cuartos medios de 450 meses y un día, a 550 meses y el último cuarto de 550 meses y un día a 600 meses. Pero no ha debido moverse dentro del cuarto mínimo, ya que para hacerlo, no debería existir atenuantes ni agravantes o concurrir únicamente circunstancias de atenuación punitiva, para el caso en concreto, la *a quo* debió moverse dentro de los cuartos medios, ya que concurrían una circunstancia de atenuación como no poseer antecedentes penales y varias circunstancias de agravación punitiva como: ejecutar la conducta por motivo abyecto o fútil; ejecutar la conducta punible con abuso de la condición de superioridad sobre la victima; aprovechando circunstancias de tiempo, modo y lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o participe; hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible; ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales impongan al sentenciado respecto de la víctima; aumentar deliberada e inhumanamente causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
* En consecuencia la condena debe partir de 450 meses y un día a 550 meses, que corresponden al segundo y tercer cuarto para aplicar la correspondiente pena.
* Respecto a la pena del hurto calificado, no se contempla la rebaja de la mitad de ésta pena, ya que para que proceda la circunstancia de atenuación punitiva conforme al artículo 268 del CP, deben concurrir dos situaciones: que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, por tanto la pena de este delito debe partir de 96 meses, que es el mínimo cuarto.
* Al fijar la pena del hurto calificado en 24 meses se está concediendo doble beneficio al sentenciado, porque a los 96 meses iniciales como pena mínima se les otorgó la rebaja del artículo 268 del CP, la cual no procedía y nuevamente a la pena de 48 meses se otorgó la rebaja del 50%, ya que como se refirió en el fallo, la pena quedó en 24 meses.
* Advierte que fue un gran dolor padecido por la familia de la occisa por unos hechos que son reprochables y que marcan una sociedad, ya que no es solo una vida más la que se pierde, sino que es una madre, una abuela, un miembro de un núcleo familiar, que vio como se le arrancaba ésta de su seno de manera sanguinaria y desproporcionada.
* Agregó que la aceptación de cargos se hizo porque el procesado quería librarse de una condena completa y no con la intención de colaborar con la justicia.
* Solicitó revocar el fallo en lo relacionado con el quantum punitivo, para que se ajuste a una condena digna del atroz delito cometido por el señor JUMS.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES**

**6.1 Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2 Problema jurídico a resolver**

Conforme a los términos del recurso propuesto y en virtud del principio de limitación de la segunda instancia deberá determinar esta Sala si en el caso sub examen existió algún error al dosificar la pena y posteriormente tasar los incrementos punitivos por concurso de conductas punibles.

6.2.1 Según el artículo 60 del C.P., para efectuar el proceso de individualización de la pena, el juzgador debe fijar en primer término los límites mínimos y máximos dentro de los que se debe mover. La misma norma dispone que cuando hubiere *“circunstancias modificadoras de esos límites”,* se deben aplicar las reglas previstas en los numerales 1 a 5 de ese artículo.

6.2.2 En el caso en estudio el procesado aceptó cargos por la conducta de “homicidio agravado” (artículo 103 del CP), cuya pena será de 400 a 600 meses de prisión de conformidad con lo previsto en el artículo 104 CP numerales 2º *“para preparar, facilitar o consumar otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes”* y 7º *“colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación”.*

6.2.3. Lo anterior en concurso heterogéneo con la conducta de hurto descrita en el artículo 239 del CP con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 240 incisos 2º y 3º del CP, según el cual la pena será de prisión de 8 a 16 años cuando se cometiere con violencia sobre las personas. Lo anterior según el registro de la audiencia de formulación de imputación adelantada el 6 de febrero de 2018 a partir de la hora 00:23:20.

