



Bogotá, D.C., 24 de noviembre de 2020.

Doctor  
**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**  
**Magistrado Sala de Casación Penal**  
**Corte Suprema de Justicia**  
**E. S. D.**

**REF.** Casación No. 55990  
Delito: Hurto calificado y agravado  
Condenado: Oscar Rodríguez Peña

Cordial saludo:

**Jorge Hernán Díaz Soto**, en mi calidad de Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 020 de esta Corporación, me permito rendir concepto en relación con la demanda de casación de la referencia, en los siguientes términos:

### **1. Decisión impugnada**

Mediante decisión del 24 de mayo de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, resolvió el recurso de apelación propuesto por los apoderados de Harold Andrés García Villegas, Waldhur Hannaderlhi Roldán Sánchez y Oscar Rodríguez Peña contra la sentencia condenatoria emitida el 25 de octubre de 2017 por el Juzgado 5° Penal Municipal de Villavicencio, ante la admisión de cargos que hicieron los acusados por el delito de hurto calificado y agravado.

Frente a la pretensión de los defensores para que la segunda instancia concediera la prisión domiciliaria, señaló el juez colegiado que los presupuestos exigidos por la Ley 1709 de 2014 no concurrían en cabeza de ninguno de los condenados, no sólo en razón de la pena mínima señalada para el delito, sino además porque el hurto calificado y agravado se encuentra enlistado en el artículo 68 A del Código Penal, y existe expresa prohibición para conceder el sustituto deprecado para los condenados por estos delitos.



En cuanto a la condición de “padre cabeza de familia” del señor Rodríguez Peña, planteó la Sala Penal del Tribunal que había acertado el juez de conocimiento al negar dicho reconocimiento, pues no se cumplió con la carga probatoria para demostrar los presupuestos que exige la Ley 750 de 2002, esto en el sentido que, si bien es padre de cuatro menores de edad, no se demostró que sus respectivas madres no podían asumir el cuidado de ellos.

El juez de segunda instancia modificó la sentencia condenatoria en relación con la pena impuesta, tasándola de manera favorable a los condenados en treinta (30) meses y siete (7) días de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones pública por el mismo lapso, en tanto que concedió a García Villegas y Roldán Sánchez la libertad por pena cumplida, sin pronunciarse respecto de Rodríguez Peña, porque éste se encontraba cumpliendo una medida de aseguramiento dictada por otro despacho.

## **2. La demanda de casación**

Al amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación directa de la ley sustancial, el demandante planteó la falta de aplicación de una norma favorable al procesado Rodríguez Peña por parte del Tribunal, esto es, la Ley 1826 de 2017 que se encontraba vigente para el momento en que se profirió la sentencia de segundo grado.

El reparo lo sustentó con los siguientes argumentos:

De haberse aplicado la Ley 1826 de 2017, la rebaja por la aceptación de cargos que hizo Rodríguez Peña en la audiencia de formulación de imputación habría sido del 50% y no del 12.5% como ocurrió, pues para el momento en que se profirió el fallo de segundo grado, aquella normativa, que entró a regir el 12 de julio de 2017, estaba en vigor.

Hubo una interpretación indebida del artículo 269 del Código Penal. Los hechos ocurrieron el 20 de noviembre de 2016; el 21 de noviembre siguiente tuvieron lugar las audiencias concentradas; en esta misma fecha se le dio a la víctima la mitad de la indemnización, diez millones de pesos, mientras que el saldo se cubrió durante el transcurso de ese mes. Debido a que fue esa indemnización rápida, oportuna e inmediata, para lo cual la víctima no incurrió en mayor desgaste, era procedente aplicar el máximo

de rebaja de pena por indemnización integral, es decir, el 75%, en beneficio del procesado.

Por no tenerse en cuenta el principio de favorabilidad establecidos en el artículo 29 de la Constitución, lo mismo que en el Código de Procedimiento Penal, y como consecuencia de no observarlo al haberse dejado de aplicar la Ley 1826 de 2017, se afectó la situación del enjuiciado, porque tenía derecho a una rebaja de pena sustancialmente superior. De haber sido reconocida, a Rodríguez Peña se le habría avalado el derecho a la libertad por pena cumplida.

