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 TENTADO Y OTROS / BENEFICIO PUNITIVO LEY 1826 DE 2017 / APLICA SOLO PARA DELITOS ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 534 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL / PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD Y RETROACTIVIDAD.**

En atención al principio de la limitación de la doble instancia se contrae a resolver si le asistió razón al A quo al no dar aplicación a las previsiones de los incisos 1º y 2º del artículo 539 del CPP, adicionado por el artículo 16 de la ley 1826 de 2017, que disponen lo siguiente :

“Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado. Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada.

La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena”

En este caso el argumento principal de juez de primer grado se basó en considerar que el delito de violación del artículo 103 del C.P. (Homicidio en modalidad de tentativa), por el cual aceptaron cargos los procesados MNA y EMVG, no estaba enlistado dentro de aquellas conductas punibles para las cuales estaba previsto el procedimiento abreviado establecido en la ley 1826 de 2017, según el artículo 10 de la misma ley, de modo que aunque la infracción se cometió en concurso con otra conducta punible que sí está incluida en el listado de punibles que permiten tal beneficio (hurto calificado y agravado – artículos 239, 240 y 241 CP), lo procedente era seguir el procedimiento ordinario. (…)

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-592 de 2005 hizo referencia a los alcances del principio de favorabilidad frente a la figura jurídica de la retroactividad así:

“… La retroactividad… significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales…”

En lo que tiene que ver con el asunto que fue puesto en consideración de esta Sala… se hace menester referir que ya existe un pronunciamiento de esta Colegiatura sobre el tema, donde se manifestó que era posible aplicar retroactivamente las disposiciones de la Ley 1826 de 2017, a casos anteriores donde se hubiera producido el allanamiento a cargos dentro del proceso ordinario previsto en la Ley 906 de 2004, siempre que se tratara de un delito de aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 534 del CPP. (…)

La distinción que hizo el legislador resulta relevante si se examina el último inciso de esa norma, donde se dispuso lo siguiente: “En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último”, lo que indica a las claras que en ejercicio de su poder de configuración el órgano legislativo consideró que era precisamente la naturaleza de los delitos el factor esencial para aplicar el procedimiento abreviado que conlleva una regulación diferente de los institutos del derecho premial, que no resulta aplicable en eventos de concurso con delitos no contemplados en el artículo 534 del CPP.

… como consecuencia del recurso propuesto, la modificación a realizar consiste exclusivamente en aplicar la rebaja de una tercera parte de la pena a imponer por el punible de hurto calificado y agravado que se había fijado en 144 meses de prisión, por lo cual la nueva pena será de 96 meses de prisión. Ahora, respecto del punible de homicidio en modalidad de tentativa, se tiene en cuenta la pena de 24 meses que impuso el A quo en razón del concurso de conductas punibles, mismo que no excede el cuarto mínimo de la pena a imponer para ese ilícito, por lo tanto se mantendrá tal sanción y, en consecuencia, la pena se fija en un total de 120 meses de prisión.

**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. 579 del veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:18 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2017 02051 01 |
| Acusados | MNA y EMVG |
| Delitos | Homicidio en modalidad de tentativa y hurto calificado y agravado |
| Juzgado de conocimiento | Primero Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto a decidir | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora de los procesados en contra de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó al señor MNA y Grajales por el delito de Homicidio en modalidad de tentativa y hurto calificado y agravado.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“El 9 de junio del año 2017 a eso de las 07:20 horas fueron capturados en situación de flagrancia en la vía nueva entrada al Parque Industrial de la ciudad de Pereira, los ciudadanos EMVG y MNA, por cuanto momentos antes cuando viajaban como pasajeros en Microbús de servició público afiliado a la empresa COOTRANSMAR, que cubría la ruta Pereira Marsella, aprovechando tal condición, y una vez pasan por el puente de Turín, proceden a intimidar con armas blancas al conductor LUIS MIGUEL AGUDELO VALENCIA, para que bajará la velocidad y abriera la puerta a quien le hurtan un celular avaluado en la suma de $400.000, e intimidan a la señora LUZ ADRIANA ECHEVERRI GÓMEZ, a quien obligan a entregar su bolso con sus pertenencias y dinero, avaluados en la suma de $1.500.000.oo., e igualmente al joven GERSEY ESTEBAN JURADO RESTREPO, quien trata de oponerse al atraco pero entre estas dos personas lo apuñalan, y se apoderan de sus pertenencias avaluadas en la suma de $150.000, frente a esta situación algunos pasajeros, se tiran de la buseta resultando lesionados; los asaltantes se bajan y salen corriendo por la vía hacía Marsella, otros pasajeros pedían ayuda a las personas que se movilizaban en vehículo por ese sector, finalmente al sitio llega una ambulancia y la policía, siendo trasladado el joven JURADO RESTREPO quien quedo gravemente herido a la Clínica ESIMED PEREIRA, minutos después se hace efectiva la captura de los asaltantes por parte entre otros del Intendente JHON JAIRO CHANTRE, a los capturados, se les incauta una de las armas utilizadas, prendas que vestían en el momento que comenten el hurto y atentan contra la vida del joven JURADO RESTREPO, e igualmente se recuperan algunas de las pertenencias que le fueron hurtados a los pasajeros, por ello, se le dan a conocer sus derechos como personas capturadas, siendo trasladados a la URL, para su judicialización.*

*En cuanto al joven JURADO RESTREPO, y debido a la gravedad de las lesiones posteriormente fue internado en la Clínica San Rafael, evitándose así su deceso. (…)”*

2.2 El día 10 de junio de 2017 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Marsella, Risaralda (en unidad judicial), se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (fls. 1-2). En dicho acto la FGN comunicó cargos a MNA y EMVG por el delito de Homicidio en modalidad de tentativa y hurto calificado y agravado. Los procesados no aceptaron los cargos.