6.2.4. El artículo 31 del Código Penal dispone lo siguiente:

*“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. INC 2. Modificado.L.890/2004, art.1º.En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. (…)”*

En tal sentido, de conformidad con la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, se tiene lo siguiente:

*“La norma transcrita, al ser confrontada con el contenido de los artículos 60 y 61 del mismo Estatuto, y con la postura jurisprudencial de la Sala en lo que tiene que ver con la dosificación de la pena de prisión, tanto para delitos individuales, como en los eventos de concurrencia de comportamientos punibles, permite ver que el incremento punitivo previsto para los casos de concurso de comportamientos punibles, sin distinción de su modalidad, es decir, independientemente de las formas de concurso que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido y desarrollado (entre ellas, el concurso homogéneo, heterogéneo, simultáneo y sucesivo) se actualiza después de que se ha fijado la pena correspondiente a cada delito individualmente considerado, y se ha definido cuál de ellos contempla la pena más gravosa.*

*Solamente, después de proceder de esa manera, es cuando el sentenciador puede incrementar la pena, según los límites que le fija el aludido artículo 31, y tomar así en consideración todas las modalidades de concurso que se presenten.”[[2]](#footnote-2)*

6.2.5 De forma que en primer lugar corresponde al fallador establecer los límites punitivos y cuartos de movilidad de todas y cada una de las conductas concurrentes en el concurso de delitos, y luego individualizar la sanción en concreto para cada punible.

En ese sentido, la *pena más grave*, viene a ser aquella que se obtiene al final del proceso de dosificación de la pena para cada uno de los delitos, en comparación con la pena de los demás.

Así, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde antaño ha considerado que el delito base corresponde al que individualmente tenga la pena más grave, por lo cual debe escogerse de entre todas las sanciones la pena objetivamente más grave, lo anterior significa que se elige la de más entidad individualizada por el juzgador y no la que tenga la sanción abstracta más alta[[3]](#footnote-3):

*“Ahora bien: individualizadas las penas de las conductas y elegida la mayor, esta es el referente para el aumento de hasta otro tanto autorizado por la ley. 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, como lo entendió el Tribunal, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave.”[[4]](#footnote-4)*

6.2.6 En este orden de ideas, debe recordarse que al realizar la dosificación punitiva, el juez de primer grado estableció que la pena más grave correspondía a la conducta de homicidio agravado, conclusión que comparte esta Colegiatura atendiendo los precedentes jurisprudenciales fijados por la H. C.S.J.

De la misma manera la *a quo* procedió a delimitar los ámbitos punitivos de movilidad para ese tipo penal de conformidad con lo previsto en el artículo 61 inciso segundo del CP: *“el sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva”.* (Subrayas ex texto).

Para lo cual tuvo en cuenta en el caso bajo análisis solo existe una circunstancia de atenuación como lo es la carencia de antecedentes penales del enjuiciado y no se imputó ninguna circunstancia de mayor punibilidad de las establecidas en el artículo 58 del C.P.

Frente a lo anterior, el censor solicitó que se tengan en cuenta varias circunstancias de agravación punitiva para lo cual mencionó indistintamente algunas de las circunstancias de mayor punibilidad previstas en la precitada disposición legal y de esa manera se dosifique la pena partiendo de los cuartos medios de punibilidad de que trata el artículo 61 del C.P. No obstante, se resalta que en la audiencia de formulación de imputación no se comunicó al procesado ninguna de esas circunstancias previstas en el artículo 58 del C.P., por lo cual esta Colegiatura considera que deducir unas circunstancias de mayor punibilidad que no fueron imputadas jurídicamente al encartado afecta el principio de la congruencia descrito en el canon 448 del C.P.P., por lo cual no es posible acceder a lo pretendido.

Aunado a lo antedicho, tampoco pueden tenerse en cuenta las circunstancias de agravación imputadas que corresponden a los numerales 2º y 7º del artículo 104 del C.P., con el fin de sustentar un ámbito punitivo de movilidad a partir de los cuartos medios en el entendido que de hacerlo se afectaría el principio general del derecho al *non bis in ídem,* teniendo en cuenta que dichas situaciones ya se tuvieron en cuenta para agravar la pena a imponer.

Al respecto la SP de la CSJ, en providencia radicada al No. 43524 del 28 de mayo de 2018, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, dispuso:

*“Ahora, la critica que hace el recurrente por el hecho de que el juzgador aluda indistintamente a las circunstancias de mayor y menor punibilidad como atenuantes y agravantes, no tiene sentido alguno, no solo porque no está planteando un problema jurídico que merezca acaparar la atención de la Corte, sino porque es el mismo legislador el que de manera indiferente utiliza dicha terminología para referirse a las primeras.*

