

T-718-15

Sentencia T-718/15

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD-Redención de la pena

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

POLITICA CRIMINAL-Diseño corresponde al Estado a través de sus distintas ramas del poder público, especialmente al legislativo

POLITICA CRIMINAL-Concepto

POLITICA PUBLICA EN MATERIA CRIMINAL-Etapas en el proceso de diseño

DERECHO PENAL-Relación entre la Constitución y la política criminal del Estado/DERECHO PENAL-Constitucionalización

El diseño de la política criminal del Estado “parte de la idea de la “constitucionalización” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental”, de modo que esta debe concebirse dentro de los límites de la norma superior. En este sentido, la Sentencia C-038 de 1995, dijo: “Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe

estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”.

POLITICA CRIMINAL-Medidas normativas que forman parte del concepto

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Límites

La potestad de configuración del legislador para diseñar la política criminal del Estado está limitada por la Constitución, por un lado, en lo que tiene que ver con derechos de las víctimas a que exista un recurso judicial efectivo, a acceder a la justicia, a la reparación, a la restauración de sus derechos y la garantía de no repetición; y de otro, el deber del Estado de prevenir, investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad, de acuerdo con los compromisos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en el ordenamiento interno en virtud del artículo 93 Superior. En la Sentencia C-387 de 2014 esta Corporación reiteró su jurisprudencia en relación con los límites de la competencia asignada al Congreso de la República para definir la política criminal del Estado, en virtud de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que “constituyen un límite inalterable al ejercicio del poder público, al consagrar valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales”, para lo cual el legislador debe atender, entre otros, los principios de necesidad de la intervención penal, de razonabilidad y proporcionalidad, y al deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos.

TRATAMIENTO PENITENCIARIO-Finalidad

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Función de la ejecución de pena/PENA-Resocialización del condenado

FINALIDAD DE LA PENA-Reiteración de jurisprudencia

Al respecto de la finalidad de la pena, ha señalado esta Corte que, ella tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento

de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. Ha considerado también que “sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital”. En conclusión, debe entenderse que la pena debe, entre sus varias finalidades, cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo.

JUSTICIA RESTAURATIVA-Concepto/JUSTICIA RESTAURATIVA-Alcance y objetivos

REDENCION DE PENAS POR TRABAJO Y ESTUDIO-Rehabilitación de los internos

TRABAJO CARCELARIO-Cumple un fin resocializador y es un elemento dignificante que permite al condenado redimir su pena

EDUCACION Y ENSEÑANZA EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Forma de redimir la pena

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Deficiencias

EXCLUSION DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES CONFORME LEY 1709 DE 2014

REDENCION DE LA PENA CONFORME LEY 1709 DE 2014

REDENCION DE LA PENA-Categoría de derecho

En vigencia de la Ley 1709 de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia que se revisa, adoptó una nueva postura en cuanto a la redención de pena, ya que la introducción de la nueva categoría de “derecho”, en criterio de esa Corporación zanjó la discusión que existía alrededor de la naturaleza de la figura, es decir, que dejó de ser un “beneficio administrativo” limitado por el legislador para ser un “derecho” reconocido por la Ley.

REDENCION DE LA PENA-Única fuente de materialización de la resocialización del penado, que accede al descuento de días de prisión física por realizar determinadas actividades, entre ellas, el estudio

REDENCION DE LA PENA-Descuento de días de prisión física no puede llegar al extremo de convertir la condena en una medida inocua que desconozca los fines preventivo y retributivo de la intervención penal

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional e internacional

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Adopción de medidas especiales en favor de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos

INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTE DELITOS CONTRA SU LIBERTAD, INTEGRIDAD, FORMACION SEXUALES Y SECUESTRO DENTRO DEL PROCESO PENAL-Contenido y alcance

INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTE DELITOS CONTRA SU LIBERTAD, INTEGRIDAD, FORMACION SEXUALES Y SECUESTRO DENTRO DEL PROCESO PENAL-Reglas a aplicar en el tratamiento de los imputados, acusados o condenados

PRINCIPIO PRO INFANS-Aplicación y alcance

POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO Y DEBER DE PROTEGER A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de articulación, de manera que medidas, decisiones y disposiciones adoptadas por los distintos poderes públicos, especialmente el legislativo, guarden armonía con los principios en que se funda el Estado social de derecho

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que se concedió redención de la pena a condenado por delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en la modalidad de tentativa

Referencia: expediente T-5.083.087

Acción de tutela instaurada por Edward Zúñiga Quinayas contra la Sala Penal del Tribunal

Superior de Popayán y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil quince (2015).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 33 y concordantes del Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de tutela de la referencia.

I. Antecedentes

El señor Edward Zúñiga Quinayas promovió acción de tutela contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al debido proceso. Para sustentar su solicitud de amparo el demandante relata los siguientes:

1. Hechos.

1.1. Manifiesta que desde el 6 de mayo de 2011 está recluso en el patio No. 2 de mediana seguridad del Centro Penitenciario y Carcelario San Isidro de Popayán (Cauca), cumpliendo la condena de 8 años de prisión, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en la modalidad de tentativa, de los cuales ha descontado físicamente 3 años, 10 meses y 18 días de prisión.

1.2. Afirma que con fundamento en el artículo 103A de la Ley 65 de 1993[1], solicitó la redención de pena por estudio y conducta ejemplar, por lo que el Juez 1º de Ejecución

de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán mediante auto del 30 de diciembre de 2014, le reconoció 1 mes y 20.5 días de redención.

1.3. Relata que el Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, al considerar que el delito por el que fue condenado el demandante no era susceptible de redención, según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006[2].

1.4. Manifiesta que la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán profirió el auto de 6 febrero de 2015, revocando la redención de pena concedida y, por contera, vulnerando los derechos a la resocialización, redención de penas, igualdad y principio de favorabilidad.

1.5. En orden a lo expuesto, solicitó dejar sin efecto la providencia de 6 de febrero de 2015, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán revocó y negó la redención de pena reconocida por el Juez 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Popayán; además que en aplicación del principio de favorabilidad y del derecho a la igualdad, le reconozcan la redención de pena que solicita.

2. Pruebas aportadas al expediente.

2.1. Copia del auto de 30 de diciembre de 2014, proferido por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán[3], que resolvió la solicitud de redención de pena elevada por el actor concediéndole 1 mes y 20.5 días por actividad intracarcelarias, de acuerdo con el certificado de “estudio” y “conducta ejemplar” anexo a la petición y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 494 de la Ley 600 de 2000[4] y 82[5], 97[6] y 101[7] del Código Penitenciario y Carcelario.

2.1.2. Escrito de apelación presentado por la Procuradora 224 Judicial I Penal contra la decisión del Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán. Del memorial puede desprenderse que solicitó revocar la redención de pena, en razón a que la Ley 1709 de 2014 no modificó las restricciones contenidas en el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia (en adelante CIA), tal y como lo interpretó el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal en la providencia de 30 de octubre de 2014, por lo que solicita unificar el criterio a fin de asegurar la igualdad en la aplicación de las normas[8].

2.1.3. Copia de la providencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán el 6 de febrero de 2015, por medio de la cual desató el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión anterior, revocando la redención de pena concedida al demandante[9].

En criterio del Tribunal demandado no hay lugar a conceder la redención de pena solicitada porque según lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, tratándose de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes no procede “ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo”, lo cual obedece a la protección especial de que gozan los menores, en los términos del artículo 44 superior.

Aduce que si bien es cierto que la Ley 1709 de 2014 reformó algunos artículos de las leyes 55 de 1985, 65 de 1993 y 599 de 2000, también lo es que no modificó de manera expresa ni tácita el Código de la Infancia y Adolescencia, cuyo fin es proteger a los menores de hechos constitutivos de comportamientos que atentan contra sus derechos, a través de la prohibición de reconocer beneficios como la redención de pena a los condenados por los delitos mencionados, con lo cual, considera, se envía un mensaje a la sociedad, la familia y al Estado de que la vida, la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes son bienes de superior jerarquía[10].

En ese orden, señala el Tribunal que la restricción o prohibición del numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 obedece a razones de política criminal dentro del principio de libertad de configuración legislativa, cuyo límite es el núcleo esencial de los derechos fundamentales de las personas.

2.1.4. Copia del auto proferido por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán el 24 de marzo de 2015[11], que atendiendo lo ordenado por el Tribunal resuelve en forma negativa la solicitud de redención de pena elevada por el demandante, anotando que si bien es cierto que la Ley 1709 de 2014 prevé que la redención de pena es un derecho, también lo es que la Ley 1098 de 2006 en el artículo 199 dispuso que no procede ningún beneficio cuando se trate de “los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes”; y en ese orden, debe aplicarse lo prescrito en esta última por ser norma especial y proteger un

interés superior[12].

3 Decisión judicial objeto de revisión.

3.1.1. Los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán contestaron la tutela solicitando negarla por ausencia de vulneración de derechos fundamentales, ya que la providencia acusada está suficientemente motivada y razonada con los referentes constitucionales, legales y jurisprudenciales, en congruencia con el principio de legalidad y en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.

3.1.2. El Juez 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán contestó la tutela solicitando negarla porque no vulneró derecho fundamental alguno ni incurrió en vía de hecho. Además, solicitó la desvinculación del presente trámite. Explicó que si bien la redención de pena se entendía como un beneficio y, en consecuencia, incluida dentro de las prohibiciones de que trata el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, con la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014 es un derecho y no concederla supone el quebrantamiento de los principios de favorabilidad, pro homine y pro libertatis.

No obstante lo anterior, expone que el superior funcional ha revocado las decisiones adoptadas por ese Juzgado, por lo que en cumplimiento de las disposiciones adoptadas por la segunda instancia ha ajustado sus decisiones a los lineamientos del Tribunal demandado, cuyo criterio es que no es viable reconocer la redención de pena en los casos señalados en el artículo 199 del CIA por la gravedad, impacto social y afectación de bienes jurídicos superiores, lo cual está acorde con los postulados y jurisprudencia constitucionales.

3.2. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de 2 de julio de 2015, protegió los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso, dejando sin valor la providencia de 6 de febrero de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, y ordenando a esa autoridad judicial que dentro del término de quince (15) días solicite la actuación procesal y profiera un nuevo auto interlocutorio por medio del cual desate, en los términos indicados en ese proveído, la apelación interpuesta por el Ministerio Público contra la decisión del 30 de diciembre de 2014, emitida por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán.

Afirmó que el Tribunal Superior de Popayán no tuvo en cuenta que “con la definición de la

redención de pena como derecho, efectuada por el artículo 103 A del Código Penitenciario y Carcelario, por reforma efectuada con la Ley 1709 de 2014, ese instituto se sale de las categorías empleadas por el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, pues: no es un subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, la cual se continúa ejecutando en las mismas condiciones; tampoco responde a la estructura propia de un beneficio, que implica el otorgamiento de una facultad a la autoridad para su concesión; por el contrario, la redención de pena es exigible y de obligatorio reconocimiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones fijadas por la ley. Y para ello no hay necesidad de entender que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 fue modificado en alguna forma; en lo más mínimo (...)sin embargo, pese a advertir la existencia del artículo 103 A del Código Penitenciario y Carcelario, lo ignoró para la solución del caso y contravino su claro dictado para persistir en considerar a la redención de pena como un beneficio administrativo y poder así mantenerla, a toda costa, dentro del alcance del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.”

