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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia

Proceso: Penal – SALVAMENTO

Radicación Nro. : 660886000066201600158-01

Procesado: SERGIO DANIEL MUÑOZ

Delito: Tráfico de estupefacientes

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / FAVORABILIDAD / FLAGRANCIA / LEY 1826 / APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD PAR DESCUENTOS PUNITIVOS -/ DEBIÓ ACCEDERSE -** En suma, el suscrito es de la opinión que de haberse aplicado por parte de la Sala mayoritaria el test de la igualdad, se habría dado cuenta que:

• Ante la existencia de la mayor relevancia que generan las afinidades y los comunes denominadores habidos entre el procedimiento ordinario y el procedimiento especial abreviado, tal situación ameritaría para que en los eventos de descuentos punitivos por allanamiento a cargos en los casos de captura en flagrancia, se le deba dar un tratamiento paritario o igual a pesar de las sutiles diferencias habidas entre ambos procedimientos.

• Desde el ámbito constitucional no existe una razón que justifique o avale el tratamiento diversificado o diferencial dado por la ley # 1.826 de 2.017 en materia de descuentos punitivos para aquellas personas capturadas en flagrancia que se allanen a los cargos, respecto al mismo tratamiento dado en el procedimiento ordinario a las personas que en iguales hipótesis decida aceptar los cargos endilgados en su contra.

• Ante la existencia de un tratamiento diferencial dado a un grupo de personas que se encontraban en las mismas condiciones fácticas o jurídicas, ello implicaba, como consecuencia de la aplicación del principio de la igualdad, que desde un ámbito eminentemente hermenéutico se daba considerar que la ley # 1.826 de 2.017, en lo que tiene que ver con los descuentos punitivos concedidos a las personas que se allanen a los cargos en casos de captura en flagrancia, de una u otra forma modificaron la normatividad consagrada para tales eventos en el C.P.P. respecto de los delitos no regulados por la ley de marras. Lo que a su vez implicaba que dicha ley por ser posterior y más benéfica a los intereses del procesado, deba ser aplicada al caso en estudio acorde con los postulados que orientan el principio de la favorabilidad.

Finalmente, se podría decir que con la posición asumida en el presente salvamento de voto, se estaría desconociendo lo que en el pasado, en un caso afín, la Colegiatura dijo, con ponencia del suscrito, en la providencia calendada 19 de febrero hogaño, proferida en el proceso Rad. # 660016000035201404202, que se surtió en contra del reo LUIS EDUARDO CASTAÑEDA, quien, se allanó a los cargos y en consecuencia fue declarado penalmente responsable por incurrir en los delitos de tráfico de armas de fuego y hurto calificado. En dicha providencia, como consecuencia del principio de favorabilidad, la Sala avaló el reconocimiento en favor del Procesado de otrora de los descuentos punitivos que por allanamientos a cargos para los casos de captura en flagrancia consagra la aludida ley # 1.826 de 2.017 para el delito de hurto, pero no se procedió en igual sentido en lo que tenía que ver con el reato de tráfico de armas de fuego. Pero, bien vale la pena anotar que tales reproches no serían de recibo debido a que la Colegiatura no abordó de fondo los reparos formulados por el apelante sobre la falta de aplicación del principio de favorabilidad en lo que tenía que ver con el delito de tráfico de armas de fuego, por la sencilla razón consistente en que el recurrente no sustentó en debida forma la alzada, la cual fue declarada desierta de manera parcial. Asimismo, en ese decisión se dijo que en el remoto de los eventos en el que le asistiera la razón al apelante, de todas manera no prosperarían sus reproches, debido a que no estaba acreditado que el reo hubiera indemnizado a sus víctimas como consecuencia de la comisión del delito de hurto, lo que acorde con la nueva línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia 27 de septiembre de 2017. SP14496-2017. Rad. # 39831, se erigía como una especie de condición de procedibilidad para la procedencia de la aprobación del allanamiento a cargos.