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la causa (fl. 12). La audiencia de formulación de acusación se adelantó el 29 de agosto de 2017 (fl. 15). El 25 de octubre del mismo año se llevó a cabo la audiencia preparatoria en la cual los procesados se allanaron a los cargos por los cuales fueron acusados (fls. 23-24).

2.4 El 22 de noviembre de 2017 se profirió el fallo condenatorio en contra de MNA y EMVG (fls. 56-61).

2.4 La decisión fue apelada por la defensora (fls. 63-69).

**3. IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS**

MNA identificado con la cédula de ciudadanía 1.088.349.468 de Pereira, ciudad donde nació el 20 de junio de 1998, hijo de Lina María y Andrés, nivel de escolaridad bachiller, ocupación oficios varias (fls 40 y 42).

EMVG, identificada con cédula de ciudadanía 1.088.329.994 de Pereira, ciudad donde nació el 29 de septiembre de 1995, hija de Claudia, nivel de escolaridad décimo, sin profesión u oficio conocida (fls. 41 y 43).

**4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA**

4.1 En atención al principio de limitación de la segunda instancia y como el recurso de apelación solamente se interpuso frente a la rebaja del 8.33 % de la pena, que fue reconocida a los procesados ante su allanamiento a cargos por la violación de los artículos 103 y 239, 240, 241 CP., solamente se hará mención de ese acápite del fallo de primer nivel, donde se hicieron las siguientes consideraciones:

* Luego de realizar el proceso de dosificación de la pena y de determinar la pena a imponer de 154 meses de prisión, el *A quo* sostuvo que no acogía la solicitud de la defensa respecto de la aplicación por principio de favorabilidad de la rebaja de una tercera parte de la pena a imponer de conformidad con lo previsto en el artículo 539 CPP adicionado por la ley 1826 de 2017, porque si bien se formularon cargos a los penados por el delito de hurto calificado con circunstancias de agravación punitiva en donde se produjo una captura en flagrancia con allanamiento a cargos en audiencia preparatoria, adujo que dicha norma rige expresamente para las conductas allí contempladas y si bien uno de los delitos están enlistados en el artículo 5º de la ley en cita, también se debe tener en cuenta que existe un concurso de conductas punibles, concretamente por el delito de homicidio, por lo que es el procedimiento ordinario el que regula el presente trámite, de lo contrario se crearía una mixtura procesal para unos y otros delitos.

4.2 La defensora apeló el fallo en lo relativo al no reconocimiento de la detracción punitiva establecida en el novísimo artículo 539 del CPP, para los casos de avenimiento a la acusación de los procesados.

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. Defensora (Recurrente)
* Durante el trámite de que trata el artículo 447 CPP solicitó la aplicación del principio de favorabilidad, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del nuevo artículo 539 del C.P.P., (adicionado por el art. 16 de la Ley 1826 de 2017), en el que se establecen beneficios punitivos en los eventos de aceptación de cargos, permitiendo una rebaja de hasta la mitad de la pena en cualquier momento previo a la audiencia concentrada, una tercera parte una vez instalada la audiencia concentrada y una sexta parte si ocurre una vez instalado el juicio oral.
* Lo anterior conllevaría al reconocimiento del beneficio punitivo en relación con el delito de Hurto Calificado y Agravado en favor de los procesados, por haber aceptado cargos en la audiencia preparatoria, lo que significa una rebaja de hasta una tercera parte de la pena.
* En la sentencia se negó la petición elevada, argumentando que la misma ley 1826 de 2017 en el nuevo artículo 534 inciso final, dispone que en concurso de conductas punibles referidas al procedimiento abreviado con alguna de las que se aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último, lo que conllevaba que una única rebaja permitida era la establecida en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906.
* El principio de favorabilidad está ligado al principio de legalidad, y constitucionalmente se encuentra en el artículo 29, en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
* Es decir, que por regla general, el principio de legalidad constituye una garantía para con los ciudadanos, a quienes se les garantiza de antemano, el conocimiento del procedimiento por el cual serán investigados, que tipo de conductas se le puede imputar y que pena finalmente recibirían en caso de ser vencidos en juicio. Da la seguridad de que ningún ciudadano puede ser sorprendido con procedimientos y penas arbitrarias, asegurando con ello el desarrollo de una gran variedad de principios fundamentales, como el debido proceso y la igualdad, entre otros.
* Con ello entonces, se diría que en principio le asistiría razón al juez fallador, cuando niega la aplicación de la norma consagrada en una Ley posterior, ya que los hechos tuvieron ocurrencia antes del 13 de julio de 2017, fecha en la que entró a regir la Ley 1826 de ese año.
* Sin embargo, la excepción, también constitucional, a esa regla general establecida en el principio de legalidad, es precisamente el principio de favorabilidad, antes citado y que hace parte del mismo artículo 29 constitucional, mismo que permite al juez de conocimiento estudiar que norma le es más favorable al procesado.
* La coexistencia normativa obliga al estudio de la favorabilidad, porque de no existir ese inciso final del artículo 534 o el parágrafo del artículo 539, ningún sentido tendría la petición elevada, pues se trataría de un derecho y se aplicaría la norma existente.
* La norma se refiere al procedimiento a aplicarse, es decir, el artículo 534 hace alusión al trámite que debe regir la actuación, cuando se da esa coexistencia de delitos, advirtiendo que será el establecido en el procedimiento ordinario, procedimiento que se aplicó a la presente actuación, ya que el momento en que se dio la aceptación de cargos, fue en la audiencia preparatoria, figura propia del procedimiento ordinario, lo que significa que sobre este tópico ninguna queja se tiene.
* Lo que se pretende por esta defensa, es que se aplique la favorabilidad en relación con una norma diferente sobre los beneficios punitivos, consagrada en ese artículo 539 adicionado por la Ley 1826 de 2017, y que permite las rebajas de pena allí señaladas aun cuando se haya producido la captura en flagrancia de los procesados.
* Es evidente entonces, que dicha norma es mucho más favorable que la establecida en el parágrafo del artículo 301 de la ley 906 de 2004, puesto que conllevaría la rebaja de hasta una tercera parte de la pena, que afectaría la dosificación realizada y obviamente la pena final a imponer.
* Lo solicitado es la aplicación de la rebaja solo para uno de los delitos enlistados en esa misma Ley 1826, es decir el delito de Hurto Calificado y Agravado y no para el otro tipo penal, porque es claro que por ser taxativo el listado que trae el artículo 534, solo podría aplicarse la favorabilidad frente al delito contra el patrimonio económico.
* Debe tenerse en cuenta que la norma es posterior, creó la existencia de un nuevo procedimiento penal en relación con determinados delitos y que consagra una situación más favorable en caso de aceptación de cargos, lo que implica que se aplica de manera retroactiva a aquellos delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia, tal como lo han explicado en diversas oportunidades tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional.
* Citó la sentencia C- 592 del 9 de junio de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y la sentencia C-371 del 11 de mayo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
* Solicitó revocar parcialmente la sentencia condenatoria y en su lugar redosificar nuevamente la pena impuesta concediendo la rebaja de hasta una tercera parte de la pena por aceptación de cargos para el delito de hurto calificado y agravado.