Consideró la Corte Suprema de Justicia, además, que como el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 despoja a los responsables de ciertos delitos de la aplicación de institutos que los favorecen, su interpretación debe ser restrictiva, con un criterio *mutatis mutandis*, porque de lo contrario podría llegarse al extremo de excluir también la aplicabilidad de la acumulación jurídica de penas, que ha sido definido por la jurisprudencia como un derecho que genera beneficio al condenado[13].

La Corte Suprema de Justicia explicó que tampoco existe contradicción entre los Artículos 199 de la Ley 1098 de 2006 y 64 de la Ley 1709 de 2014, que implique una antinomia normativa cuya solución fuere que una de las normas debiera ceder ante la otra, en razón a que no coinciden en el ámbito de validez material, porque el Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código Penitenciario y Carcelario tienen objetos de regulación diferentes, “como se desprende de sus respectivos artículos 2º y 1º, sin interferirse. Precisamente, por ese motivo es que el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia hace constantes remisiones normativas a otros estatutos, donde se encuentran previstos y regulados los subrogados, mecanismos sustitutivos y beneficios judiciales o administrativos aplicables a adultos responsables de delitos, que pretende excluir para los autores de las conductas punibles que enlista”.

Ahora bien, señala la Sala de Casación Penal que si existieren razones para considerar una incompatibilidad entre el Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código Penitenciario y Carcelario, tampoco podría sostenerse que la primera disposición deba primar sobre la segunda, por cuanto la Ley 1098 de 2006 le otorga carácter preferente a algunas de las normas en ella contenidas, específicamente las que versan sobre los niños, las niñas y los adolescentes[14] y “simultáneamente se excluye del mismo a las disposiciones que no sean abarcadas por el criterio de agrupación fijado”. En ese orden, como el artículo 199 del CIA no se refiere a los menores sino que contiene regulaciones para adultos autores de delitos contra infantes, no tiene el carácter de norma preferente en los términos de la misma codificación.

Por otra parte, explica dicha Corporación que la entrada en vigencia de la nueva norma que define la redención de la pena como derecho y no prevé excepciones a su reconocimiento no colisiona con las garantías previstas para los menores, máxime si se tiene en cuenta que entre las funciones de la pena, prima la reinserción social y, en esa medida[15], se entiende que la posibilidad que tienen los reclusos de alcanzar la resocialización mediante el desarrollo de actividades que, además, les generen redención de la pena[16].

En consecuencia, para la Sala de Casación Penal, el artículo 199 del CIA se enmarca dentro de la función de prevención general de la pena, cuyo propósito es disuadir a la comunidad en general de la comisión de delitos, reforzando la amenaza con la efectiva ejecución de la pena; precisando que el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014 zanjó definitivamente la discusión sobre la naturaleza jurídica de la redención de pena, con incidencia sobre la posibilidad de reconocimiento del descuento punitivo para los condenados por los delitos enumerados por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

La Corte Suprema de Justicia concluyó que la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, al proferir la decisión acusada, ignoró el cambio legislativo y mantuvo el tratamiento del asunto en los términos anteriores a la reforma, con lo cual dejó de aplicar una de las normas llamadas a regir el caso y conculcó, en particular, los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso del condenado, incurriendo en un defecto sustantivo o material, que hace imprescindible conceder el amparo solicitado.

II.

ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Con fundamento en el artículo 13 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF intervino, solicitando revocar la decisión que se revisa y, por tanto, negar el amparo invocado, argumentando que la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia menoscaba la protección que el ordenamiento jurídico colombiano le otorga de manera prevalente a los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos graves que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales. Además advierte que por tratarse de un fallo adoptado por un alto Tribunal, este constituye un referente de actuación frente a casos similares que se conozcan en las instancias judiciales.

En criterio de la Directora de la entidad, el derecho a la redención de pena no puede entenderse de manera absoluta y aislada de las disposiciones constitucionales y legales que consagran el marco de protección integral de los infantes, el cual, prohíbe de manera expresa conceder beneficios judiciales y/o administrativos cuando se trate de delitos cometidos contra la libertad, integridad y formación sexuales de niños, niñas y adolescentes; disposición que es el reflejo del deber internacional del Estado colombiano de adoptar medidas legislativas encaminadas a proteger al menor contra toda forma de explotación y abuso sexuales.

Señala que la decisión de la Corte Suprema de Justicia contraría la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia[17], que ha sido enfática al señalar que en virtud de los artículos 5° y 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia, las normas allí contenidas son de orden público, de carácter irrenunciable y preferente[18].

Anota que la redención de pena por estudio prevista en los artículos 101, 102 y 103A del Código Penitenciario y Carcelario no es un derecho absoluto[19], ya que es necesario que se cumplan con los requisitos consistentes en acreditar la evaluación satisfactoria del programa de formación educativa, buena conducta y demás exigidos para acceder al beneficio de reducir tiempo de condena. Exigencias que no satisface el actor porque existe una prohibición de acceder a tal beneficio para los condenados por delitos graves contra menores.

Afirma que si bien es cierto las personas privadas de la libertad tienen derecho a la

redención, también lo es que tal derecho no es absoluto ni ilimitado, sino que debe ser ejercido respetando el ordenamiento jurídico superior que protege a los menores cuando son víctimas de delitos graves.

Con base en el expuesto, solicita negar el amparo invocado ya que la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán no vulnera derecho fundamental alguno, menos el de la resocialización, porque este se hace efectivo a partir del acceso a los programas de educación y trabajo que ofrezca el centro carcelario en donde se encuentra purgando la pena, dimensión que se desarrolla de manera independiente a la posibilidad de obtener reducción de la pena impuesta.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

La Sala Sexta de Revisión es competente para revisar el fallo proferido, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Planteamiento de la acción y problema jurídico.

El señor Edward Zúñiga Quinayas está recluso en la Penitenciaría San Isidro de Popayán purgando la pena de 8 años que le fue impuesta por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años en el grado de tentativa. Encontrándose en prisión a octubre de 2014 había cumplido con 366 horas de estudio y, además, fue certificado con “conducta ejemplar”, por lo que le solicitó al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el reconocimiento de la redención, que le fue concedida en cuantía de 50.5 días.

Sin embargo, la Procuradora 224 Judicial I Penal impugnó la decisión y el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, al desatar la segunda instancia, revocó la redención de pena concedida al demandante, al considerar que la Ley 1709 de 2014 no modificó la prohibición del artículo 199-8 de la Ley 1098 de 2006, en virtud de la cual no hay lugar a reconocer la redención de pena a los condenados por delitos “de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes.”

El demandante formula la acción de tutela en contra del auto de 6 de febrero de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, al considerar que incurrió en un defecto sustantivo que vulneró sus derechos fundamentales al revocar la redención de pena reconocida por el Juez de Ejecución de Penas, al interpretar tal institución como un “beneficio” al que no puede acceder por la naturaleza del delito por el que fue condenado, cuando en realidad se trata de un “derecho” exigible de los reclusos.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió la solicitud de amparo y concluyó que se incurrió en un defecto sustantivo o material, al no haber aplicado el artículo 103A de la Ley 65 de 1993, adicionado por la Ley 1709 de 2014, que estableció la redención de pena como un derecho exigible ante los jueces correspondientes. En consecuencia, dejó sin efectos la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán y le ordenó adoptar una nueva providencia, acogiendo el análisis planteado en relación con la aplicación de la normativa reciente.

Visto lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión resolver si ¿una persona condenada por delitos sexuales contra menores de 14 años de edad tiene derecho a la redención de pena? Y, atendido lo anterior deberá determinarse si ¿la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán incurrió en un defecto sustantivo al negarle al demandante la redención de pena solicitada?

Para ello esta Sala comenzará por (i) reiterar la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y la caracterización del defecto sustantivo; (ii) el modelo de política criminal, el tratamiento penitenciario y la resocialización del condenado; (iii) la protección del menor en el ordenamiento jurídico y en el orden internacional de los derechos humanos; y finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y la caracterización del defecto sustantivo[20].

3.1. Requisitos generales y causales especiales de procedibilidad.

De conformidad con el artículo 86 superior, el amparo de derechos fundamentales podrá solicitarse inclusive cuando la vulneración se origine en la actuación u omisión de “cualquier

autoridad pública”.

En consideración de lo anterior, en Sentencia C-543 de 1992 esta Corporación estableció la doctrina de las actuaciones o vías de hecho, según la cual excepcionalmente procede la acción de tutela contra providencias judiciales en las que por actos u omisiones de los jueces surge un quebranto o amenaza de un derecho fundamental.

Esta tesis fue desarrollada posteriormente en la sentencia C-590 de 2005, donde se distinguieron los requisitos generales de procedencia de las causales específicas. Los primeros, de naturaleza procesal, deben ser acreditados en conjunto: (i) la relevancia constitucional del asunto; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que se identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos desconocidos y que hubiere alegado tal afectación en el proceso judicial siempre que hubiere sido posible; y, (vi) que no se cuestionen fallos de tutela.

Ahora bien, por su naturaleza sustancial se requiere la demostración de al menos uno de los requisitos específicos, que la sentencia mentada explica de la siguiente manera:

“Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”

3.2. Defecto sustantivo.

Sobre el defecto material o sustantivo este Tribunal ha señalado[21] que se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los

postulados mínimos de la “razonabilidad jurídica”[22]. En la Sentencia SU-515 de 2013 fueron sintetizados los supuestos que pueden configurar este tipo de yerros, a saber:

“(i) La decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, ya que: (a) no es pertinente[23], (b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada[24], (c) es inexistente[25], (d) ha sido declarada contraria a la Constitución[26], (e) o a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, su aplicación no resulta adecuada a la situación fáctica objeto de estudio como, por ejemplo, cuando se le reconocen efectos distintos a los señalados por el legislador[27].

(ii) La interpretación de la norma al caso concreto no se encuentra dentro de un margen razonable[28] o el funcionario judicial hace una aplicación inaceptable de la disposición, al adaptarla de forma contraevidente -interpretación contra legem- o de manera injustificada para los intereses legítimos de una de las partes[29]; también, cuando se aplica una regla de manera manifiestamente errada, sacando la decisión del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable[30].

(iii) No se tienen en cuenta sentencias con efectos erga omnes[31].

(iv) La disposición aplicada se muestra injustificadamente regresiva[32] o claramente contraria a la Constitución[33].

(v) Cuando un poder concedido al juez se utiliza para un fin no previsto en la disposición[34].

(vi) La decisión se funda en una interpretación no sistemática del derecho, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso[35].

(vii) El servidor judicial da insuficiente sustentación de una actuación[36].

(viii) Se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación[37].

(ix) Cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso[38]”.

De esta manera, a efecto de analizar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en primer lugar, se debe tener presente que se trata de un trámite de carácter excepcional sujeto al cumplimiento de los parámetros formales y materiales fijados en la jurisprudencia de esta Corte. En segundo orden, es necesario que se acrediten los requisitos generales expuestos, que le permitan al juez de tutela realizar un examen constitucional de las decisiones judiciales puestas bajo su conocimiento. Y finalmente, habrá de demostrarse la existencia de, por lo menos, una de las causales específicas o defectos enunciados.

4. El modelo de política criminal, el tratamiento penitenciario y la resocialización del condenado.

La Carta Política es un pacto por medio del cual se establecen las pautas de comportamiento del Estado, representado a través de sus distintas autoridades y los asociados, y en el fondo es una concepción de qué es y debe ser la persona en sociedad.