**SALVAMENTO DE VOTO:**

A pesar del respeto que merecen las decisiones tomadas por las mayorías, en muchas ocasiones las mismas no están exentas de estar equivocadas, como bien aconteció en el presente asunto cuando la Sala mayoritaria, al desatar la alzada interpuesta por la Defensa, decidió no acceder a las pretensiones deprecadas por el recurrente y en consecuencia procedió a confirmar el contenido de la sentencia proferida en las calendas del 16 de febrero hogaño, por parte del Juzgado Único del Circuito de Belén de Umbría, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado SERGIO DANIEL MUÑOZ, por incurrir en la comisión del reato de tráfico de estupefacientes.

Las razones que me impulsaron para discrepar de lo resuelto y decidido en el presente asunto por parte de la Sala mayoritaria tienen que ver con la negativa de no aplicar en beneficio del Procesado el principio de favorabilidad para de esa forma no concederle el mismo monto de los descuentos punitivos a los cuales se haría merecedor cualquier otro enjuiciado que en casos de flagrancia se hubiera allanado a los cargos respecto de alguno de los delitos que son susceptibles del procedimiento especial abreviado, a pesar de que el acriminado en el presente asunto haya decidido someterse a la aludida modalidad de la terminación anticipada de los procesos respecto de un reato diferente de aquellos que hacen parte del listado de punibles regulados en el artículo 10º de la ley 1.826 de 2.016.

Acorde con lo anterior, el suscrito es de la opinión que la decisión tomada en el presente asunto por parte de la Sala mayoritaria riñe groseramente con los postulados que orientan el principio de la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta y el artículo 4º C.P.P. el cual, por regla general, propende que las personas que se encuentren en una misma condición o situación jurídica deban recibir un tratamiento similar o afín. Por ello se dice que la finalidad que persigue el principio de la igualdad es la de procurar *la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley*, a lo que se puede llegar mediante la aplicación de cuatro mandatos en los que se cimienta el principio de la igualdad, los cuales, según la doctrina, serían los siguientes:

“1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de las diferencias), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)……..”[[1]](#footnote-1).

Ahora bien, acorde con los antes enunciados cuatro mandatos, de igual forma se tiene que para poder establecer cuándo tiene o no ocurrencia una vulneración del principio a la igualdad en lo que atañe con el tratamiento diferencial que una medida legislativa le ha dado a unas personas que se encuentren en la misma situación o condición de otras personas que están bajo el amparo de una la misma ley, se torna necesario acudir a lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado como el *test de igualdad,* en virtud del cual al interprete o al operador judicial le asiste la obligación de verificar la ocurrencia de los siguientes elementos:

* Determinar si las personas se encuentran en un mismo plano de igualdad o de desigualdad, para lo cual es necesario acudir a lo que se denominado como *tertium comparationis,* lo que consiste en verificar si entre ellas existe la presencia de algún tipo de común denominador o de situaciones que le sean similares o afines*.*
* Precisar si se le está dando un tratamiento legislativo diferente o diferenciado a alguna de las personas o a un grupo de ellas que se encuentran bajo la egida de las mismas condiciones o situaciones fácticas, o que exista afinidad entre tales circunstancias.
* Establecer si existen razones o motivos que a nivel constitucional justifiquen o ameriten la diferencia de trato, o si dicho tratamiento diferencial es avalado o prohibido por la Carta.

Acorde con lo anterior, el suscrito es de la humilde opinión consistente en que si la Sala mayoritaria hubiera aplicado en el presente asunto el test de igualdad, seguramente que se habría dado cuenta de que a pesar de las diferencias habidas entre el proceso ordinario y el proceso abreviado especial, de igual forma entre ambos existían una serie de similitudes que tendrían una mayor relevancia que las diferencias, lo que ameritaría que sin importar las diferencias, a las personas involucradas en el proceso penal ordinario que decidan allanarse a los cargos en la audiencia de formulación de la acusación, en materia de descuentos punitivos en los eventos de allanamiento a cargos en casos de flagrancia, se les debería dar un tratamiento similar o paritario que el dado en esos mismos eventos en el proceso abreviado especial, si nos atenemos a lo siguiente:

* Al hacer uso del *tertium comparationis*, vemos que no existe duda alguna sobre el común denominador habido en ambos procedimientos frente a la misma situación fáctica, ya que se está en presencia de la misma modalidad de la terminación anticipada de los procesos penales: el allanamiento a cargos, al cual acudió una persona capturada en flagrancia, y que ese allanamiento a cargos tuvo ocurrencia en la audiencia de formulación de la imputación.
* De igual forma se vislumbra el tratamiento diferenciado, porque según las voces del parágrafo único del artículo 301 C.P.P. la persona sometida al proceso penal ordinario que haya sido capturada en flagrancia y que decida allanarse a los cargos en la audiencia de formulación de la imputación, se hará merecedora de un descuento punitivo equivalente al 12,5% de la pena a imponer; mientras que las personas capturadas en flagrancia que decidan allanarse a los cargos por alguno de los delitos susceptibles de ser tramitados por la senda del procedimiento especial abreviado, según lo regulado en el artículo 16 de la ley 1.826 de 2.016[[2]](#footnote-2), se harían acreedores de un descuento punitivo de *hasta la mitad de la pena de la pena a imponer*.
* En lo que atañe con el requisito de la justificación del trato diferencial o desigual, que avalaría para que las personas capturadas en flagrancia que en la audiencia de formulación de la imputación decidan allanarse a los cargos por incurrir en la presunta comisión de alguno de los delitos susceptibles del procedimiento especial abreviado, tengan un tratamiento punitivo más beneficioso que el dado a los encausados que en iguales condiciones se allanen a los cargos dentro del proceso penal ordinario, vemos que si hacemos un análisis de la racionalidad de los propósitos o las intenciones que impulsaron al legislador para crear dichas medidas de tratamiento diversificado que bien podrían ser consideradas como propias de un tratamiento discriminatorio, observamos que la finalidad perseguida con esa desigualdad no se tornaba ni idónea ni necesaria para conseguir un fin constitucionalmente valido que justificaría para que a un grupo de procesados que se encontraban las mismas situaciones o condiciones fácticas y jurídicas, a uno de ellos se les diera un tratamiento punitivo diferencial respecto de los otros.

Para demostrar el por qué no existe a nivel constitucional una justificación del tratamiento diferencial, como punto de partida debemos acudir a la exposición de motivos que dio luz a la aludida ley # 1.826 de 2.016, la cual, básicamente, tuvo su razón de ser en los siguientes argumentos invocados en ese entonces por el Ministerio de Justicia y del Derecho:

“El tratamiento de 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 ello son los más recientes intentos para consolidar un modelo procesal 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 respeto a los derechos fundamentales de las partes involucradas, permita procesar de manera ágil y expedita a quienes toman 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 evidente. Según datos aportados por la Fiscalía General de la Nación1, 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 ágil su juzgamiento….”[[3]](#footnote-3).

De dicha exposición de motivos, se puede colegir que las razones tenidas en cuenta por el Ministerio de Justicia y del Derecho para justificar que ciertos delitos se tramitaran por el procedimiento abreviado especial, fueron las siguientes:

* La existencia de ciertas conductas punibles de cotidiana ocurrencia que causaban una menor lesividad en la comunidad o que a pesar de su gravedad afectaban de manera reducida el interés jurídicamente protegido[[4]](#footnote-4).
* El buscar un procedimiento ágil y célere para tramitar dichas conductas punibles, las cuales ante su cotidiana ocurrencia estaban congestionando y atiborrando los despacho judiciales.
* Reglamentar por una ley las reformas que el Acto Legislativo # 6 de 2.011, le introdujo al parágrafo 2º del artículo 250 de la Carta, sobre la figura del acusador privado.

Pero es de anotar que en dicha exposición de motivos no se dijo nada que justificará el por qué a las personas capturadas en flagrancia que se allanen a los cargos por los delitos susceptibles del procedimiento abreviado especial se les deba dar un tratamiento mucho más generoso en los descuentos punitivos respecto de aquel que se les da a los demás procesados en los mismos eventos en el proceso penal ordinario.