### 3. Concepto de la Fiscalía General de la Nación

En relación con la causal en la que se fundamenta el ataque planteado por la defensa contra la sentencia de segundo grado, esta Sala en radicado 24323 del 24/11/2005, señaló:

*“En la violación directa de la ley sustancial el error del juez es de juicio o in iudicando al momento de aplicar o interpretar la ley (Constitucional o legal) llamada a regular el caso a resolver, y puede acontecer por uno de estos sentidos:*

*“- **falta de aplicación** –error de existencia-, cuando se ignora que la norma existe, se considera que no está vigente o se estima que está vigente, pero no es aplicable.*

*“- **aplicación indebida** –error de selección-, cuando la norma escogida y aplicada no corresponde al caso concreto.*

*“- **interpretación errónea** –error de sentido-, cuando la norma seleccionada es la correcta, pero el juez no le da el alcance que tiene o lo restringe.*

*“Frente a esta causal la jurisprudencia viene enseñando que el demandante debe aceptar los hechos y la valoración probatoria tal y como fueron plasmados por los jueces de instancia en la sentencia, debiendo proponer una discusión eminentemente jurídica en la cual demuestre el error o errores del intelecto al momento de aplicar o interpretar la ley y la consecuente trascendencia del yerro en el sentido del fallo.”.*

En el caso que convoca a la Sala, el planteamiento de la censura se orientó a un error de existencia como forma de manifestación del quebranto directo de la ley sustancial, pues el actor entiende que el Tribunal desconoció en su decisión que para la fecha en que se emitió incluso la sentencia de primera instancia, ya estaba vigente la Ley 1826 de 2017, norma a través de la cual se estableció el procedimiento especial abreviado y se reguló la figura del acusador privado, normatividad procesal que teniendo efectos sustanciales favorables para la situación de su prohijado, debió aplicarse al momento de resolverse la alzada.

Sobre la materia, la Corte en decisión SP1763 del 23 de mayo de 2018, radicado 51989, en punto de la aplicación de la Ley 1826 y de las normas con efecto sustancial de esa norma procesal, aún en casos de flagrancia, señaló:

*“1. Conforme al inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política: «En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable».*

*“En desarrollo de dicho mandato, el inciso segundo del artículo 6° de la ley 599 de 2000, que hace parte de las normas rectoras del Código Penal, que «(...) constituyen la esencia y orientación del sistema penal (...)», prevalecen sobre las demás e informan su interpretación (artículo 13 ibídem), dispone: «La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados».*

(...)

*“5.- El 6 de julio de 2017, es decir, con posterioridad a los hechos, pero con anterioridad a la emisión de las sentencias de primera y segunda instancia, entró en vigor la Ley 1826 de 2017, promulgada el 12 de enero del mismo año en el Diario Oficial n.° 50114, «Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado». Para tal efecto, fueron modificados varios artículos del Código de Procedimiento Penal y se le adicionó a este el Libro VII, sobre «Procedimiento especial abreviado y acusación privada», conformado por los artículos 534 a 564.*

(...)

*“9.- La Ley 1826 de 2017 prevé que el indiciado puede acercarse al fiscal y aceptar cargos en cualquier momento previo a la audiencia concentrada. Así mismo que: «La aceptación de cargos en esta etapa da lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena. (...)» (artículo 539).*

*“El párrafo de ese precepto aclara: «Las rebajas contempladas en este artículo también se aplicarán en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito». Se entiende que dichas prohibiciones son, v.gr., las contempladas en el artículo 199, numerales 7 y 8, de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia.*

*10. En resumen, la Ley 1826, para los casos en los que ha existido captura en flagrancia, contiene un tratamiento punitivo más favorable por efecto de la aceptación de cargos en la primera oportunidad procesal habilitada para ello (rebaja de hasta la mitad de la pena) que el contemplado en la ley 906 de 2004 para los mismos eventos (rebaja del 12.5% de la pena). Por consiguiente, al cumplirse los presupuestos de operatividad del principio de favorabilidad de la ley penal, en el presente caso debe aplicarse de preferencia y con retroactividad lo dispuesto por la normatividad de 2017”.*

Se dejó claro en este pronunciamiento también por parte de la Corte, que la audiencia de imputación que consagra la Ley 906 de 2004, corresponde en el procedimiento especial abreviado, conforme lo estableció la misma ley 1826, al traslado de la acusación de ésta última norma procesal.