En ese contexto, los colombianos entregaron a la Asamblea Nacional Constituyente la misión de redactar la Constitución Política, en cuyo preámbulo vino a proclamar el fortalecimiento de la unidad de la Nación con el propósito de “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

Por su parte, el artículo 1º cataloga a Colombia como un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, fundando en la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y, en la prevalencia del interés general. El artículo 2º establece que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes; correspondiendo a las autoridades de la República proteger a todos los residentes, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En cumplimiento de los deberes constitucionales, le corresponde al Estado a través de sus distintas ramas del poder público -especialmente al legislativo[39]- diseñar la política criminal, entendida como el andamiaje o conjunto de herramientas necesarias para

mantener el orden social y hacerle frente a las conductas que atenten de forma grave contra el mismo y, así, proteger los derechos de los residentes en el territorio nacional y, puntualmente, a las víctimas de los delitos[40].

En la Sentencia C-504 de 1993[41], esta Corte afirmó que la legislación penal es la forma como se concreta la política criminal del Estado, ya que en ese ámbito se determinan los objetivos del sistema penal y los medios para combatir el crimen, incluyendo los estadios de “(i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario”[42].

El diseño de la política criminal del Estado “parte de la idea de la “constitucionalización” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental”[43], de modo que esta debe concebirse dentro de los límites de la norma superior. En este sentido, la Sentencia C-038 de 1995, dijo:

“Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”

En la Sentencia C-936 de 2010[44] este Tribunal manifestó que forman parte de la política criminal del Estado aquellas normas que regulan la forma de ejecución de la misma, a través de medidas que definen los bienes jurídicos objeto de protección de la ley penal, la tipificación de las conductas delictivas, el establecimiento de los procedimientos para

protegerlos, la institución de regímenes sancionatorios, los criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, los mecanismos de protección de los intervinientes en los procesos penales, la regulación de la detención y los términos de prescripción de la acción penal.[45]

Sin embargo, la misma providencia señala que “si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto”.

De este modo, la potestad de configuración del legislador para diseñar la política criminal del Estado está limitada por la Constitución, por un lado, en lo que tiene que ver con derechos de las víctimas[46] a que exista un recurso judicial efectivo, a acceder a la justicia, a la reparación, a la restauración de sus derechos y la garantía de no repetición; y de otro, el deber del Estado de prevenir, investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad, de acuerdo con los compromisos internacionales sobre derechos humanos[47], aplicables en el ordenamiento interno en virtud del artículo 93 Superior.[48]

En la Sentencia C-387 de 2014[49] esta Corporación reiteró su jurisprudencia[50] en relación con los límites de la competencia asignada al Congreso de la República[51] para definir la política criminal del Estado[52], en virtud de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que “constituyen un límite inalterable al ejercicio del poder público, al consagrar valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales[53]”[54], para lo cual el legislador debe atender, entre otros, los principios de necesidad de la intervención penal[55], de razonabilidad y proporcionalidad, y al deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos.[56]

En ese orden de ideas, todas las medidas que adopte el legislador para prevenir el delito y mantener la convivencia social deben consultar siempre el contenido material de los derechos humanos, por tanto, las normas penales tanto sustanciales como procedimentales deben atender a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, entre otros.

Por su parte, la doctrina[57] plantea que el derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencia de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad a través de la descripción de conductas típicas. Puntualmente, en relación con la sanción, sostiene que supone una aflicción para quien debe soportarla porque es la respuesta punitiva de la sociedad organizada frente a quien cometió un delito, por lo que se entiende que la sanción es retribución social y debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Adicionalmente, sostiene que:

“La necesidad social de las sanciones penales es siempre la concreta y efectiva necesidad de la prevención (general y especial). Solo dos ideas pueden representar la esencia de la pena criminal: la retribución o la prevención general negativa o intimidatoria; pero esta última, si bien posee fundamentos empíricos de psicología social, carece de límites, en tanto que la primera lleva en sí la imagen de la proporcionalidad y permite su adaptación a fines de utilidad social (funciones psicosociales de la retribución justa), pero puede conducir a la metafísica o al expiacionismo. De modo tal que la pena justa está limitada internamente por la proporcionalidad con respecto a la naturaleza y magnitud del daño intelectual y social del delito (injusto típico, su afectación de la víctima y su resonancia en la conciencia de seguridad de la sociedad: mal ejemplo, sentimientos de inseguridad y hasta de zozobra) y al merecimiento individual (adecuación a la culpabilidad o grado concreto de libertad interna y externa del autor al momento del hecho y para los efectos de la decisión del mismo), y externamente por las necesidades sociales de la prevención general (positiva y negativa). Pero es claro que las proporciones no son ontológicas sino valorativas y que, por tanto siempre es necesario la invocación de razonabilidad y prudencia.” [58]

Así entonces, la política criminal colombiana y su modelo de justicia están encaminados a satisfacer el restablecimiento de los derechos de las víctimas y a lograr una efectiva resocialización del autor de la conducta penal, porque en el marco de un Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad humana y que propende por un orden

social justo, la intervención penal tiene como fines la prevención, la retribución y la resocialización, esta última se justifica en que la pena no persigue es excluir de la sociedad al infractor sino otorgarle las herramientas para que alcance la reincorporación o adaptación a la vida en sociedad.

4.2. La resocialización del infractor como finalidad del tratamiento penitenciario.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 10, numeral 3º, prevé que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”[59]. A su turno, la Ley 65 de 1993, en el artículo 10 dispone que “El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.” (Se destaca).

En los artículos 142[60] y 143[61] la misma normativa establece que el tratamiento penitenciario tiene como objeto preparar a la persona que se encuentra privada de la libertad a través de la educación, el trabajo, actividades recreativas, culturales y deportivas, la instrucción y las relaciones de familia para el momento en el que recobre la libertad[62].

A propósito del fin resocializador de la pena[63], el Sistema Penitenciario y Carcelario prevé mecanismos terapéuticos que permiten a los reclusos potenciar sus cualidades y prepararlos para la vida en libertad[64], como el trabajo, el estudio, la enseñanza, las actividades deportivas y artísticas.

Los artículos 94 y 96 del Código Penitenciario y Carcelario prevén que la educación es la base fundamental de la resocialización y estatuyen que, previa evaluación de los estudios realizados hay lugar a que sea certificada por la autoridad designada para el efecto. Asimismo, el artículo 97, de la misma regulación, establece la redención de pena por estudio y dispone que será concedida por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, abonando 1 día de reclusión por 2 días de estudio[65].

En igual sentido, el artículo 494 de la Ley 600 de 2000[66], prevé que la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza es concedida por el Juez de Ejecución de Penas conforme

a las previsiones del Código Penitenciario y Carcelario.

Acerca de la resocialización como fin de la sanción penal, la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-261 de 1996[67], sostuvo que en un Estado social de derecho, a partir de la noción de dignidad y de la autonomía de la persona -que no se pierden por el hecho de estar purgando una condena-, la reincorporación a la vida social se constituye en una garantía material del penado, ya que no se trata de la imposición estatal de un esquema de valores, sino en crear bases para que el individuo se desarrolle libremente y de algún modo, contrarrestar las consecuencias desocializadoras de la intervención penal.

De ahí que la resocialización del infractor, como marco de interpretación de todas las medidas punitivas y como expresión de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía individual, deba entenderse como una obligación del Estado de ofrecerle al penado todos los medios razonables encaminados o alcanzarla y al tiempo, le prohíbe entorpecer su realización.

La Sentencia C-144 de 1997[68] reiteró que el fin resocializador de la pena se fundamenta en la cláusula del Estado social de derecho y sostuvo que el tratamiento penitenciario no puede interpretarse como una medida de retribución rígida, sino que se rige por objetivos legítimos asociados a la prevención general, es decir a los efectos disuasivos de la sanción penal, y a la reforma o readaptación del penado, esto es si incorporación a la sociedad como sujeto que la engrandece.

Además, esta Corte en la Sentencia C-312 de 2002 manifestó que los beneficios en la fase de ejecución de la pena normalmente implican la reducción del lapso de privación de la libertad, al afirmar que: “En cuanto tiene que ver con los beneficios administrativos, se trata de una denominación genérica dentro de la cual se engloban una serie de mecanismos de política criminal del Estado, que son inherentes a la ejecución individual de la condena. Suponen una disminución de las cargas que deben soportar las personas que están cumpliendo una condena y que, en algunos casos, pueden implicar la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad dispuesto en la sentencia condenatoria o una modificación en las condiciones de ejecución de la condena.”

En la misma línea, la Sentencia C-806 de 2002[69], advirtió que en un Estado social y democrático de derecho es necesaria la prevención del delito para asegurar la protección

efectiva de los asociados[70], pero además de orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma, el derecho penal debe encaminarse a respetar la dignidad del infractor, “no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social” (se destaca). En ese contexto, manifestó:

“Así, en el ordenamiento penal deben reflejarse las anteriores finalidades de la pena, no solo en el momento judicial de su determinación, impidiendo su imposición o cumplimiento cuando no resulte necesaria para la protección de la sociedad o contraindicada para la resocialización del condenado, sino también en el momento de su ejecución.

Al respecto de la finalidad de la pena, ha señalado esta Corte[71] que, ella tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. Ha considerado también que “sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital”. [72]

En conclusión, debe entenderse que la pena debe, entre sus varias finalidades, cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo.

El postulado de la prevención, encuentra cabal desarrollo en el mismo estatuto penal cuando señala los criterios que debe tener el juez para aplicar la pena, como son la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente. Pero particularmente, la función preventiva especial de la pena se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de

la pena que tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, pueden ser establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración siempre y cuando estén “orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad”. [73] (Se resalta).

Lo anterior cobra mayor relevancia si atendemos el estado actual de la política criminal del Estado y el sistema penal acusatorio, que en virtud del Acto Legislativo 03 de 2002 [74] introdujo al ordenamiento jurídico el sistema de justicia restaurativa, entendido como “todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Entiende por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (art. 518)”. [75] Esto significa que bajo este modelo de justicia, existe un mayor protagonismo de las víctimas y el interés de que sean reparadas, así como la finalidad de alcanzar la reinserción social de quien comete el delito [76], lo cual guarda consonancia con los postulados del Estado social de derecho [77].

En ese orden, la resocialización de los condenados y la prevención especial del delito son de vital importancia dentro de un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, que tiene como fin asegurar la efectividad material de los principios, valores y derechos de sus asociados, tal y como lo anuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al establecer en el artículo 10.3 que el tratamiento penitenciario tiene como finalidad esencial la “reforma y readaptación social de los penados” [78].

Acerca de la finalidad resocializadora de las actividades terapéuticas que realizan los penados con el fin de redimir el tiempo de reclusión física, esta Corporación en la Sentencia T-1303 de 2005 destacó la importancia de que los presupuestos exigidos para acceder a dicha concesión se cumplan dentro del marco constitucional, específicamente con observancia del debido proceso. En igual sentido, el fallo T-896A de 2006 estudió el caso de unos reclusos a quienes se les restringió el ejercicio de los derechos de asociación y reunión y, en esa oportunidad, reiteró que las actuaciones de las autoridades carcelarias y

penitenciarias no pueden ser arbitrarias, ya que “sólo son constitucionalmente admisibles las limitaciones cuyos objetivos resultan necesarios, adecuados y proporcionados a la finalidad propuesta, de tal manera que cualquier limitación adicional será excesiva y, por consiguiente, contraria a la Constitución”.