Es más existe algo más que sorprende, desconcierta y hasta mortifica, ya que si analizamos ambos procedimientos en lo que atañe con el tratamiento dado a los descuentos punitivos a los que se harían acreedoras las personas que se allanan a los cargos en aquellos eventos en los que se no se presenta la captura en flagrancia, se tiene que el tratamiento punitivo es el mismo o igual, porque tanto el artículo 351 C.P.P. como el inciso 2º del artículo 16 de la ley # 1.826 de 2.017[[5]](#footnote-5), nos indican que dicha rebaja punitiva seria de hasta la mitad si el allanamiento a cargos se da antes de la formulación de la acusación; pero si esa aceptación de cargos ocurre en la acusación o después de la misma, pero hasta antes de la audiencia del juicio, según nos lo indican los artículos 356 C.P.P. # 6º, y el inciso 3º del artículo 16 de la ley # 1.826, dicho descuento punitivo correspondería hasta la tercera parte de la pena a imponer.

Lo antes expuesto, hace que surja el siguiente interrogante: ¿Existe alguna razón válida que justifique el por qué en las hipótesis que no tienen que ver con los eventos de captura en flagrancia, ambos procedimientos le den el mismo tratamiento en materia de descuentos punitivos a las personas que deciden allanarse a los cargos, mientras que ello no acontece en los casos de captura en flagrancia, en donde existe un tratamiento diferencial?

Como quiera que el legislador no dijo nada que justifique esa diferencia de tratamiento punitivo privilegiado frente a un mismo fenómeno afín o similar, como respuesta al anterior interrogante, se podría decir que tal desigualdad se tornaba idónea y necesaria por lo siguiente:

* Es que se estaba en presencia de conductas punibles de escasa lesividad, lo que ameritaba que se le diera un trato diferencial que el dado a los punibles que son objeto del proceso penal ordinario, los cuales lesionan con mayor gravedad el interés jurídicamente protegido. Frente a lo cual se dirá que tal argumentación seria valida, siempre y cuando el Congreso de la Republica hubiera accedido a transformar en contravenciones especiales dichas conductas, si se parte de la base consistente en que las contravenciones son conductas punibles que afectan con menor intensidad o gravedad el interés jurídicamente protegido, lo que obviamente ameritaría, según los postulados que orientan los principios de la proporcionalidad y la lesividad, que en materia punitiva se les dé un tratamiento diverso, distinto y mucho más generoso que aquel dado a los delitos; pero como ello no ocurrió y en consecuencia esas conductas, que a juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho no eran muy graves, siguieron siendo consideradas como delitos, es obvio que en el escenario del derecho premial y del principio de la proporcionalidad se le debe dar el mismo tratamiento que se le ha venido dando a los demás delitos.
* Que con el tratamiento diferencial se procuraba hacer gala de los principios de celeridad y eficacia que rigen a la administración de justicia, lo cual es una falacia, debido a que según se desprende del contenido de la ley # 270 de 1.996, dichos principios son universales porque se pregonan de todos los procesos y procedimientos[[6]](#footnote-6), sin distinguir que se esté en presencia de un proceso ordinario o de un proceso especial que sea una especie de modalidad del ordinario.
* Supuestamente el tratamiento diferencial se justificaba por estarse en presencia de delitos que vienen ocurriendo de manera cotidiana y causal, lo que ha congestionado los despachos judiciales hasta el extremo de llevar hacia el colapso a la Administración de Justicia; lo cual es sofistico, porque la realidad real nos enseña que también existen otros delitos que, a modo de pan de cada día, de igual forma ocurren de manera cotidiana y frecuente, y que también son fuentes de congestión judicial, tales como: el tráfico de estupefacientes, el porte ilegal de armas de fuego, el acoso sexual, la violencia intraconyugal, etc… los que de igual forma ameritaban que se les diera un tratamiento punitivo diferente respecto al escenario del allanamiento a cargos en caso de la captura en flagrancia, para así evitar la hecatombe que genera la mora y la congestión.
* Con el monto de los descuentos punitivos regulados para los delitos que se encuentran bajo la egida de la ley # 1.826 de 2.017, a los que se harían acreedores las personas que se allanen a los cargos en los casos de haber sido capturados en flagrancia, se buscaba darle aplicación a la postead que tienen los procesados, según las voces de los literales *k* y *l* del artículo 8º C.P.P. de renunciar al derecho a un juicio oral, contradictorio, concentrado e imparcial, a cambio de un generoso estímulo punitivo que se regirá por las premisas del derecho premial. Pero tal afirmación es otro sofisma con el que se patrocinaría una especie de tratamiento discriminatorio en contra de las personas que en iguales eventos están sometidas al proceso ordinario, quienes carecerían de un adecuado estímulo punitivo que los seduzca a renunciar a los aludidos derechos consagrados en el artículo 8º ibídem, para así exponerlos a las consecuencias punitivas que generaría una sentencia condenatoria proferidas dentro de un proceso penal en el que no operó ninguna de las modalidades que incidieran en su terminación abreviada.