**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**

6.2.1 En atención al principio de la limitación de la doble instancia se contrae a resolver si le asistió razón al *A quo* al no dar aplicación a las previsiones de los incisos 1º y 2º del artículo 539 del CPP, adicionado por el artículo 16 de la ley 1826 de 2017, que disponen lo siguiente :

*“Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado. Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada.*

*La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena”*

6.2.2 En este caso el argumento principal de juez de primer grado se basó en considerar que el delito de violación del artículo 103 del C.P. (Homicidio en modalidad de tentativa), por el cual aceptaron cargos los procesados MNA y EMVG, no estaba enlistado dentro de aquellas conductas punibles para las cuales estaba previsto el procedimiento abreviado establecido en la ley 1826 de 2017, según el artículo 10 de la misma ley, de modo que aunque la infracción se cometió en concurso con otra conducta punible que sí está incluida en el listado de punibles que permiten tal beneficio (hurto calificado y agravado – artículos 239, 240 y 241 CP), lo procedente era seguir el procedimiento ordinario.

**6.3 Solución al problema jurídico propuesto:**

6.3.1 El principio de legalidad se encuentra establecido en el artículo 6º del CPP, así:

*“ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.*

*La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.”*

6.3.2 En el caso objeto de estudio está demostrado que MNA y EMVG aceptaron cargos en la audiencia preparatoria que se adelantó el 25 de octubre de 2017 ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de esta ciudad por la violación de los punibles 103, 239, 240 y 241 CP.

6.3.3 El artículo 356 del C. de P.P., respecto del desarrollo de la audiencia preparatoria dispone lo siguiente en su numeral quinto: *“Que el acusado manifiesta si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.”*

6.3.4 Frente a la figura jurídica del allanamiento a cargos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto lo siguiente:

*“(…) 2.1. La aceptación de los cargos.*

*Es de la esencia del proceso penal acusatorio que un juez imparcial decida en un juicio público con inmediación y controversia probatoria acerca de la responsabilidad del procesado, en el contexto de un sistema que da cabida, de una parte, a la aplicación del novísimo principio de oportunidad, y de otra, a trámites que permiten decidir anticipadamente sobre el objeto del proceso sin controversia probatoria ni juicio.*

*La aceptación de cargos es precisamente una de las modalidades de terminación abreviada del proceso, que obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso penal, con miras a que el imputado resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte, y de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.* (...)

*Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.*

*De ello se sigue una segunda conclusión: el procesado tiene facultad para discutir en apelación y posteriormente alegar en casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma, aspecto éste último que le está vedado controvertir a quien precauerda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y cuando el Juez, como le corresponde, los haya respetado (inciso 4 del artículo 351 ley 906 de 2004).*

*Esto, porque se sabe que dentro de los presupuestos operativos del sistema con tendencia acusatoria se encuentra la contundencia de la actividad investigativa de la Fiscalía General de la Nación, postulado según el cual, su correcto funcionamiento supone que un alto porcentaje de procesos terminen por la vía del allanamiento a la imputación, por lo que el Legislador, para garantizar la seguridad jurídica y la operatividad del sistema, prohibió, desde determinado momento procesal, la posibilidad de retractación de lo aceptado. Por lo demás, en el asunto que ahora convoca la atención de la Sala, nunca se le ha escuchado al imputado manifestar su retractación.*

*De suerte que una vez realizada la aceptación de la imputación, la unidad defensiva conformada por el procesado y su procurador judicial, renuncian de manera voluntaria y definitiva, a desplegar la labor defensiva que la ley les ha reservado, a cambio de una sustancial reducción de pena.( Art. 8° ley 906 de 2004)*

*Si el momento propicio para solicitar la exclusión de prueba, información legalmente obtenida es la audiencia preparatoria, la aceptación de la imputación comporta una renuncia a dicha discusión y por tanto, aquellos asuntos que habrían de debatirse en dicha audiencia o en el trámite del debate público, estarían excluidos de la impugnación de la sentencia, la cual, como se ha dicho, queda reducida a aspectos relacionados con el monto de la pena a imponerse y la concesión de los subrogados penales; no siendo la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, tópicos que pudieran discutirse.*

*No de otra manera puede entenderse el objetivo político criminal de las sustanciales reducciones de pena otorgadas por el legislador como consecuencia de la aceptación de cargos.”.*

6.3.5 Como en este caso no se discute que hubo una captura en flagrancia de acuerdo al numeral 3º del artículo 301 del CPP, para efectos de la presente decisión se debe tener en cuenta que para la fecha de la comisión de la conducta punible (9 de junio de 2017) estaba vigente el artículo 57 de la ley 1453 de 2011, norma que modificó el artículo 301 del C.P.P., que dispone que lo siguiente: “…*PAR. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004.”[[2]](#footnote-2)*

6.3.6 La norma en mención fue objeto de sucesivas interpretaciones e incluso de declaratorias de excepción de inconstitucionalidad por parte de jueces y tribunales del país, ante su evidente imprecisión. Sin embargo, la citada disposición fue declarada exequible mediante fallo de control abstracto contenido en la sentencia C- 645 de 2012. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la C.S.J. en ejercicio de la función de unificación de la jurisprudencia prevista en el artículo 180 de la ley 906 de 2004, precisó los efectos de esa norma, en providencia del 11 de julio de 2012, con radicado 38285 en el cual se consignó que las reducciones de pena derivadas de esa reforma legislativa eran las siguientes:

* *Audiencia de formulación de imputación (artículo 351): Rebaja original ½ (50%) Rebaja actual: 12.5% (¼ de la mitad)*
* *Audiencia preparatoria ( artículo 356 N. 5 ) Rebaja original 1 / 3 (33.3% ) Rebaja actual 8.33 % ( ¼ de la tercera parte )*
* *Audiencia de juicio oral. Rebaja original (1/ 6) (16.6%) Rebaja actual: 4.16% (¼ de la sexta parte).*

6.3.7 Ahora bien, la abogada que representa los intereses de los incriminados considera que en el caso de MNA y EMVG es procedente dar aplicación a lo dispuesto en la ley 1826 de 2017 “por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”, ya que a su modo de ver, y pese a que uno de los delitos objeto de acusación se encuentra excluido del listado de conductas punibles referidas en el artículo 10 de esa misma norma, se le debe reconocer la rebaja de “una tercera parte” de la pena ante el allanamiento a cargos realizado por los incriminados durante la audiencia preparatoria adelantada en el trámite ordinario que contempla la Ley 906 de 2004, en consideración al principio rector de la favorabilidad, por aplicación retroactiva de los incisos 1º y 2º del artículo 539 del CPP, adicionado por el artículo 16 de la ley 1826 de 2017.

6.3.8 La Corte Constitucional mediante Sentencia C-592 de 2005 hizo referencia a los alcances del principio de favorabilidad frente a la figura jurídica de la retroactividad así:

*“… El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales…”*

Esa misma Corporación a través de sentencia T-091 de 2005 indicó lo siguiente:

*“(…) En efecto, un ejercicio hermenéutico orientado a establecer cuál es el régimen legal o la norma que más favorece los intereses del procesado o sentenciado, comporta un análisis particular del caso concreto, lo cual no implica libertad absoluta del operador judicial, quien está sujeto a los imperativos normativos pertinentes, y a los precedentes jurisprudenciales que rigen el asunto sometido a su conocimiento.*

*11. En conclusión, la jurisprudencia constitucional de esta Corporación ha sentado varias directrices que interesan al análisis del caso que aquí se plantea, en materia de favorabilidad penal, referida a la Ley 906 de 2004, así: (1) El principio de favorabilidad como parte integrante del cuerpo dogmático de la Constitución, conserva pleno vigor y aplicabilidad respecto de la Ley 906 de 2004, no obstante las normas de vigencia que ella consagra, orientadas a reafirmar el principio general de irretroactividad de la ley penal, el cual no es excluyente sino complementario de la favorabilidad; (ii) el principio de favorabilidad conserva su vigor en todo el territorio nacional, no obstante el método progresivo elegido para la implantación gradual del nuevo sistema; (iii) el principio de favorabilidad rige también situaciones de coexistencia de regímenes legales distintos, siempre que concurran los presupuestos materiales del principio de favorabilidad, lo que implica que no pueda ser aplicado frente a instituciones estructurales y características del nuevo sistema y como tales sin referente en el anterior; (iv) la aplicación del principio de favorabilidad reclama un estudio particularizado de cada caso a fin de determinar el impacto de las normas en conflicto sobre la situación del procesado.”*