*Efectivamente, en el ya citado inciso 2º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 se alude de manera indiscriminada a las “atenuantes y agravantes” y a las “circunstancias de atenuación y agravación punitiva”, para referirse en forma expresa a las “circunstancias de menor y mayor punibilidad” descritas en los artículos 55 y 58 Ejusdem.*

*De ahí que ninguna confusión genera que se llamen de una u otra manera, pues, es lo cierto que nada tienen que ver con las circunstancias modificadoras de la punibilidad, atenuantes o agravantes, que se tienen en cuenta en un momento diferente, previo al de definir en cuál cuarto de movilidad punitiva deben establecerse las sanciones”*

En consecuencia, la Sala acompaña la decisión del *a quo* respecto de fijar el ámbito de movilidad en atención de la imputación de cargos fáctica y jurídica que comunicó la FGN al procesado en la audiencia preliminar, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 293 del C.P.P., se transmutó en acusación.

6.3. En lo relativo al concurso de conductas punibles se podrá aumentar la pena “hasta en otro tanto”, expresión que contiene el artículo 31 del CP, y se ha definido en la jurisprudencia puntual de la SP de la CSJ, de la siguiente forma:

*“De esta preceptiva claramente se advierte que cuando alguien es hallado responsable de la comisión de varios delitos, para establecer la condigna sanción es necesario dosificar las penas correspondientes a todas las conductas, con este doble propósito: primero, para conocer cuál de ellas establece la pena más grave, y segundo, para poder calcular la suma aritmética de todas las penas, guarismo éste que se constituirá en el límite máximo de la punición conglobante.*

*En este orden de ideas, las penas “debidamente dosificadas” (y con mayor razón los respectivos marcos punitivos) de las conductas concurrentes no seleccionadas como la que “establece la pena más grave” no tienen connotación distinta a las que se acaban de señalar, porque el cálculo de la sanción por todos los delitos tendrá como punto de partida la pena del más grave, y la discrecionalidad en el incremento por las demás conductas girará no en torno a la punibilidad propia de éstas sino de la de aquél, en la medida en que dicha pena se debe aumentar “hasta en otro tanto”, vale decir, un incremento que debe ser mínimo de un día y puede llegar como máximo al 100% de la pena más grave, siempre y cuando esta operación no supere los 40 años ni la suma aritmética de las penas que corresponderían a todas las conductas si se hubieren juzgado por separado.*

*Como se ve claramente, la punibilidad de las conductas concurrentes no consideradas como la de “pena más grave” pierde su individualidad y la autonomía para acceder a la del tipo base del concurso y manifestarse sólo como una proporción de ésta (“hasta en otro tanto”).*

*Dicho en otras palabras, cuando se calcula la sanción en un concurso de delitos, la cuota de pena correspondiente a las conductas concurrentes no consideradas como la más grave, no tiene relación con su propia punibilidad o con el marco punitivo dentro del cual se determinaría la sanción en caso de haberse juzgado la conducta independientemente, sino con “la pena más grave”. Esto, porque el referente de la pena final o total es la del tipo base incrementada hasta en una proporción de sí misma por lo que concierne a las conductas concurrentes, cuya propia punibilidad sólo se mira para establecer con la suma de ellas un baremo no susceptible de ser rebasado por la pena conglobante o totalizada.”[[5]](#footnote-5)* (Subrayas ex texto)

6.3.1 En el caso sub lite, se observa que el *a quo* atendió esta regla, ya que el incremento de 24 meses de prisión por el concurso del delito de hurto calificado no se acerca tan siquiera hasta el límite del otro tanto inicialmente dispuesto en el fallo recurrido que fue de 420 meses de prisión impuestos como pena mínima, es decir como base.

6.3.2 Argumentó el recurrente que el fallador incurrió en doble beneficio al reconocer la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 268 del C.P., para el delito de hurto calificado lo cual redujo la pena de 96 a 48 meses de prisión y posteriormente disminuir la pena en la mitad para efectos del incremento punitivo del concurso lo que conllevó a una pena de 24 meses.

Sin embargo, para esta Colegiatura no le asiste razón al censor en el entendido que la dosificación punitiva para la cual se tuvo en cuenta la circunstancia de atenuación antedicha solo se realizó con el fin de determinar la pena más grave que fue la fijada como base, por el contrario, el incremento correspondiente al concurso de conductas punibles de que trata el artículo 31 del CP., no se llevó a cabo atendiendo los parámetros de individualización de la pena, sino que se trató de un incremento que ponderó la *a quo* para el delito contra el patrimonio económico*,* mismo que se acompaña por la Sala de Decisión, por lo tanto no se modificará el mismo.