En suma, el suscrito es de la opinión que de haberse aplicado por parte de la Sala mayoritaria el test de la igualdad, se habría dado cuenta que:

* Ante la existencia de la mayor relevancia que generan las afinidades y los comunes denominadores habidos entre el procedimiento ordinario y el procedimiento especial abreviado, tal situación ameritaría para que en los eventos de descuentos punitivos por allanamiento a cargos en los casos de captura en flagrancia, se le deba dar un tratamiento paritario o igual a pesar de las sutiles diferencias habidas entre ambos procedimientos.
* Desde el ámbito constitucional no existe una razón que justifique o avale el tratamiento diversificado o diferencial dado por la ley # 1.826 de 2.017 en materia de descuentos punitivos para aquellas personas capturadas en flagrancia que se allanen a los cargos, respecto al mismo tratamiento dado en el procedimiento ordinario a las personas que en iguales hipótesis decida aceptar los cargos endilgados en su contra.
* Ante la existencia de un tratamiento diferencial dado a un grupo de personas que se encontraban en las mismas condiciones fácticas o jurídicas, ello implicaba, como consecuencia de la aplicación del principio de la igualdad, que desde un ámbito eminentemente hermenéutico se daba considerar que la ley # 1.826 de 2.017, en lo que tiene que ver con los descuentos punitivos concedidos a las personas que se allanen a los cargos en casos de captura en flagrancia, de una u otra forma modificaron la normatividad consagrada para tales eventos en el C.P.P. respecto de los delitos no regulados por la ley de marras. Lo que a su vez implicaba que dicha ley por ser posterior y más benéfica a los intereses del procesado, deba ser aplicada al caso en estudio acorde con los postulados que orientan el principio de la favorabilidad.

Finalmente, se podría decir que con la posición asumida en el presente salvamento de voto, se estaría desconociendo lo que en el pasado, en un caso afín, la Colegiatura dijo, con ponencia del suscrito, en la providencia calendada 19 de febrero hogaño, proferida en el proceso Rad. # 660016000035201404202, que se surtió en contra del reo LUIS EDUARDO CASTAÑEDA, quien, se allanó a los cargos y en consecuencia fue declarado penalmente responsable por incurrir en los delitos de tráfico de armas de fuego y hurto calificado. En dicha providencia, como consecuencia del principio de favorabilidad, la Sala avaló el reconocimiento en favor del Procesado de otrora de los descuentos punitivos que por allanamientos a cargos para los casos de captura en flagrancia consagra la aludida ley # 1.826 de 2.017 para el delito de hurto, pero no se procedió en igual sentido en lo que tenía que ver con el reato de tráfico de armas de fuego. Pero, bien vale la pena anotar que tales reproches no serían de recibo debido a que la Colegiatura no abordó de fondo los reparos formulados por el apelante sobre la falta de aplicación del principio de favorabilidad en lo que tenía que ver con el delito de tráfico de armas de fuego, por la sencilla razón consistente en que el recurrente no sustentó en debida forma la alzada, la cual fue declarada desierta de manera parcial. Asimismo, en ese decisión se dijo que en el remoto de los eventos en el que le asistiera la razón al apelante, de todas manera no prosperarían sus reproches, debido a que no estaba acreditado que el reo hubiera indemnizado a sus víctimas como consecuencia de la comisión del delito de hurto, lo que acorde con la nueva línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia 27 de septiembre de 2017. SP14496-2017. Rad. # 39831, se erigía como una especie de condición de procedibilidad para la procedencia de la aprobación del allanamiento a cargos.