6.3.9 En lo que tiene que ver con el asunto que fue puesto en consideración de esta Sala, referente a la negativa del *A quo* de aplicar por favorabilidad el descuento punitivo de “hasta la tercera parte” en casos de captura de flagrancia previsto en el artículo 539 del CPP, frente a uno de los delitos por los cuales fueron sentenciados los señores MNA y EMVG, se hace menester referir que ya existe un pronunciamiento de esta Colegiatura sobre el tema, donde se manifestó que era posible aplicar retroactivamente las disposiciones de la Ley 1826 de 2017, a casos anteriores donde se hubiera producido el allanamiento a cargos dentro del proceso ordinario previsto en la Ley 906 de 2004, siempre que se tratara de un delito de aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 534 del CPP.

6.3.10 Al respecto, en apartes de una decisión del 19 de febrero de 2018, adoptada dentro del proceso tramitado contra Luis Eduardo Castañeda Castañeda por un concurso de delitos de fabricación y tráfico de armas de fuego y hurto calificado y agravado, que se encuentra en la fase de ejecución de la pena, y con ponencia del Magistrado Manuel Yarzagaray Bandera, se dijo que la aplicación retroactiva del inciso 2º del artículo 539 del CPP, era procedente frente a los delitos enunciados en el artículo 534 del C.P.P. y en tal virtud se confirmó una decisión adoptada por el Juez 1º de EPMS de Pereira en lo relativo a la redosificación de la pena frente al delito contra el patrimonio económico.

En la providencia citada se manifestó lo siguiente:

*“... En lo que concierne al problema jurídico propuesto por el apelante, la Sala tendrá como hecho cierto e indudable el consistente en que como consecuencia de la promulgación y sanción de la ley # 1826 de 2017, entró en vigencia una nueva normativa procesal penal que cobijaría a ciertos delitos[[3]](#footnote-3), los cuales se tramitarían mediante un procedimiento abreviado especial en el que se obviarían ciertas etapas procesales del procedimiento penal ordinario y se concentraban otras, así como se le concedían facultades a las víctimas para que eventualmente pudieran fungir como acusadores privados.*

*De igual forma, no se puede pasar desapercibido que en materia de terminación anticipada de los procesos, dicha normativa también consagró la figura del allanamiento a cargos, pero con la peculiaridad consistente en que en todo aquello que tiene que ver con el monto de los descuentos punitivos a los cuales un procesado se podría hacer merecedor por optar por esa alternativa, no existía distinción alguna si se estaba o no en presencia de un caso de captura en flagrancia, porque tales descuentos punitivos serían los mismos: «de hasta la mitad de la pena a imponer, en caso que el allanamiento a cargo tenga lugar antes de la audiencia concentrada; hasta de una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral…»[[4]](#footnote-4).*

*Como se podrá observar, si comparamos los descuentos punitivos de los que serían susceptibles, en los casos de captura en flagrancia, los delitos que son objeto del proceso abreviado especial, respecto de aquellos de los cuales serían destinatarios los procesados que se allanen a los cargos en el devenir de un proceso penal ordinario, los que por obra y gracia del párrafo único del articulo 301 C.P.P. corresponden a una cuarta parte de los descuentos por allanamientos a cargo, no sería necesario llevar a cabo un gran esfuerzo intelectivo para colegir que las disposiciones de la ley # 1826 de 2.017 son mucho más beneficiosas sobre ese tópico que las regulaciones dadas al mismo en la ley # 906 de 2.004; además, de bulto se nota un tratamiento diferencial con consecuencias jurídicas divergentes que ambas normas le dan a un mismo evento, que en ultimas estaría implicando un atentado en contra del principio de la igualdad[[5]](#footnote-5), ya que no existe razón valedera alguna que justifique el por qué frente a un mismo delito, en caso que tenga ocurrencia la captura en flagrancia del acriminado, y este decida allanarse tempranamente a los cargos, en la ley # 1.826 de 2.017 se le den unos descuentos punitivos compensatorios que puedan corresponder hasta el 50% de la pena a imponer, mientras que en la ley # 906 de 2.004, tales descuentos solo equivaldrían al 12.5%.*

*De lo antes expuesto, se desprende que la ley # 1826 de 2.017, por ser una normativa posterior y más benéfica para los intereses de los procesados y condenados, acorde con lo establecido en el 29 de la Carta, en consonancia con lo reglado por el inciso 3º del artículo 6º C.P. el inciso 2º del artículo 6º C.P.P. y el artículo 44 de la ley 153 de 1.887, sería la llamada a regir el subexamine, y como consecuencia de la aplicación del principio de la favorabilidad tendría efectos retroactivos, en tal virtud válidamente puede regular y modificar situaciones jurídicas que existían antes de su entrada en vigencia.*

*Esclarecido que en el presente asunto el A quo procedió atinadamente cuando decidió aplicar el principio de favorabilidad, a fin de darle una plausible respuesta a los reclamos formulados por el apelante, quien parcialmente comparte la decisión del A quo, es menester tener en cuenta que cuando se acude al principio de favorabilidad como herramienta hermenéutica para resolver un conflicto de normas en el tiempo, se tiene que una vez que el intérprete haya escogido la Ley que en su opinión resulta ser la más favorable o beneficiosa a los intereses del acriminado, dicha ley debe aplicarse en toda su integralidad, lo que a su vez conllevaría a la exclusión de la ley odiosa, restrictiva o menos favorable. Por lo que es claro que en estos eventos, al interprete o al operador judicial le está vedado hacer uso de ese fenómeno de conjugación de leyes conocido por la doctrina como “Lex Tertia”, al combinar entre si los aspectos que más le convengan de cada una de las leyes en conflicto para d*e esa forma crear una especie de tercera ley.