Sobre la readaptación de los penados, la Sentencia T-061 de 2009, expresó que “Las personas que ingresan a un centro carcelario autores de un delito, encuentran la oportunidad bien sea trabajando o estudiando de redimir la pena que les fue impuesta. Dentro de sus funciones, las cárceles se encargan de resocializar al individuo, con el fin de obtener la paz; es decir, permitiendo que el preso pueda rehabilitarse por medio del ejercicio de una actividad económicamente productiva, impidiendo de esta manera que el infractor de la ley pueda incurrir en nuevos hechos punibles”.

Sobre lo anterior, esta Corte en Sentencia T-213 de 2011 reiteró lo afirmado en la providencia T-718 de 1999, según la cual: “la pena no tiene un sentido de retaliación social o de venganza, ni puede ser aplicada con saña ni con desprecio hacia el ser humano que purga sus faltas anteriores. Ella tiene un carácter resocializador que debe aplicarse de modo civilizado, conforme al Derecho, sin que el Estado -que tiene la función de administrar justicia- abuse de sus atribuciones ni se iguale al delincuente”.

Al respecto, esta Corporación en Sentencia T-448 de 2014, sostuvo:

“El trabajo, la educación, las actividades recreativas, deportivas y culturales, entre otras, son parte del núcleo esencial del derecho a la libertad, pues se constituyen en un mecanismo indispensable para lograr alcanzar la resocialización del reo. Debido a lo anterior, para los establecimientos penitenciarios debe ser una prioridad que los internos puedan acceder a los programas que les permite redimir pena durante las diferentes fases del tratamiento penitenciario[79]. Lo anterior, teniendo en cuenta la incidencia del desarrollo de los mencionados programas en el derecho fundamental a la libertad de los internos”. [80]

Recientemente, en la Sentencia T-288 de 2015, esta Corporación sostuvo que el principio de la dignidad humana impone que los seres humanos deban ser considerados como fines en sí mismos y no como instrumentos, lo cual se constituye en un límite para la potestad del Estado en el diseño de la política criminal:

“En materia punitiva ello significa que la Constitución le fija una serie de límites a la facultad del Estado para imponer penas a las personas. De tal modo, los seres humanos no pueden ser utilizados como ejemplos, lo cual significa que no se les pueden imponer “penas ejemplificantes” con el propósito de prevenir que otros cometan los mismos delitos. Por otra parte, el principio de dignidad humana también supone que el ser humano está dotado con la capacidad para arrepentirse, enmendar sus errores, resocializarse y volver a contribuir a la sociedad. En esa medida, el artículo 34 de la Constitución prohíbe las penas de prisión perpetua, dándole a cada individuo la oportunidad de adaptarse nuevamente a la vida en sociedad.

La resocialización de la persona condenada, como objetivo principal del ius puniendi del Estado está fuertemente arraigada en nuestro ordenamiento jurídico. Ha sido reconocida por diversos tratados de derechos humanos que conforme al artículo 93 de la Carta, hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Acerca del tratamiento penitenciario, la doctrina doméstica[81] sostiene que “la ejecución de la pena está orientada a la protección y reinserción social del reo, pero la duración de la pena no depende en modo alguno de fines de prevención especial. Con todo, es posible que la ley supedita a ciertas condiciones preventivo-especiales, no la duración máxima de la pena, sino el otorgamiento del subrogado o sustituto de la libertad condicional o la concesión de determinados beneficios penitenciarios, que bien pueden operar bajo condición de haber observado buena conducta, trabajado determinado número de horas, no haber intentado la fuga ni cometido nuevos delitos durante la ejecución, etc. Lo que resultaría equivocado y poco equitativo sería negar estos beneficios por circunstancias de culpabilidad o personalidad que han sido o debido ser tenidas en cuenta en la condena, ya que en este momento avanzado de la ejecución no se trata de apreciar la “personalidad al momento del hecho”, sino al momento final de la ejecución penitenciaria”. (se destaca).

A su turno, en la doctrina internacional, Claus Roxin[82] sostiene lo siguiente:

“En la ejecución de la pena, según una nueva concepción, debería buscarse solamente la resocialización[83]. Esto no es para nada un sobreentendido. Y es que en épocas anteriores se han querido alcanzar efectos preventivos precisamente mediante un rigor escalonado según la gravedad del delito, rigor que incluso llegaba a la crueldad de la ejecución penal.

En la comprensión de que esto es falso radica un cambio muy importante en la teoría moderna de los fines de la pena. Y es que la ejecución penal basada en la imposición de un mal y que renuncie a la resocialización solamente puede llevar al condenado a una desocialización definitiva y no puede ser para él un aliciente hacia formas de conducta humana y sociales que él necesita urgentemente.

En el sentido de la nueva orientación aquí necesaria, la Ley alemana de Ejecución Penal menciona expresamente como “finalidad de la ejecución penal” (en el art. 2): “En la ejecución de la pena privativa de la libertad, el preso debe adquirir la capacidad de llevar en el futuro, una vida bajo responsabilidad social y libre sin delitos”. Si bien a continuación dice: “La ejecución de la privación de la libertad también sirve para la protección de la generalidad frente a la comisión de nuevos delitos”, esta cláusula preventivo-general describe solamente un efecto secundario de la privación de libertad y no una finalidad.

Dado que también las sanciones no privativas de libertad deben ser configuradas de la manera más favorable posible a la resocialización a través de una reforzada inclusión de la compensación entre el autor y la víctima, la reparación civil y el trabajo comunitario, se puede decir, resumiendo, que la teoría de los fines de la pena tiene que tomar en cuenta la dimensión temporal de la realización del Derecho penal. Esta dimensión temporal va desde la pura prevención general y prevención especial hasta el momento de imponer la sanción, hasta llegar a la clara preeminencia de la prevención especial en la ejecución de la pena y de las sanciones no privativas de la libertad. Luego, también forma parte de los desarrollos modernos de la teoría de la pena, el cambio de los fines de la pena dentro del proceso de realización del Derecho penal que ha reemplazado a la rígida persistencia en ideas unilaterales sobre la finalidad de la pena.

También merecen una mención final las transformaciones de la teoría de los fines de la pena que se han producido a partir de la posición del delincuente hacia el poder estatal. Durante siglos la pena era vista como algo que se “infligía” e “imponía” al autor, de tal manera que él solamente debía soportarlo pasivamente. Él era un mero objeto de influjos, sea que sirvieran estos a la retribución, al tratamiento preventivo-especial o a la influencia en la generalidad.

También en la ejecución penal se ha abandonado, entretanto, la idea de un tratamiento

coercitivo, tal como se propagaba mucho internacionalmente todavía durante los primeros años de la Posguerra, tratamiento que debe ser la causa de algunos fracasos en la ejecución penal. Y es que la mejor terapia carece de sentido cuando el delincuente se niega a ella. Los esfuerzos terapéuticos solamente pueden tener éxito cuando el prisionero libremente cooperase con el desarrollo resocializador de su personalidad. Entonces, el condenado, tal y como lo muestran las mencionadas regulaciones, ya no es mero objeto de la punición, sino recibe más y más la oportunidad de convertirse en sujeto y co-diseñador de la realización sancionadora. El proceso de la punición ya no es exclusivamente un dictado soberano; él contiene ahora muchas ofertas dirigidas a la propia iniciativa del delincuente y así se convierte en una ayuda para la autoayuda". (se resalta).

En el año 2013, se presentó ante la Cámara de Representantes el proyecto de ley 256, que surgió con el propósito de enfrentar de manera efectiva los problemas estructurales del mismo y así superar la crisis y garantizar los derechos humanos de la población privada de la libertad. En la exposición de motivos explicó que se trata de un tema estructural y de largo plazo, por lo que requiere medidas cuya ejecución se prolongará en el tiempo, que se debe a la falta de planeación en la construcción de infraestructura penitenciaria y carcelaria, las oleadas de criminalidad que ha vivido nuestro país, la ausencia de una política criminal, penitenciaria y carcelaria coherente y la despreocupación que genera en la sociedad en general la situación de las personas privadas de la libertad. En ese sentido, se advirtió lo siguiente:

“La política criminal no puede desligarse de las medidas de naturaleza penitenciaria que deben adoptarse a fin de dar coherencia a una propuesta racionalizadora del sistema penal y cumplidor a su vez de los derechos humanos y garantías básicas de las personas privadas de la libertad.

3. Medidas legislativas: Reforma a la Ley 65 de 1993.

La salida a la crisis que se ha mostrado anteriormente, requiere del diseño de una estrategia que conjugue elementos de política pública y medidas de corte legislativo. En ese sentido, el Ministerio de Justicia y del Derecho encontró que el actual Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) tiene falencias que impiden reducir efectivamente la presión sobre el sistema. Es por esta razón que una de las primeras medidas a implementar es una

modificación de este código, con el fin de adecuarlo a las actuales circunstancias del sistema penitenciario y carcelario. Para el Ministerio las principales deficiencias que presenta el código y que ameritan su modificación son las siguientes:

c) Penas intramurales como último recurso. Esta propuesta tiene como eje central poner en acción el principio del derecho penal como ultima ratio. En ese sentido, se busca que las personas, que objetivamente cumplan los requisitos establecidos en la ley accedan efectivamente a los beneficios de libertad. Actualmente, la existencia de criterios subjetivos, dada la alta discrecionalidad de la que gozan los jueces, impide el otorgamiento de dichos beneficios, a pesar de que muchas de estas personas podrían acceder a ellos y contribuir así a la descongestión de los establecimientos.

Así mismo, se establecen sanciones penales y disciplinarias para los funcionarios, que teniendo la obligación de ordenar la excarcelación, omitan la misma.

f) Ausencia de medidas que garanticen efectivamente las condiciones mínimas de reclusión. Uno de los principales actores para dar cumplimiento a las medidas establecidas en esta ley será la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, que por ejemplo, deberá fijar las políticas y planes alimentarios y determinar las políticas de construcción, mantenimiento y conservación de centros de reclusión (ya sea por concesión o por el esquema de asociación público-privada).

g) Falta de directrices claras en torno al cumplimiento del fin resocializador de la pena. Para ello el proyecto establece: a) El trabajo como un derecho como derecho y deber dentro del sistema penitenciario; b) la inclusión del sector privado y la sociedad civil en los programas de resocialización; c) La garantía de los derechos laborales mínimos para los reclusos; de estímulos tributarios para empresas y personas naturales que se vinculen a programas de trabajo y educación en establecimientos; e) La posibilidad de redención de pena para las personas de nacionalidad colombiana que son repatriadas en cumplimiento de los tratados existentes.

h) Debilidad de las relaciones entre las instituciones encargadas de implementar la política criminal. En ese sentido el proyecto fortalece las funciones del Consejo Superior de Política Criminal, con el fin de que éste sea el encargado de determinar el Plan Nacional de Política Criminal y de conceptuar sobre todos los proyectos de ley que en materia penal cursan en

el Congreso. Así mismo, se crea la Comisión de Seguimiento a las condiciones de Reclusión del Sistema Penitenciario y Carcelario que entre sus funciones tendrá la de monitorizar de manera permanente el estado de sobrepoblación del sistema.

(...) Es esta mirada renovada de una política penitenciaria, fundada en un repensar crítico de ese clásico derecho a castigar de naturaleza puramente retributiva, por la que está apostando el Ministerio de Justicia y del Derecho. Es una apuesta que gira hacia una política pública inclusiva, que no desconoce las necesidades de la seguridad ciudadana, y que está cimentada en mandatos constitucionales que limitan racionalmente la intervención punitiva del Estado, y se funda en principios básicos como los de proporcionalidad y necesidad de la pena. Es esta, en suma, una apuesta cardinal por los derechos fundamentales de todas las personas y es la que debe fundar el diseño e implementación de la política criminal en Colombia.” (Se resalta).