Para ofrecer una mejor ilustración y claridad de lo antes expuesto, considero que es de utilidad traer a colación lo que la Sala dijo en esa oportunidad:

“De igual forma, observa la Colegiatura que el recurrente en las tesis de su discrepancia ha propuesto la consistente en que en materias de descuentos punitivos por allanamientos a cargos en casos de flagrancia, la ley # 1826 de 2.017 modificó el parágrafo del artículo 301 del C.P.P. pero, ante lo parco, abstracto y escueto de los argumentos esgrimidos por el apelante, quien solo se conformó con proponer esa hipótesis, sin hacer uso de las razones de hecho o de derecho que permitan su demostración, la Sala se inhibirá de pronunciarse debido a que nos encontramos en presencia de un indebida sustentación, lo cual implica, según las voces del artículo 179A C.P.P. la declaratoria de desierto del recurso de apelación en lo que tiene que ver con los reclamos formulados en tales términos por el recurrente.

Finalmente, a modo de apunte de colofón, se precisa que se tenga en cuenta que al momento de reconocer la aplicación de los descuentos punitivos por allanamientos a cargos, como consecuencia de la variación de la línea de pensamiento que sobre ese tópico tenia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia , es importante aplicar el contenido del artículo 349 C.P.P. el cual se erige como una especie de condicionamiento para la procedencia de los descuentos punitivos en lo que atañe con dicha modalidad de terminación abreviada de los procesos. Lo cual quiere decir que en aquellos eventos en los que se esté en presencia de un delito respecto del cual el sujeto agente o el reo hubiese obtenido un incremento patrimonial como consecuencia de su perpetración, para que procedan tales descuentos punitivos, se torna necesario que se reintegre al menos el 50% del incremento percibido.

Ello quiere decir que si en el caso en estudio no se estuviera en presencia de un delito de hurto tentado, sino de un reato consumado, de aplicarse la nueva doctrina jurisprudencial la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, seguramente que el reo no se hubiera hecho merecedor de la aplicación, por favorabilidad, de los descuentos punitivos que por allanamientos a cargos consagra la aludida ley # 1826 de 2.017, salvo, claro está de que hubiere reintegrado por lo menos el 50% del fruto producto del delito…..”[[7]](#footnote-7).

A modo de corolario, el suscrito es de la opinión que como consecuencia de los principio de igual y de favorabilidad el Procesado podía ser beneficiario del monto de los descuentos punitivos que para el allanamiento a cargos a los cuales serían susceptibles aquellos delitos que hacen parte del listado de punibles consagrados en el artículo 10º de la ley 1.826 de 2.016.

Lo anterior es suficiente como para dar por demostrado los yerros en los que incurrió la Sala mayoritaria en la decisión objeto de mi disidencia, y el porque me vi en la imperiosa necesidad de salvar mi voto.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Fecha *Et Supra.*

1. Bernal Pulido, Camilo: El Derecho de los derechos, pagina # 257. Primera reimpresión a la 1ª Edición. 2.005. Ediciones Universidad Externado de Colombia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Que equivaldría al artículo 539 C.P.P. [↑](#footnote-ref-2)
3. Paginas # 1 y 2 de la exposición de motivos presentada el 11 de agosto de 2015 por el Ministerio de Justicia y del Derecho a la Secretaría General del Senado de la Republica. [↑](#footnote-ref-3)
4. Es de anotar que en el proyecto se buscaba que esa clase de conductas punibles dejara de ser consideradas como delitos para transformarse en *contravenciones especiales,* lo cual no obtuvo eco en el Congreso, ya que a ese tipo de comportamientos se les siguió dando el tratamiento de delitos. [↑](#footnote-ref-4)
5. Que acorde con la codificación de la ley # 906 de 2.004 correspondería al artículo 539 C.P.P. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 4º y 7º de la ley 270 de 1.996. [↑](#footnote-ref-6)
7. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal: Providencia interlocutoria de 2ª instancia del 19 de febrero del 2.018. Rad. # 660016000035201404202. M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. [↑](#footnote-ref-7)