Es necesario aclarar que para el apelante no era viable el reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva señalada en el artículo 268 del CP., atendiendo el grave daño ocasionado a la víctima, pero no sustentó el motivo por el cual considera que se causó ese daño teniendo en cuenta que se trata de una disposición específica para los delitos contra el patrimonio económico y en el caso de marras, como lo dedujo la *a quo,* no se estableció la cuantía de los elementos hurtados por lo cual se parte de la premisa de que no superó el salario mínimo legal mensual vigente, fuera de que la fijación de la pena para el delito concurrente no se basó en el artículo 268 del C.P., sino en las reglas del artículo 31 del C.P.

6.3.3 Al respecto, en el precedente CSJ SP del 21 de febrero de 2018, radicado 51142 se expuso lo siguiente al examinar las reglas de fijación de pena en un caso de concurso homogéneo y heterogéneo de delitos:

*“Concurso de conductas punibles.*

*De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, quien infrinja una pluralidad de disposiciones de la ley penal o varias veces la misma, 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 aplicación de ese mandato, se tomará como pena base de prisión, la dosificada para el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado, derivado del fallo T-2000/10[[6]](#footnote-6), que corresponde a 212 meses y 7 días, aumentados en 6 meses por cada uno de los 11 peculados por apropiación agravados (66 meses) que concursan homogéneamente, más 4 meses por cada uno de los 6 peculados simples (24 meses), aunados a 2 meses por cada uno de los 2 peculados por apropiación atenuados restantes (4 meses).*

*A la cifra resultante (306 meses y 7 días), se le suman 5 meses por cada uno de los 20 prevaricatos por acción (100 meses) y 6 meses más por el concierto para delinquir, para imponer a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ una pena privativa de la libertad de 412 meses y 7 días de prisión, monto que no excede del doble del máximo de la pena impuesta para el delito más grave[[7]](#footnote-7) (414 meses y 14 días)”*

6.3.4 Precisamente, al referirse al tema en estudio, el autor Nelson Saray Botero expone en su obra “Dosificación Judicial de la Pena”, lo siguiente:

*“...No se puede valorar doblemente el concurso de delitos, esto es, no puede haber un concurso de concursos.*

*(...)*

*Es absolutamente prohibida la doble valoración negativa pues infringe el principio de legalidad y el brocárdico del non bis in ídem*

*No se puede valorar dos veces la misma variable para incrementar la pena en un concurso de delitos y posteriormente incrementarla por otras conductas concursales.*

*Es decir que se si se trata de dos delitos de porte de armas con penas de nueve (9) años cada uno y dos delitos de hurto con penas de seis (6) años cada uno, por ejemplo; entonces no se puede tasar la pena por el concurso de los delitos de porte ilegal de armas de fuego, y luego tasar la pena por el concurso de los delitos de hurto, y finalmente realizar la sumatoria de esos dos concursos. Este es el denominado concurso de concurso de delitos, lo cual está prohibido por ser asaz ilegal.*

*Lo que se debe hacer es que como 9 es el número mayor, la pena no puede sobrepasar el guarismo de 18 (porque 9 x 2 = 18), como tampoco la sanción puede sobrepasar la sumatoria de todos los delitos que en ejemplo arroja un total de 30 años (9 +9 +6+6= 30) De estos dos guarismos se escoge la pena final que es 18, así que la pena final no puede exceder de 18 años de prisión.*

*Al número mayor, que es la pena más grave, es decir 9 años de prisión, se la agrega jurídicamente la pena que corresponda por el otro delito de porte ilegal de armas de fuego, luego se le agrega jurídicamente la pena que corresponda por un primer delito de hurto y finalmente se le agrega jurídicamente la pena por el otro delito de hurto .Este es el trámite correcto para evitar el concurso de concursos.*

*En el ejemplo propuesto, la pena más grave es de 9 años, así que por los otros delitos, por razones de necesidad de la pena, de proporcionalidad y de razonabilidad (art. 3º C.P), número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas, el juez pueda aumentar la mitad (½) e penas que corresponda por cada uno de los demás delitos, así:*