En ese contexto, fue expedida la Ley 1709 de 2014 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, que adicionó el artículo 68A a la Ley 65 de 1993, en el siguiente sentido:

“Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o

funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.”

Además de establecer la exclusión de beneficios y subrogados penales, introdujo en una nueva categoría la redención de pena en el artículo 103A, al establecer lo siguiente:

“Derecho a la redención. La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena, podrán controvertirse ante los Jueces competentes.”

En virtud del artículo adicionado, la redención de pena está excluida de la categoría de “beneficio”, y es un “derecho” que puede ser solicitado y exigible por la persona privada de la libertad siempre que cumpla con los requisitos para acceder a ella y, en todo caso, las decisiones que la afecten pueden ser controvertidas ante los jueces competentes.

El artículo 64 de la Ley 1709 de 2014 utiliza una expresión gramatical nueva al hacer referencia a la redención de pena como un “derecho”, lo cual, en nada modifica la situación de los reclusos, en la medida de que bajo la categoría innominada que ha tenido dicha institución en el Código Penitenciario y Carcelario y la Ley 600 de 2000, también constituía un mecanismo de resocialización para las personas privadas de la libertad. Asimismo, desde antes de la adición del artículo 103A en la Ley 65 de 1993, la petición de redención de pena se tramitaba ante el Juez de Ejecución de Penas y su decisión era controvertible a través del recurso de apelación.

En vigencia de la Ley 1709 de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia que se revisa, adoptó una nueva postura en cuanto a la redención de pena, ya que la introducción de la nueva categoría de “derecho”, en criterio de esa Corporación zanjó la discusión que existía alrededor de la naturaleza de la figura, es decir, que dejó de ser un “beneficio administrativo” limitado por el legislador para ser un “derecho” reconocido por la Ley.

De lo expuesto, se concluye que la política criminal es un conglomerado que abarca todo el sistema penal establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, incluso en la fase de la ejecución de la pena, cuyo fin, más allá de la prevención general y especial del delito, es restablecer los derechos de las víctimas y lograr la resocialización del penado.

Es así como se explica que si bien es cierto que se trata de todo un andamiaje, también lo es que existen diferentes etapas durante las cuales el Estado, la sociedad, las víctimas y el infractor desempeñan un papel determinado. Por ejemplo, en el momento del proceso penal, al Estado le asiste el deber de investigar la conducta lesiva del bien jurídico, de proteger a la víctima y garantizarle el restablecimiento de sus derechos y, al imputado o acusado, las prerrogativas propias del debido proceso. Sin embargo, ya en el momento de purgar la pena, a las instituciones públicas no solo les corresponde asegurar la reparación y garantía de no repetición de las víctimas, sino que deben volcarse a lograr que el penado se reincorpore a la vida social, es decir, asegurarle la resocialización.

Es menester precisar que el legislador en ejercicio de la potestad de configuración normativa debe establecer la política criminal del Estado, determinando los bienes jurídicos protegidos, los delitos, las penas, el procedimiento para imponer sanciones y las

condiciones que deben cumplirse[84]. Sin embargo, tal facultad debe sujetarse a los límites materiales de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Esto significa que el diseño de la política criminal del Estado reviste una enorme responsabilidad porque necesariamente debe consultar el catálogo de garantías establecidas para la sociedad en general, las víctimas y el infractor de la ley penal, y además, estar encaminada a mantener el orden social justo, lo cual se materializa diseñando un sistema penal coherente (no desarticulado), es decir que debe ser interpretado como un todo armónico desde el inicio -al establecer los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal-, hasta el fin del tratamiento penitenciario -la resocialización del autor del delito en la fase de ejecución de la pena-.

Debe advertir la Corte que de acuerdo con la legislación y jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, actividad que trae consigo la posibilidad de redimir pena. Esto quiere decir que previo cumplimiento de los requisitos exigidos y agotado el correspondiente trámite administrativo, hay lugar a que los penados rediman pena[85] y simultáneamente alcancen la resocialización.

Independientemente de la categoría otorgada a la redención de pena, es decir, si es un “derecho” o un “beneficio”, lo notable de dicha institución jurídica es que se constituye en la única fuente de materialización de la resocialización del penado, que accede al descuento de días de prisión física por realizar determinadas actividades, entre ellas, el estudio.

No obstante, la resocialización materializada en la posibilidad de redimir pena por estudio, enseñanza, trabajo, actividades deportivas y artísticas, y cualquier otro mecanismo que llegare a diseñar el legislador a través de la política criminal estatal, no es absoluta ya que encuentra límite en los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena impuesta al condenado, esto significa que el descuento de días de prisión física no puede llegar al extremo de convertir la condena en una medida inocua que desconozca los fines preventivo y retributivo de la intervención penal.

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala se discute si una persona condenada por un delito que atenta contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, puede acceder a la redención de pena por estudio.

Por lo anterior, la Sala efectuará un análisis de la protección a los niños, niñas y adolescentes en el marco jurídico constitucional e internacional y, particularmente en el ámbito del derecho penal, para finalmente entrar a resolver el caso concreto.

5. La protección a los menores en el ámbito del derecho.

5.1. Protección a los niños, niñas y adolescentes en la Constitución.

La Constitución en el artículo 44 dispone que los derechos de los niños[86] prevalecen sobre las garantías de los demás y, además, prevé la protección especial de la que son objeto por parte de la familia, la sociedad y el Estado, quienes tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, entre los cuales destaca como fundamentales la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

En igual sentido, el artículo 45 superior establece que los adolescentes tienen derecho a la protección y formación integral, para lo cual, el Estado y la sociedad deben garantizar la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

La Carta Política a lo largo de su articulado mantiene el marco de salvaguarda al desarrollar y hacer mención a la protección de los niños en los diferentes ámbitos de la vida, al establecer que la familia es el núcleo esencial e institución básica de la sociedad[87] y que de tal principio se derivan mandatos específicos de protección integral al prohibir la discriminación por razones de origen familiar, el deber del Estado de promover condiciones para lograr una igualdad real y efectiva, y adoptar medidas a favor de los grupos marginados o discriminados[88]. Igualmente sanciona la tortura, los tratos inhumanos y degradantes[89], y la violencia intrafamiliar; e instituye los derechos a la vida[90], la personalidad jurídica[91], la libertad de expresión[92], la intimidad familiar y la obligación de respetarla[93], el libre desarrollo de la personalidad[94], la libertad personal[95], el patrimonio, la honra, la dignidad, la armonía y unidad familiar[96], entre otros.

Bajo este contexto normativo, la Sentencia C-1064 de 2000[97] sostuvo que el Estado

social de derecho asigna al aparato público el deber de adoptar acciones “que permitan a los menores de edad alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social. La población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento agravan su indefensión”. En virtud de ello, el Estado tiene como fin el diseño de políticas especiales de protección para alcanzar la efectividad de los derechos y garantías que les asisten como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico que irradia todo el ordenamiento[98].

Lo expuesto permite concluir que en el ordenamiento jurídico colombiano los menores merecen un trato especial tendiente a protegerlos, el cual debe reflejarse en todos los aspectos de la legislación incluyendo el diseño de la política criminal, ya que esta debe consultar siempre el interés superior del menor, como parámetro obligatorio de interpretación de las normas y decisiones de las autoridades que pueden afectar sus intereses.

Esta Corporación en la Sentencia C-061 de 2008 decidió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el inciso 2 del artículo 48 del CIA[99], determinando el alcance del artículo 44 de la Constitución:

“En realidad, más allá de lo reconocido por la actora, este artículo contiene la explícita incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del universal principio sobre el interés superior del menor[100], que se manifiesta, de una parte, en la expresa enumeración de los derechos de los niños (inciso 1°), que son además reconocidos como fundamentales y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante la acción de tutela. De otra parte, se ve reflejado también en el establecimiento de importantes deberes de acción en cabeza de la familia, de la sociedad y del Estado (inciso 2°), encaminados a hacer realidad dicho conjunto de derechos para todos los menores residentes en Colombia.

Adicionalmente, tales incisos primero y segundo del comentado artículo 44 contienen varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, los cuales no sólo habilitan, sino que además obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos

fenómenos y procurar, en toda la extensión que ello sea posible, la rehabilitación de los menores que hayan sido víctimas de ellos.

En relación con este asunto y con todos los demás a que se refiere el artículo 44, el poder legislativo tiene amplia autonomía para establecer las medidas que juzgue convenientes al logro de tales propósitos, siempre y cuando, como es natural, ello se haga dentro de una adecuada integración con los demás postulados constitucionales.

Por todo lo anterior, considera la Corte que, al menos en principio, el propósito de la norma puede en efecto entenderse válidamente fundado en el mandato contenido en el artículo 44, como un mecanismo encaminado a la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente los derechos fundamentales que esta misma norma reconoce y protege.”

En igual sentido, esta Corte en Sentencia C-739 de 2008, al resolver la demanda de inconstitucionalidad incoada contra los numerales 3º y 7º del artículo 199 del CIA, sostuvo lo siguiente:

“Según la jurisprudencia constitucional, este principio “condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas de bienestar social, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños; siempre se ha de considerar, primordialmente, el interés superior del niño.[101]”[102] En otras palabras, el interés superior del menor “se revela como un principio, el cual implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucra, el cual obtiene reconocimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional como en el nacional.”[103]

En suma, es claro que los derechos y garantías de los niños son prevalentes en tanto que merecen un tratamiento prioritario respecto de los derechos de los demás y que las disposiciones en que se involucren dichos intereses deben interpretarse siempre a favor de los intereses del niño, que son intereses superiores del régimen jurídico.”

5.2. La protección a los niños, niñas y adolescentes en los instrumentos jurídicos internacionales.

La vigencia de la protección a los derechos de los menores no solo se debe a su consagración en la Constitución, sino que también está contenida en varios instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, prevalecientes en el orden interno al estar ratificados por el Estado colombiano[104], entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1946; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[105]; la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969[106]; el Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 1977[107]; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990[108]; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973[109]; la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 1994[110]; el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993[111]; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” de 1988[112]; la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989[113]; el Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile de 1991[114]; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía de 2000[115]; entre otros.

En 1924 la Sociedad de las Naciones motivada por la situación de los infantes víctimas de la Primera Guerra Mundial y preocupada por la necesidad de que existiese una protección especial para ellos, adoptó la Declaración de Ginebra[116], texto en que por primera vez se reconoce y afirma la existencia de garantías para ellos, al establecer que “la humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle, sin considerar su raza, nacionalidad o creencia”[117].

Antecedida por la historia[118] y la Declaración de los Derechos Humanos, en 1959 la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración de los Derechos del Niño[119], en la cual reconoce que los infantes por su falta de madurez física y mental requieren de protección y cuidado especiales e incluso, la debida asistencia legal, antes y después del nacimiento, a fin de que puedan gozar de una infancia feliz, con los derechos y libertades

reconocidos; para lo cual insta a los hombres y las mujeres individualmente y, a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales, a que reconozcan tales garantías y luchan por su observancia, con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente.

En 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada en la legislación interna mediante la Ley 12 de 1991, cuyo mandato es que todas las medidas legislativas y administrativas concernientes a los menores, que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, consulten de manera primordial el interés superior del menor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17 de 28 de agosto de 2002 al resolver la consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la condición jurídica y los derechos humanos del niño, concluyó:

“2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.”