*Al aplicar lo anterior al caso en comentó, observa la Colegiatura que el recurrente con sus reproches desconoce la los efectos de la aplicación integral de la norma seleccionada como la más favorable, que sería ley # 1826 de 2.017, lo cual implicaría que el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal no pueda ser susceptible del monto de los descuentos punitivos reclamados por el apelante, por la sencilla razón consistente en que ese reato no hace parte del listado de delitos consagrados en el # 2º del artículo 534 C.P.P. que serían objeto del procedimiento abreviado especial.*

*Por lo tanto, contrario a lo reclamado por el apelante, la Sala considera que el A quo no incurrió en ningún tipo de desatino hermenéutico en lo que atañe con los alcances dados a las disposiciones de la aludida ley # 1826 de 2.017, la cual, en virtud del principio de favorabilidad, fue utilizada correctamente por el Juez de primer nivel para absolver la petición deprecada por el Letrado que ahora funge como apelante...”* (Subrayas ex texto) *·*

Como se observa, en esa decisión se consideró que era posible aplicar la reducción de “una tercera parte” de la pena que prevé el inciso 2º del artículo 539 del CPP, con la condición de que se tratara de delitos que hicieran parte del listado incluido en el artículo 534 del CPP.

6.3.11 Contexto fáctico que se ajusta al de las infracciones atribuidas a MNA y EMVG, por lo cual es necesario hacer las siguientes consideraciones sobre el recurso propuesto:

6.3.11.1 Como las disposiciones contenidas en la ley 1826 de 2017 (que constituye un nuevo título agregado al CPP), sobre las rebajas por allanamiento a cargos resultan ser más beneficiosas que las previstas para los delitos sometidos al trámite ordinario, se debe tener en cuenta que precisamente el artículo 10 de esa ley delimita claramente cuáles son las conductas punibles por las que procede el denominado “Procedimiento Penal Abreviado”, que corresponden a las enlistadas en el artículo 534 del estatuto procesal penal así:

*“Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:*

*1. Las que requieren querella para el inicio de la acción penal.*

*2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C. P. Artículo 134A), Hostigamiento (C. P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C. P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233) hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10; estafa (C. P. artículo 246); abuso de confianza (C. P. artículo 249); corrupción privada (C. P. artículo 250A); administración desleal (C. P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C. P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C. P. artículo 272); falsedad en documento privado (C. P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C. P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C. P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312).*

*En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último.*

*PARÁGRAFO. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo.”*

6.3.11.2 La distinción que hizo el legislador resulta relevante si se examina el último inciso de esa norma, donde se dispuso lo siguiente: *“En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último”,* lo que indica a las claras que en ejercicio de su poder de configuración el órgano legislativo consideró que era precisamente la naturaleza de los delitos el factor esencial para aplicar el procedimiento abreviado que conlleva una regulación diferente de los institutos del derecho premial, que no resulta aplicable en eventos de concurso con delitos no contemplados en el artículo 534 del CPP.

6.3.11.3 Adicionalmente se debe tener en cuenta que en el parágrafo del artículo 539 del CPP, adicionado por el artículo 16 de la ley 1826 de 2017 se estableció claramente que: *“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.”* (Subrayas ex texto)

6.3.12 En ese sentido la Sala considera necesario hacer referencia a un primer pronunciamiento de una Sala de Decisión del T.S. de Medellín, del 10 de octubre de 2017 M.P., dentro del proceso con radicado: 05001 60 00 206 2017 14267, por el delito de “usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales” que se adelantó contra Dagnober Alexander Castillo Avendaño. M.P. Pío Nicolás Jaramillo Marín (que se entiende es el que refiere el recurrente), en el cual se dijo lo siguiente:

*“(…) El artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, preceptúa que el procedimiento abreviado se aplicará para los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. E igualmente, para aquellos que tuvieron su ocurrencia con anterioridad a la vigencia de la norma que lo establece, siempre que no se haya formulado aún imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.*

*ii) El último acto constitutivo de la conducta punible en virtud de la cual aquí se procede, ocurrió el día 14 de marzo de 2017, esto es, cuando aún no había entrado en vigor la Ley 1826 de 2017.*

*iii) La audiencia de formulación de imputación en el presente asunto, tuvo lugar el día 22 de marzo de 2016, misma en la cual se imputó al procesado el delito de Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, tipo penal consagrado en el artículo 306 del Código Penal, modificado por el artículo 4º de la Ley 1302 de 2006.*

*iv) En efecto, dicha conducta punible fue incluida en el listado del artículo 10 de la Ley 1826 de 2017, que consagra los tipos penales en los cuales se aplicará el procedimiento penal especial abreviado. (...)*

*Consecuente con lo anterior se tiene, que en este caso en particular el artículo 539 integrado al C. de P. Penal, consagra una disposición procesal con efectos sustanciales que ofrecen una rebaja de pena más favorable para el procesado, debiendo ser esa la que se aplique al caso, y no el artículo 301 del mismo Código Procesal Penal, precisamente en acatamiento del principio de favorabilidad como integrador de un debido proceso, en tanto es una garantía intangible que ni siquiera en estados de excepción puede ser soslayada. Así entonces debe procederse...”*