*9 + 4.5. + 3 +3 = 19 años 6 meses.*

*Pero como la sanción definitiva no puede exceder de 18 años, entonces este será el guarismo de la sanción final: 18 años de prisión.”*

6.4 Por último, el apelante manifestó en su alzada que la aceptación de cargos solo se hizo con el fin de librarse de una condena completa y no con intención de colaboración con la justicia, para lo cual es menester resaltar que en razón de la aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, se debe tener en cuenta que el inciso 1º de esa disposición establece que la aceptación de los cargos formulados en la audiencia preliminar de imputación comporta una rebaja de pena “hasta de la mitad”, lo anterior, mientras que no se trate de un evento de flagrancia según el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 ni exista prohibición legal expresa para hacer ese tipo de reducciones punitivas.

Lo anterior significa que esa rebaja no siempre tiene que ser de la mitad de la pena sino que, se trata de una disminución que oscila de una tercera (1/3) parte hasta de la mitad de la sanción, en razón de la fase procesal de la actuación.

6.4.1 Sobre el tema se ha manifestado lo siguiente en la jurisprudencia pertinente sobre la materia:

*“Ahora, aunque en la Ley 906 de 2004 no se establece el límite mínimo de la rebaja para cuando el allanamiento tiene lugar durante la audiencia de imputación o la preparatoria, una interpretación razonable del instituto permite afirmar que dichos extremos menores están determinados por el rango de mayor disminución punitiva prevista para la siguiente oportunidad procesal en que procede el allanamiento a la imputación. Es decir, de la tercera parte hasta la mitad de la pena cuando el allanamiento tiene lugar en la audiencia de formulación de imputación; de la sexta hasta la tercera parte de la pena cuando ocurre durante la audiencia preparatoria y de la sexta parte de la pena, cuando la aceptación se presenta al inicio del juicio oral.*

*De conformidad con lo expuesto, si en los artículos 351 y 356 de la Ley 906 de 2004 no se establece una rebaja fija de la sanción para cuando el allanamiento a cargos se produce dentro de las audiencias de imputación y preparatoria —como sí ocurre cuando la aceptación de los cargos acontece en la iniciación del juicio, caso en el cual se descuenta de manera fija una sexta parte de la pena— sino que frente a las referidas situaciones se dispone una rebaja ponderada de “hasta de la mitad” de la pena para la primera y “hasta de la tercera parte” para la segunda, es razonable concluir que corresponde al fallador determinar la proporción en la cual rebajará la pena”[[8]](#footnote-8).*

6.4.2 En este orden de ideas y bajo el entendido que el juez de primer grado motivó su decisión de aplicar una rebaja del 50% con fundamento en que el grado de colaboración del acusado con la administración de justicia fue relevante en el entendido que no fue capturado en flagrancia y se sometió a la judicatura en la audiencia de comunicación de cargos, criterio del fallador que no fue controvertido, razón por la cual la Sala considera que se debe respetar lo que el fallador consideró como proporcional y equitativo, en lo relativo a la rebaja punitiva por allanamiento a cargos.

6.5 En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia en la cual se condenó al señor JUMS.

7. En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad del procesado, ya que ese acápite de la sentencia no fue objeto del recurso de apelación.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de julio de 2018 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda) en contra del señor JUMS, en lo que fue objeto de impugnación.

**SEGUNDO**: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 2, 4 y 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25544 del 11 de marzo de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. [↑](#footnote-ref-2)
3. Nelson Saray Botero. Dosificación judicial de la pena. Citando: Corte Suprema de Justicia. Rad. 8616 del 15 de diciembre de 1994. Rad. 11045 del 2 de agosto de 1998. Rad. 10987 del 7 de octubre de 1998. Rad. 18856 del 24 de abril de 2003. Rad. 21296 del 16 de marzo de 2005. Entre otros. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia. Rad. 20849 del 11 de agosto de 2004. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia. Casación 20134 del 9 de junio de 2004. [↑](#footnote-ref-5)
6. En cuantía de por $68.774.423.327. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47588, reiterada en CSJ SP, 12 Mar 2014, rad. 42623 y CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 43868. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia. Casación 25726 del 21 de febrero de 2007. [↑](#footnote-ref-8)