Además de reiterar los derechos de los niños, en el artículo 19[120] dispone que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y

educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. Por tanto, deben establecerse procedimientos eficaces que permitan proporcionar la asistencia necesaria a los niños y a quienes cuidan de ellos, así como “otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

Sobre la base de que el Estado colombiano ratificó en 1991 la Convención sobre los Derechos del Niño que lo obliga a adecuar la legislación nacional a los paradigmas de dicho instrumento jurídico y, atendiendo a que el Comité de los Derechos del Niño en el examen realizado a Colombia en el marco de las revisiones al cumplimiento de los compromisos internacionales, enfatizó que los compromisos adquiridos continuaban siendo desconocidos de manera sistemática, el 17 de agosto de 2005 se presentó en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 085 “por la cual se expide la ley para la Infancia y la Adolescencia”, en cuya exposición de motivos se destacó la necesidad de adoptar medidas encaminadas a proteger y garantizar el desarrollo integral de los menores bajo los parámetros internacionales.

Para el efecto trajo a colación un informe realizado por la Comisión de los Derechos del Niño sobre la situación de los derechos humanos de la niñez en Colombia, estudio que separó por categorías los derechos a la vida, a la integridad personal, a la alimentación equilibrada, a no ser explotados económicamente, a la educación, al cuidado, a tener una familia y no ser separado de ella, y los sexuales y reproductivos. Así mismo, la situación de los infantes víctimas de desplazamiento forzado, de minas antipersona, del reclutamiento y utilización por parte de grupos armados al margen de la ley, concluyendo que “estos son solamente algunos datos de contexto, incluso que permiten mostrar el grave problema de la carencia de sistemas de información actualizados que permitan tanto al Gobierno como a los gobiernos regionales emprender acciones de política pública para prevenir y restablecer los derechos más vulnerados. De allí la necesidad de actualizar la legislación para que no solamente se apunte a proteger a los niños y niñas que tipifican las nueve situaciones irregulares del Código del Menor vigente, sino para garantizar el restablecimiento de todos

y cada uno de los derechos amenazados o vulnerados.”[121]

Específicamente, en relación con los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 085 -hoy Ley 1098 de 2006-, se dijo lo siguiente:

“9. Los niños y niñas víctimas de delitos

En los últimos años la violencia contra la niñez en Colombia se ha agudizado, pero sobre todo cada día se ejerce con mayor crueldad y severidad. Se matan y maltratan niñas y niños por deudas de sus padres, se les violenta sexualmente con la complicidad de todos, se les explota y obliga a conseguir el sustento para sus familias y cada día la agresión verbal y física cobra un mayor número de víctimas en hospitales y cementerios, ante la mirada pasiva de toda la sociedad y del Estado.

Pero lo más increíble es que en Colombia la conducta de maltrato infantil está solamente prevista en el Código del Menor con la sanción del pago de multas. No existe como tal el delito de maltrato infantil aun cuando el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño ordena que: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual”, y aun cuando el artículo 44 de la Constitución Política ordena la prevalencia de los derechos de los niños y la obligación de protegerles contra toda forma de violencia física o moral.

Por ello el país tiene una deuda con los niños y niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces, lo que hace necesario proveer normas persuasivas que impongan sanciones severas contra los adultos que los maltraten y que cometan delitos contra ellos y ellas.

En aras de la prevalencia de los derechos de los niños se hace imperativo aumentar las penas de los delitos en los que haya una víctima menor de edad, así como negar los beneficios jurídicos establecidos en la ley penal, salvo los de orden constitucional, para quienes cometan delitos contra los niños y las niñas.

Sin lugar a dudas, el hecho de contar con una legislación que contemple sanciones para

quienes ejerzan castigos corporales o maltrato infantil por sí misma no soluciona el problema. Sin embargo, conseguir su aplicación es en sí una manera de educar a la sociedad y de caminar hacia los cambios culturales que tanto requiere esta sociedad deprimida.”

En este contexto fue expedido el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en cuyo artículo 5º dispuso que las normas sobre niños, niñas y adolescentes contenidas en esta codificación son de orden público, de carácter irrenunciable, y los principios y reglas en ella establecidas se aplicarán de manera preferente a las previstas en otras leyes. Asimismo, el artículo 6º preceptúa que las disposiciones contenidas en la Constitución, los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integral de la misma, y servirán de guía para su interpretación y aplicación; y en todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. Además, señala expresamente que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.”

Según la codificación en cita, se entiende por interés superior del menor el imperativo que obliga a todas las personas y entidades a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes; y establece que además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado cumplir el conjunto de disposiciones previstas en la Ley de Infancia y Adolescencia (arts. 8º y 38).

Ahora bien, la misma ley en el artículo 41 establece que “el Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

“4. Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.

6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus

derechos vulnerados.”

Al referirse a los criterios para el desarrollo del proceso penal por delitos cometidos en contra de menores, el Código de Infancia y Adolescencia establece que la autoridad judicial debe prestar especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.

En cuanto a los beneficios y mecanismos sustitutivos, el artículo 199 del CIA dispone:

“Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.
3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.
4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.
5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.
6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.
7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Parágrafo transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.”

Lo anterior evidencia que uno de los mecanismos por medio de los cuales el Estado colombiano ha dado cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos en la Convención sobre los derechos del Niño y demás tratados internacionales sobre derechos humanos, en cuanto al deber de proteger de manera especial a los niños, niñas y adolescentes, se concreta en el catálogo de garantías, deberes, derechos y medidas establecidas en la citada codificación.

Tratándose de casos en que los infantes han sido víctimas de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, en cuanto a las reglas a aplicar en el tratamiento de los imputados, acusados o condenados por la comisión de la conducta punible, regulación legal establecida elimina beneficios propios del procedimiento penal v. g. los subrogados penales[122], la sustitución de la detención preventiva[123], la sustitución de la ejecución de la pena[124], la extinción de la acción penal[125], las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, el subrogado penal de libertad condicional ni “otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”[126], lo cual guarda consonancia con las disposiciones superiores y los compromisos internacionales, en virtud de los cuales debe

primar el interés superior del menor.

Ahora bien, esta Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre la constitucionalidad de distintos artículos del Código de la Infancia y la Adolescencia. Por ejemplo, en la Sentencia C-738 de 2008 decidió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los numerales 3, 7 y la expresión “administrativos” del 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006[127], declarando la inexequibilidad del primero de ellos y, respecto de los dos últimos la inhibición. Efectuó las siguientes consideraciones:

“En primer lugar, la Corte evidencia que la protección de los derechos de los menores no sería efectiva si el Estado renunciara a sancionar las conductas que afectan de manera grave derechos de categoría prevalente. La función disuasiva de la pena se encamina a que los abusos cometidos contra los niños y adolescentes dejen de cometerse, por lo que renunciar a ella despojaría al Estado de una herramienta crucial en la lucha contra el abuso infantil. Se inaplicaría, por esta vía, la imposición de protección integral que la propia Ley 1098 ha previsto para los menores, cuando dispuso “Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.”

En concordancia con lo anterior, los compromisos de protección al menor que Colombia adquirió en el escenario internacional tampoco podrían honrarse si el país renunciara a perseguir y sancionar los delitos que atentan gravemente contra la integridad personal, la libertad y la formación sexual del menor. El artículo 5º de la Ley 1098 de 2006 es enfático al resaltar que las normas de protección a los niños y adolescentes “son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”.

Tal como se resaltó en los comentarios generales de esta providencia, una de las limitantes a la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de acuerdos internacionales en virtud de los cuales Colombia se comprometa a sancionar delitos que por su gravedad ofenden la conciencia social y resultan especialmente sensibles en el panorama internacional. En concreto, por virtud del artículo 2º de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, Colombia adquirió el compromiso de “tomar todas las medidas

apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. Igualmente, en virtud del artículo 19 de la misma Convención, el país asumió el deber de “adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”, al igual que el deber de “proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, y c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Atendiendo la obligación que le asiste a la familia, la sociedad y el Estado de consultar el interés superior del menor al momento de adoptar toda clase de acciones, medidas, políticas y decisiones que puedan afectarlos, en el ordenamiento jurídico colombiano existen situaciones en que el legislador, en cumplimiento de la obligación constitucional de proteger a los niños, niñas y adolescentes ha dado aplicación directa al principio pro infans resguardando las garantías superiores de los infantes sobre las de los adultos, estableciendo severidad en las penas cuando la comisión de la conducta penal recae sobre un menor de 18 años, veamos:

§ El tipo penal de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 233 del Código Penal, que sanciona con pena privativa de la libertad y multa a quien se sustraiga sin justa causa de la prestación de alimentos que legalmente debe proveer, la cual se agrava cuando se presenta contra un menor[128].

El legislador adoptó una medida positiva consultando el interés superior del menor (encaminado a que efectivamente se satisfagan sus necesidades básicas de alimentos, educación, salud) e impuso de manera prevalente los derechos del menor sobre el derecho a la libertad de quien incumpla sin justa causa con la obligación de brindar alimentos. Esta es una clara manifestación del interés superior del menor que se protege cuando uno de

los llamados -la familia- a satisfacer las necesidades de los infantes, incumple con su deber constitucional y legal, de garantizar el desarrollo integral y la satisfacción de los derechos.

§ El mismo ejemplo se repite en otros tipos penales que protegen al menor al sancionar con pena privativa de la libertad los delitos de violencia intrafamiliar[129], el ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad[130], la adopción irregular[131], el abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas[132], el estímulo a la prostitución de menores[133], la pornografía con menores de 18 años[134], el turismo sexual[135], la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años[136] y la omisión de denuncia[137].

§ Así mismo, en el marco de protección y aplicación del principio pro infans, existen circunstancias de agravación punitiva en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, y contra la libertad individual, cuando se trate de menores de catorce años, tal como puede observarse en los artículos 165, 166, 168 a 170, 178 a 181, 188D del Código Penal.

§ Puntualmente, en relación con la protección a los menores contra toda forma de explotación y abuso sexual, establece la obligación de los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover su recuperación física, psicológica y su reintegración social, cuando sean víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de trato cruel, inhumano o degradante, lo cual se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad (arts. 34 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño).

Sobre lo anterior, es decir, el deber de la familia, la sociedad y el Estado de adelantar acciones positivas para proteger a los niños y hacer realidad sus derechos fundamentales, en Colombia se ha materializado a través de sanciones más severas para quienes atenten contra sus bienes jurídicos, lo cual además de cumplir con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en relación con investigar y sancionar el crimen, tratándose de infantes es aún más fuerte por razón de la condición de especial vulnerabilidad que ostentan, de modo que el mensaje que se envía a la sociedad es que los abusos contra

personas que por razones físicas y psicológicas no están en capacidad de defenderse, como los menores, revisten un considerable reproche en el juicio de culpabilidad y en general mayor gravedad al momento de hacer efectiva la sanción penal a que hubiere lugar.

Esta Corte en Sentencia C-061 de 2008, estudió la constitucionalidad del denominado “muro de la infamia” establecido como sanción adicional a los violadores de niños, para lo cual se efectuó un test de proporcionalidad a fin de determinar si dicha norma constituía un instrumento encaminado al cumplimiento de los deberes asumidos por el Estado y si resultaba legítimo y proporcionado a la luz de la Constitución.