Como se observa en ese proveído se reconoció la rebaja de pena derivada de la aplicación retroactiva del artículo 539 del C.P.P., en atención a una circunstancia especial, ya que la persona que solicitaba ese beneficio había sido sentenciada por la violación del artículo 306 del C.P., que es una conducta que igualmente aparece enunciada dentro de aquellas a las cuales se les aplica el llamado “Procedimiento Abreviado”, según el artículo 534 del CPP, decisión que resulta compatible con lo decidido por esta Colegiatura en el caso de Luis Eduardo Castañeda Castañeda, frente al ilícito de hurto calificado y agravado (ver apartado 6.3.9)

6.3.13 Sobre el tema se conoce otra decisión adoptada dentro del proceso 05001-60-00-206-2017-01928, por el delito de porte ilegal de armas, adelantado contra Bladimir Guarín Quintero, por una de las Salas Penales del TS de Medellín en decisión del 14 de noviembre de 2017, M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez, que tiene un contexto fáctico diverso al caso citado en precedencia, ya que el señor Guarín fue condenado por la violación del artículo 365 del C.P., conducta punible que no aparece incluida en el listado del artículo 534 del CPP, donde se dijo lo siguiente sobre el tema en estudio:

(...) *5.5 El a quo, invocando el principio de favorabilidad, prefirió aplicar al caso bajo examen el artículo 16 de la Ley 1826, en particular su parágrafo, a efectos de asignar una rebaja en la pena superior a la referida en el artículo 301 del C. de P.P. bajo el argumento de que existe unidad de materia, que se trata de un tema regulado en ambos procedimientos y no se trata de situaciones especiales, ello, con fundamento en decisión de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, respecto de la cual no precisó su radicación.*

*Esta intelección, en opinión de la Sala es equivocada, tal como se anunciara al principio de estas consideraciones, porque si bien las normas se refieren al instituto de la aceptación de cargos y sus efectos frente a los montos de las penas a imponer, aspecto regulado en ambos procedimientos, lo que significaría la satisfacción de los dos primeros requisitos anunciados por el a quo, no menos cierto es que la norma aplicada por favorabilidad se expidió dentro de un marco o contexto cuya aplicación está restringida a un catálogo expreso y taxativo de conductas punibles, que constituye a su vez el contenido fáctico de su aplicación.*

*Lo anterior significa que la aplicación de la norma no puede hacerse extensiva a conductas distintas de las en ella previstas, so pena de desconocer esa identidad en los presupuestos fácticos que pregonan la jurisprudencia constitucional y ordinaria como requisito de aplicación de la favorabilidad. Además, y por contera, se dejaría de lado el principio de igualdad que también se erige en una de sus cualidades fundamentales.*

*Expresado de diferente manera, no puede establecerse la identidad referida entre el comportamiento que se juzga, porte ilegal de armas, con alguna de las hipótesis que regula la norma aplicada por el a quo, por la sencilla, pero a su vez potísima razón, de que ese comportamiento, el porte ilegal de armas, no está incluido en la enumeración taxativa de conductas respecto de las cuales es dable agotar un procedimiento abreviado con las rebajas de pena que en ese ordenamiento de autorizan. Más claro, no habría un criterio de igualdad que hiciera plausible esa aplicación normativa. (...)*

*Para el Tribunal es claro que el legislador, al elaborar la lista de punibles que se someterían al proceso abreviado con acusador privado, tuvo en consideración la naturaleza y entidad de los delitos, así como el bien jurídico tutelado, optando por aplicar el novedoso trámite a aquellas conductas con las que se busca la protección de bienes jurídicos y derechos individuales, pero además disponibles por sus titulares, que en manera alguna pueden equipararse con los que procuran la protección de bienes colectivos y por ello indisponibles por las partes, respecto de los cuales, en su opinión, acertada por demás, deben continuar rigiendo los criterios de interpretación generales frente al tipo de institutos de terminación anticipada del proceso y las rebajas que de ellos se derivan, como el que se discute en el presente asunto. De allí que, se insiste, no pueda pregonarse un criterio de igualdad válido que admita el mismo tratamiento.*

*Expresado de manera diferente, respecto de los delitos diferentes a los contenidos en el listado del artículo 10 de la ley 1826 del presente año, permanece válido el criterio que justifica una rebaja menor en casos de aceptación de la responsabilidad cuando ha mediado la captura en flagrancia, en ocasiones atendiendo a su naturaleza y gravedad, en otras en atención al bien jurídico tutelado, que no resulta disponible por los particulares.”*

6.3.14 La opinión mayoritaria de esta Colegiatura sobre el tema *sub examen,* es que la aplicación retroactiva por favorabilidad del inciso 2º del artículo 539 del CPP, solo procede en los casos en que se hayan aceptado cargos dentro del procedimiento ordinario previsto en la ley 906 de 2004, por delitos que hagan parte del catálogo de conductas delictivas enunciadas en el artículo 534 *ibídem,* por lo cual *a contrario,* en lo relativo a los delitos que no aparecen enunciados en esa norma, las rebajas a reconocer cuando se presentan eventos de flagrancia y allanamiento a cargos, son las previstas en el parágrafo del artículo 301 del CPP, con el correctivo establecido en CSJ SP del 11 de julio de 2012, radicado 38285.