Resalta evidente que para el momento en el que el ad quem revisó por vía de apelación la sentencia de primer grado, incluso para la fecha en que se emitió la sentencia de primer nivel, ya se encontraba vigente una norma procesal que, aunque expedida con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, por consagrar efectos sustanciales favorables al condenado, era de imperiosa aplicación para los juzgadores de las instancias. Es así, porque al regular el tema de las rebajas de penas en caso de flagrancia, la nueva normativa estatuyó mayores beneficios que la vigente para el momento de los hechos.

Entonces, en aras de la garantía y vigencia del principio de favorabilidad que asiste a toda persona sometida a un enjuiciamiento criminal, era



imperiosa la aplicación de la norma posterior de naturaleza favorable. Esto implicaba que al momento de mensurar la pena por parte del a quo o de su redosificación a cargo del Tribunal, la imponible fuera de menor entidad que aquella finalmente aplicada al señor Rodríguez Peña y los demás partícipes en los hechos. No se hizo porque, en efecto, de manera errónea los sentenciadores desconocieron la vigencia del precepto que regía el asunto con efectos favorables, esto es, el artículo 16, inciso 2º de la Ley 1826 de 2017 (artículo 539 C. P. P.), cuando quiera que se dé aceptación de cargos en cualquier momento hasta antes de la audiencia concentrada, lo que reporta una rebaja de hasta la mitad de la pena.

Cierto es, que la apelación presentada a nombre del señor Rodríguez Peña no abordó el tema de la aplicación por favorabilidad de la ley 1826, sin embargo, como quiera que al juez de segunda instancia le corresponde resolver todos aquellos aspectos que se encuentren inescindiblemente ligados al tema del apelación, es indudable que el Tribunal la existencia de una norma procesal favorable y aplicable al caso que estaba encargada de resolver por vía de apelación, debió considerar su aplicación al momento de recalcular la pena, como lo hizo en relación con la rebaja por indemnización, en tanto estaba involucrado un ámbito de garantías fundamentales por el derecho que le asistía al reo de que se le resolviera su caso con arreglo a la ley más favorable.

Con todo, debe agregarse que no le asiste razón al casacionista por el quebranto del artículo 269 del Código Penal, que denunció por haber sido interpretado de manera indebida, en tanto no se reconoció el máximo de rebaja previsto. El juez de conocimiento, después de aplicar el 12.5% de reducción de la pena en virtud de la aceptación de cargos en la imputación y como consecuencia de la captura en flagrancia, con base en aquella norma procedió a realizar otro descuento equivalente al 65% del resultado que arrojó esa primera operación. Tuvo en cuenta, al efecto, lo manifestado por la representación de víctimas, que informó sobre las particularidades de la indemnización.

Al respecto, al Tribunal reconoció que la indemnización fue pronta, pero agrego que *“no es viable reconocer el porcentaje máximo solicitado por el recurrente, pues se advierte que la indemnización no fue inmediata y se realizó en dos momentos”*. Por esta razón, de todos modos, reconoció la deducción de pena por concepto de la indemnización realizada, por un 68% de la pena.

En la demanda no se hizo explícita la hermenéutica desatinada que el ad quem le habría al artículo 269 del Código Penal. Sólo se afirmó, sin un





Casación  
No. 55990  
Hurto calificado y agravado  
Oscar Rodríguez Peña

argumento que acompañara y respaldara la premisa, que por haber sido en su opinión rápida y oportuna la indemnización, la rebaja de pena debió ser por el máximo previsto en esa norma. Expresado de otra manera, no dijo el actor por qué es erróneo el criterio del fallador de segundo nivel, que se deduce de la frase que construyó, que merece el máximo de rebaja el acto de indemnización inmediato y total, no el fraccionado, aunque haya sido en breve lapso. En esto, no se avizora ningún yerro de interpretación.

En este orden de ideas, para el suscrito fiscal es claro que la pretensión del casacionista debe ser atendida por la Sala. En consecuencia, solicito que se CASE la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 24 de mayo de 2019 y se proceda a tasar la pena imponible al señor Óscar Rodríguez Peña concediendo los beneficios que de esa nueva pena se deriven, luego de aplicar lo señalado en el artículo 539, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

En los anteriores términos rindo el concepto de que trata el numeral 3 del Acuerdo 020 de 2020 de esa Corporación.

De los señores Magistrados,

Atentamente,

**JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO**  
Fiscal Primero Delegado