En la providencia en cita, esta Corporación abordó los aspectos de (i) finalidad de la medida, es decir si perseguía un fin legítimo a la luz de la Constitución y concluyó que como el objetivo de la publicación en el muro de la infamia era contribuir a la protección de niños, niñas y adolescentes residentes en Colombia, precaviendo nuevos delitos sexuales en contra de ellos y en ese orden, resultaba legítimo a la luz del ordenamiento superior; (ii) al verificar la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto determinó que no existía evidencia de que el medio escogido para brindar protección a la población infantil tuviera una efectividad tal que justificara la instauración de la medida; y (iii) al establecer la relación entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que se causa contra otros bienes jurídicos, concluyó que existía una desproporción “todavía más palmaria al advertir, que con la aplicación de esta medida el delincuente esté siendo utilizado por el Estado para crear temor, lo cual agrede de modo adicional, innecesario y poco útil, e implica una invasión a la órbita interna, además de utilización del individuo, inadmisibles frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada” (Negrillas del texto).

Por lo anterior, este Tribunal declaró inexecutable el inciso acusado y concluyó lo siguiente:

“Recuérdese, por otra parte, de nuevo en relación con el debate legislativo, que no aparece que se haya efectuado una consideración al menos mediana sobre la razón de ser y los efectos que se esperaban del precepto cuestionado; ni que hayan sido consideradas alternativas conducentes al mismo propósito, que pudieran conllevar más efectividad y menor afectación al individuo condenado y/o a su familia.

Lo brevemente expuesto señala que, pendiente la eventual demostración de los hipotéticos beneficios sociales que esta medida pudiera traer consigo, son en cambio evidentes y de gran significación los costos y riesgos que ella supone para la persona misma y para los miembros de su familia, donde podría hallarse la propia víctima, u otro menor en aumentado riesgo de victimización. Por ello, estima la Corte que tampoco se surte este elemento del test de proporcionalidad que se viene adelantando, al no compensarse el perjuicio acarreado a otros bienes, con el ignoto beneficio obtenible.”(Negrillas del texto).

Recientemente esta Corte en Sentencia C-177 de 2014, mediante la cual declaró exequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013[138], que estableció la entrevista forense realizada a menores como material probatorio, dijo:

“Es así evidente que existe un cúmulo de instrumentos internacionales y, según el caso, integradores del bloque de constitucionalidad (artículo 93 Const.), que imponen obligaciones a la familia, a la sociedad y al Estado de garantizar a ultranza los derechos de niños, niñas, adolescentes, realizándose el compromiso frente a eventuales delitos sexuales.

5.2. Como se indicó previamente, el artículo 44 de la Constitución de 1991 se integra a los aludidos instrumentos internacionales, incorporando en nuestro ordenamiento jurídico el principio universal de prelación del interés superior del menor, que se manifiesta, de una parte, en la expresa enumeración de los derechos de los menores de edad (inc. 1º), reconocidos como fundamentales. De otra parte, se ve reflejado en el establecimiento de importantes deberes de la familia, de la sociedad y del Estado (inc. 2º), encaminados a hacer realidad dicho conjunto de derechos para todos los niños residentes en Colombia.

Adicionalmente, la referida norma contiene varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, que no solo habilitan, sino obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión en que ello sea posible, la rehabilitación de quienes hayan sido víctimas.

En relación con este asunto y con todos los demás a que se refiere el artículo 44 superior,

el poder legislativo tiene amplia autonomía[139] para establecer las medidas que juzgue conducentes al logro de tales propósitos, siempre y cuando, como es natural, ello se haga dentro de una adecuada integración con los demás postulados constitucionales.

5.3. El interés superior del niño ha sido considerado como eje central del análisis constitucional[140] y principio orientador para resolver conflictos que involucren a menores de edad, encumbrando el trato preferente del cual son titulares, para que puedan formarse y desarrollarse plenamente.”

Esta Corte ha reconocido que tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, la Constitución y los tratados internacionales imponen no solo la prevalencia de los derechos de los niños, sino la obligación de adoptar medidas para lograr la efectiva protección en todos los ámbitos, incluso en el penal cuando los infantes son víctimas de delitos, lo cual necesariamente se traduce en la imposición de sanciones más severas, la limitación o prohibición de que el autor de la conducta penal acceda a subrogados penales, preacuerdos, y demás instituciones jurídicas que en la práctica atenúan la severidad de la sanción impuesta, las cuales en todo caso deberán ser proporcionales con el fin perseguido y legítimas a la luz de los postulados superiores[141].

Siguiendo lo expuesto, es preciso traer nuevamente a colación la Sentencia C-177 de 2014[142], que afirmó la existencia de un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, especialmente aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, por tratarse de situaciones que afectan gravemente los derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedo visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional[143] proteger a los menores

de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.

En ese orden, la jurisprudencia nacional y foránea ha otorgado prevalencia al interés superior de los menores víctimas de delitos sexuales, aún frente a otros derechos, principios y valores superiores inmersos dentro del proceso penal, como la inmediación y la contradicción,

7.3. La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas, entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas[145] como el principio pro infans.

En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces.

7.6. Así, resulta evidente el querer de todos los pueblos de dar prelación siempre al interés del menor, aún frente a otras garantías propias del proceso penal, sin que ello implique desconocer los derechos fundamentales del presunto agresor y de otros intervinientes.”

La Sala concluye que el catálogo de garantías a través del cual la Constitución, y los instrumentos internacionales establecen normas tendientes a materializar el interés superior del menor, constituyen un parámetro obligatorio de interpretación que debe ser atendido por las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, al momento de resolver las controversias suscitadas a propósito del enfrentamiento de derechos. Ello significa que cuando se presente una tensión entre la protección de los niños y cualquier derecho de otra índole, deberá prevalecer la primera en aplicación del principio pro infans.

En ese contexto, la aplicación del principio constitucional pro infans en materia penal,

implica una protección en dos dimensiones: la primera está ligada al compromiso del Estado a sancionar severamente las conductas penales que se cometan contra menores, que se traduce en investigar las conductas, imponer penas elevadas y en eliminar algunos beneficios propios del procedimiento penal y la ejecución de la pena; y la segunda está relacionada con el restablecimiento de los derechos conculcados a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, a través de las medidas de reparación, protección específica durante el procedimiento penal, garantía de no repetición, verdad y no revictimización.

Es de destacarse que tratándose de la protección a menores víctimas de delitos, el legislador ha adoptado medidas tendientes salvaguardar sus derechos dentro del ámbito penal, v. g. al establecer penas más altas o agravantes punitivos para aquellas conductas penales cuando el sujeto pasivo es un menor de 18 años. Así mismo en cumplimiento de los compromisos internacionales, el Estado colombiano a través de sus diferentes ramas del poder público se ha encargado de garantizar la reparación integral y ha buscado eliminar cualquier forma de revictimización de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, las medidas legislativas, administrativas y judiciales adoptadas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, deben consultar los parámetros constitucionales en que se funda el Estado colombiano y demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, en virtud de las cuales existen garantías mínimas aplicables en general a todas las personas -incluyendo los infractores de la ley penal- y que de ningún modo pueden ser desconocidas, abolidas o suspendidas, como la dignidad humana, que además de ser un principio y derecho fundamental se constituye en un límite al ejercicio del ius puniendi[146].

Lo anterior significa que la política criminal del Estado y el deber de proteger a los niños, niñas y adolescentes deben articularse, de manera que las medidas, decisiones y disposiciones adoptadas por los distintos poderes públicos -especialmente el legislativo-, guarden armonía con los principios en que se funda el Estado social de derecho, puntualmente en aquello relacionado con el catálogo de garantías que reconoce para todos habitantes del territorio nacional -incluidos los infantes y los infractores de la ley penal-. De lo contrario, tal actuación pasaría de perseguir un objetivo legítimo a materializar un abierto desconocimiento de otros derechos también cobijados por la Constitución.

6. Caso concreto

6.1. Se encuentra acreditado que el señor Edward Zúñiga Quinayas, en vigencia de la Ley 600 de 2000, fue condenado a 8 años de prisión, por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años en el grado de tentativa. Desde el 6 de mayo de 2011 cumple la pena impuesta recluido en la Penitenciaría San Isidro de Popayán y hasta el momento en que presentó la acción de tutela había descontado aproximadamente 3 años y 11 meses.

Encontrándose en prisión, el demandante cumplió con 366 horas de estudio y además fue certificado con “conducta ejemplar”, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 103A del Código Penitenciario y Carcelario le solicitó al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el reconocimiento de la redención, que fue concedida en cuantía equivalente a 50.5 días. No obstante, la decisión fue apelada por el Ministerio Público y, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Popayán la revocó al considerar que aún está la prohibición del artículo 199-8 de la Ley 1098 de 2006, en virtud de la cual no hay lugar a reconocer la redención de pena a los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores.

El actor acude a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional reconozca la redención de pena a que tiene derecho, toda vez que esta no es un beneficio sino un derecho de los reclusos, así como la libertad condicional, libertad provisional, sistema de vigilancia electrónica, la libertad para las madres y padres cabeza de hogar, la prisión domiciliaria, entre otras.

Agrega que tanto el Código Penal como el Código Penitenciario y Carcelario señalan que la pena tiene una función protectora y preventiva cuya finalidad es resocializar al infractor a través del trabajo, el estudio, la enseñanza, el deporte y las actividades artísticas; de modo que negarle la redención de pena al recluso significa cerrarle las puertas a la resocialización.

Para el demandante el artículo 103A adicionado por la Ley 1709 de 2014 plasmó el derecho a la redención de pena, el cual es susceptible de reclamación ante los jueces competentes y, en esa medida, no puede ser negado, ya que en sana lógica “una ley se falla y se ejecuta para que los tribunales y jueces en general acaten, ejecuten y cumplan la ordenanza por el juez de A quo que ordenó regir y cumplir y precisamente el circuito judicial de Popayán no

puede ser la excepción (sic) pues estaría siendo una burda y mecánica exégesis (sic) del querer expreso del constituyente en abierta contradicción con los grandes postulados sempiternos de los grandes jerarcas (sic). Ello se convierte en un abuso de autoridad flagrante y en contradicción al Art. 13 de la Constitución Política Nacional Colombiana MP José Gregorio Hernández 1993 Corte Suprema de Justicia Bogotá D.C. (sic)”

Con base en lo expuesto, el señor Zúñiga Quinayas solicita la protección de sus derechos fundamentales y, que se deje sin efectos la decisión del Tribunal Superior de Popayán, que revocó la redención de pena y, en su lugar, reconocerla en aplicación de los principios de igualdad y favorabilidad.

De esta manera, la Corte procederá al estudio del asunto sub-examine, de acuerdo con el orden metodológico de exposición planteado en el punto 3 de esta decisión:

6.2. Causales de procedibilidad

(i) Relevancia constitucional del caso. Radica en que se debate la vulneración de derechos fundamentales a la dignidad humana (art. 1 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la igualdad (art. 13 C.P.) originada en la actuación del Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, que mediante la decisión de 6 de febrero de 2015, revocó la redención de pena reconocida al demandante, considerando que se está ante un defecto sustancial.

En este contexto, debe precisarse que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana, la redención de pena que reclama el demandante guarda íntima relación con la realización de las garantías mínimas establecidas en el catálogo normativo superior y puntualmente, en la resocialización del infractor, como fin esencial de la sanción penal.

(ii) Agotamiento de todos los medios ordinarios de defensa judicial. Cabe señalar que el demandante recurrió a la vía judicial para solicitar la redención de pena por estudio y comportamiento ejemplar certificado ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que, en primera instancia resolvió lo pretendido y la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán revocó. Es decir se han agotado a los mecanismos judiciales que tenía a su alcance para reclamar el derecho cuya protección reclama.