6.3.15 En consecuencia queda claro que con prescindencia de que la nueva normatividad contenida en la Ley 1826 de 2017, en lo relativo al “*Procedimiento especial abreviado y acusación privada”,* haya sido incorporada a la Ley 906 de 2004 a partir del 12 de julio de 2017, lo real es que luego de la vigencia de esa ley se estableció un sistema procesal de juzgamiento distinto al que se preserva en la citada Ley 906 de 2004 para los delitos que no están incluidos en el artículo 534 del CPP, que está condicionado en cuanto a su aplicación solamente a los delitos relacionados en esa norma, dentro de los cuales no aparece la conducta de “Homicidio en modalidad de tentativa”, uno de los cuales por los que fueron sentenciados MNA y EMVG. No obstante, el punible de hurto calificado y agravado sí se encuentra allí regulado, por lo cual resulta procedente aplicar a su caso, de manera retroactiva, el inciso 2º del artículo 539 del CPP, en lo relativo a los porcentajes de rebaja de pena a otorgar por la aceptación de cargos en la audiencia preparatoria, solo respecto de ese delito.

6.3.16 Cabe agregar finalmente que ese criterio de diferenciación, derivado de la distinción de conductas punibles, que es lo que determina la aplicación del procedimiento ordinario y abreviado, con la salvedad de la aplicación del régimen procesal ordinario en los eventos de concurso de delitos, según el inciso 3º del artículo 534 del CPP, fue tenido en cuenta en la exposición de motivos de la Ley 1826 de 2017, en cuyos apartes más relevantes se dijo lo siguiente:

*“el tratamiento a las conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana, ha sido un tema recurrente en la discusión política y jurídica, respecto del procedimiento penal. Muestra de ellos son los más recientes intentos para consolidar un modelo penal que permita un tratamiento ágil y eficaz para la investigación y juzgamiento de estas conductas, entre los cuales destaca el reciente proyecto de ley 224 de 2015 Cámara así como, antes, los proyectos de ley 047 de 2012, 209 de 2012, y claro, la ley 1153 de 2007.*

*En general, las iniciativas tienen en común la filosofía de buscar un sistema que, garantizando el respecto a los derechos fundamentales de las partes involucradas, permita procesar de manera ágil y expedita a quienes parte en conductas delictivas de frecuente ocurrencia en la comunidad, que congestionan el sistema judicial de manera notoria.*

*La justificación empírica del intento recurrente de descongestionar el sistema judicial a través de la creación de un proceso especial compuesto por mecanismos ágiles y desprovistos de mayores ritualidades que permita ofrecer un trato diferenciado para conductas de menor lesividad, es a todas luces evidentes. Según datos aportados por la Fiscalía General de la Nación hay un total de 273.987 procesos activos a 2015 por delitos querellables según inventario. Cabe notar que solamente el año pasado (2014), ingresaron 234.765 noticias criminales por vía de querella. Comparativamente, los datos muestran que un 21% de todos los procesos penales que actualmente se encuentran activos se adelantan por delitos querellables.*

*Frente a esta realidad, este proyecto busca descongestionar el sistema judicial a partir de la consagración de un procedimiento especial abreviado para aquellas conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana. Estas últimas conductas pueden ser delitos o contravenciones penales categoría que se incorpora ahora a la parte especial del Código Penal Colombiano, como desarrollo del artículo 19 de esa codificación; para ambas hipótesis, las contravenciones penales y algunos delitos que pese a generar un gran impacto en la sociedad suponen individualmente un grado reducido de afectación al bien jurídico, se diseña un procedimiento abreviado que haga más fácil su juzgamiento…”*

6.4 Dosificación de la pena a imponer

En ese sentido se tiene en cuenta que el proceso de dosificación de la pena que llevó a cabo el A quo se encuentra acorde con el procedimiento aplicable para la tasación de penas. Sin embargo y como consecuencia del recurso propuesto, la modificación a realizar consiste exclusivamente en aplicar la rebaja de una tercera parte de la pena a imponer por el punible de hurto calificado y agravado que se había fijado en 144 meses de prisión, por lo cual la nueva pena será de 96 meses de prisión. Ahora, respecto del punible de homicidio en modalidad de tentativa, se tiene en cuenta la pena de 24 meses que impuso el A quo en razón del concurso de conductas punibles, mismo que no excede el cuarto mínimo de la pena a imponer para ese ilícito, por lo tanto se mantendrá tal sanción y, en consecuencia, la pena se fija en un total de 120 meses de prisión.

6.5 En atención a las anteriores argumentaciones, esta Sala considera que no le asistió razón al juez de primer grado al negar la pretensión de la defensa en ese sentido, por lo cual se modificará la decisión de primera instancia.

En razón a lo expuesto, la Sala de Decisión 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 PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) en contra de MNA y EMVG. En consecuencia se MODIFICA el ordinal primero de dicho proveído en el sentido de condenar a MNA y EMVG, a la pena principal de 120 meses de prisión. En lo demás queda vigente el fallo de primera instancia.

**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. Folio 5 [↑](#footnote-ref-1)
2. La ley 1453 de 2011 empezó a regir el 24 de junio de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consagrados en el # 2º del artículo 534 C.P.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 549 C.P.P. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 13 de la Carta. [↑](#footnote-ref-5)