(iii) Requisito de la inmediatez. Por su naturaleza la acción de tutela debe ser interpuesta en

un término razonable desde el hecho vulnerador, que puede ser la acción u omisión de una autoridad pública, en este asunto de una autoridad judicial. En el caso examinado, transcurrieron cuatro (4) meses y doce (12) días entre la de la decisión cuestionada, esto es el 6 de febrero de 2015[147] y la interposición de la acción de tutela el 18 de junio de 2015[148]. Lapso razonable y prudencial a la ocurrencia de los hechos que se consideran violatorios de derechos fundamentales, por lo que este requisito se encuentra satisfecho[149].

(iv) La irregularidad alegada tiene incidencia directa y decisiva en el fallo que se cuestiona de ser violatorio de los derechos fundamentales. El escrito de tutela refiere directamente un error en la aplicación de la norma con base en la cual debía resolverse la solicitud de redención de pena, es decir, se plantea que el Tribunal demandado no debió aplicarle el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, sino el artículo 103A de la Ley 1709 de 2014, descripción que encaja en la caracterización del defecto sustantivo.

(vi) No se trata de sentencia de tutela. El presente amparo no se dirige contra un fallo de tutela, sino contra la providencia de 6 de febrero de 2015 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad, que había resuelto la solicitud de redención de pena elevada por el demandante.

6.3. Causal específica.

El señor Zúñiga Quinayas plantea que la autoridad judicial demandada incurrió en un defecto sustantivo o material, al no haber aplicado el artículo 103A de la ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 64 de la ley 1709 de 2014, que estableció la redención de pena como un derecho exigible ante los jueces correspondientes. Por el contrario, continuó aplicando la prohibición de que trata el artículo 199 del CIA, en virtud del cual no hay lugar a que los condenados por delitos sexuales contra menores accedan a beneficios o subrogados administrativos o judiciales.

En la providencia acusada, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán resolvió el recurso de apelación interpuesto por la agente del Ministerio Público contra el auto de 30 de diciembre de 2014, proferido por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, revocando la redención de pena reconocida al actor equivalente a 50.5 días por

estudio y conducta ejemplar.

La decisión en cuestión argumentó que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, dispone que tratándose de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes no procede “ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo”, que obedece a la protección especial que gozan los menores, en los términos del artículo 44 superior. Además, tal limitación no fue derogada por la Ley 1709 de 2014, que si bien introdujo algunas reformas, no modificó la política criminal encaminada a proteger a los menores.

En instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, encontró configurado el defecto sustantivo porque la autoridad judicial demandada negó la redención de pena con base en la Ley 1098 de 2006, sin aplicar la previsión del artículo 103A adicionado por la Ley 1709 de 2014, inobservando que las categorías previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia son “beneficios”, diferentes al “derecho exigible de obligatorio reconocimiento” que trajo la nueva normativa.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia concluyó que no existe contradicción entre las previsiones normativas cuya aplicación está en controversia, en razón a que no coinciden en el ámbito de validez material, ya que el Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código Penitenciario y Carcelario tienen objetos de regulación diferentes. Sin embargo, en caso de que existiera una incompatibilidad entre las normas, tampoco podría sostenerse que la primera disposición deba primar sobre la segunda, por cuanto la Ley 1098 de 2006 le otorga carácter preferente a algunas de las normas en ella contenidas, específicamente las que versan sobre los niños, las niñas y los adolescentes[150], excluyendo a aquellas que no sean abarcadas por el criterio de agrupación fijado.

Con base en lo anterior, concluye que como el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no versa sobre los niños, niñas y adolescentes, sino que contiene regulaciones para los adultos responsables de ciertos delitos contra menores y, por tanto, no se subsume dentro del criterio de agrupamiento señalado, de modo que mal podría otorgársele el carácter de norma preferente.

Finalmente, advierte que la redención de pena no colisiona con las garantías previstas para los menores y bajo esa lógica determina que el artículo 199 del Código de la Infancia y la

Adolescencia se enmarca dentro de la función de prevención general de la pena, cuyo propósito es disuadir a la comunidad en general de la comisión de delitos, reforzando la amenaza con la efectiva ejecución de la pena.

En el asunto sub examine se trata de la solicitud de tutela elevada por el señor Zúñiga Quinayas, quien habiendo acreditado una “conducta ejemplar” y cumplido con las horas de estudio exigidas, solicitó la redención de pena, la cual fue negada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, bajo el argumento de que está prohibida para los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales con víctimas menores de 14 años.

De acuerdo con lo expuesto en esta providencia es preciso señalar que el Estado colombiano adquirió compromisos internacionales en virtud de los cuales es su deber proteger a los niños, niñas y adolescentes por razón de su vulnerabilidad, lo cual se traduce en la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales, encaminadas a hacer efectivos sus derechos fundamentales. No obstante, tal escenario de salvaguardia encuentra límites en los postulados en que se funda el Estado social de derecho.

Lo anterior, no solo ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional bajo el entendido que ningún derecho es absoluto y que el ejercicio de libertad configurativa está limitado por el marco constitucional y los principios en que se funda el Estado, sino que así fue acogido por el legislador, cuando en la exposición de motivos al hoy Código de la Infancia y la Adolescencia advirtió expresamente que “[e]n aras de la prevalencia de los derechos de los niños se hace imperativo aumentar las penas de los delitos en los que haya una víctima menor de edad, así como negar los beneficios jurídicos establecidos en la ley penal, salvo los de orden constitucional, para quienes cometan delitos contra los niños y las niñas”. (se resalta).

Bajo esa lógica, la conclusión acorde con la Constitución es que en aplicación del principio pro infans hay lugar a que la política criminal del Estado esté dirigida a sancionar severamente los delitos contra menores y se establezcan restricciones de tipo judicial y administrativo para los condenados por estas conductas penales, siempre y cuando respete las garantías mínimas superiores del condenado en este caso.

En esa medida, es constitucionalmente válido que el legislador adopte tipos penales y

agravantes punitivos para aquellos vejámenes donde la víctima sea un niño, niña o adolescente, sin embargo, le está prohibido cercenar las garantías mínimas superiores de la dignidad humana, el debido proceso, la libertad, la igualdad, entre otros, prevalido de una aparente protección al menor. Esto porque la salvaguardia de un grupo diferenciado no puede constituirse en un instrumento de violación de aquellos que se encuentran en otra categoría igualmente amparada por el ordenamiento jurídico que se irradia desde la Carta Política.

La afirmación anterior tiene sentido si se analiza la política criminal y el andamiaje jurídico de protección a los infantes, ya que en el ordenamiento jurídico existen medidas encaminadas a protegerlos cuando son víctimas -v.g. las sanciones elevadas, las garantías que les asisten al interior de los procesos penales para evitar su revictimización, los mecanismos de restablecimiento de los derechos y las prohibiciones del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006-, a través de disposiciones normativas que cumplen no solo con el deber del Estado colombiano de consultar el interés superior del menor sino que se armonizan con los demás postulados superiores, relacionados con la dignidad humana de los individuos y la función resocializadora de la pena.

Sin embargo, lo mismo no puede predicarse de la aparente prohibición a la redención de pena prevista en el numeral 8º del artículo 199 del CIA, que está referida a los beneficios y subrogados administrativos y judiciales, y no a la institución del descuento de los días físicos de prisión por estudio, enseñanza, trabajo, deporte o actividades artísticas, dado que esta institución persigue un fin superior que es la resocialización[151].

Además, en la actualidad existe una disposición que expresamente reconoce la redención de pena sin algún tipo de exclusión, norma que de acuerdo con lo expuesto en la parte dogmática de esta providencia, guarda armonía con la Carta Política, en virtud de la cual, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto por la dignidad humana, que tiene como fin proteger a todos sus habitantes y mantener el orden social justo, por tal virtud, la política criminal debe encaminarse a repeler las conductas que atenten gravemente contra los bienes jurídicos protegidos a través del establecimiento de delitos y las consecuentes sanciones penales, pero además, tiene la obligación de garantizar la resocialización del infractor, la cual se concreta al momento de la ejecución de la sanción penal.

El derecho penal que subyace de la Constitución está fundado en la ponderación de los derechos del individuo sometido al ius puniendi del Estado y la eficacia de este en la protección de la sociedad y las víctimas, lo cual no necesariamente pasa por el establecimiento de penas irredimibles, puesto que de implementarlas se contravendrían los principios en que se funda el Estado colombiano y se arrasaría con cualquier asomo de reincorporación social del condenado. Por ello, es preciso advertir que la política criminal debe acudir a otros remedios dentro de la libertad de configuración legislativa, sin necesidad de implementar formas de segregación de los infractores de la ley penal que, sin prometerles impunidad, siempre deben ser tratados dignamente.

Así las cosas, debe reiterarse que la esperanza de reintegración social de la persona que comete un delito, después que purgue una condena necesaria, razonable y proporcionada, es una expresión de la dignidad humana, establecida como pilar sobre el que se funda el Estado social y democrático de derecho, la cual debe ser observada por el legislador al momento de diseñar la política criminal y aplicar el principio pro infans, así como por los demás poderes públicos al momento de ponerlas en práctica, específicamente en la etapa de ejecución de la sanción penal, dado que el tratamiento penitenciario tiene como fin recuperar al infractor para que una vez vuelva a la vida en libertad integre el conglomerado social.

La reinserción social constituye una expectativa individual para el penado y social para la comunidad, ya que en ambas dimensiones se espera la reparación del daño causado y que tanto la víctima como el infractor vuelvan a ser parte de la sociedad, siendo los únicos instrumentos terapéuticos de resocialización previstos en nuestro ordenamiento jurídico el trabajo, el estudio, la enseñanza, el deporte y las actividades artísticas, lo cual guarda armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo expuesto, a la luz de la nueva normativa que introdujo el “derecho a la redención” en el artículo 103A del Código Penitenciario y Carcelario, incorporado por el artículo 64 de la ley 1709 de 2014, implica que el condenado tiene una posición favorable para acceder a la rebaja de pena por trabajo, estudio, enseñanza, deportes o actividades artísticas, y por tanto, una vez se cumplan los requisitos exigidos para ella, no es facultativo sino obligatorio para el Estado reconocerla, ya que negarla a pesar de cumplir los presupuestos legales significaría desconocer que la finalidad constitucional de la sanción penal es la

resocialización del infractor, resaltando el único mecanismo para lograrla es a través del estudio, la enseñanza, el trabajo, el deporte y las actividades artísticas.

De acuerdo lo anterior, es indicativo de que en el asunto sub examine no se trata de la interpretación de dos normas legales que se contraponen, sino de la armonización de los postulados constitucionales en el marco de un Estado social de derecho y la lectura articulada de la política criminal y el principio pro infans, donde se reconoce el deber de proteger a todos los habitantes del Estado, de manera especial a los menores -en las dos dimensiones ya vistas-, pero al tiempo supone que las sanciones guarden consonancia con los postulados superiores y puntualmente el tratamiento penitenciario tenga como finalidad la resocialización del penado, a través del estudio o el trabajo, para que una vez vuelva a la vida en libertad no sea objeto de segregación y pueda asumir un nuevo comienzo.

En ese orden, aun cuando la Directora General del ICBF argumentó que el estudio o el trabajo tiene dos dimensiones, una resocializadora y la otra como mecanismo de redención de pena, lo cierto es que a la luz de las normas superiores y la expresa disposición normativa que la consagra, dichas actividades constituyen un solo cuerpo, es decir, de acuerdo con el diseño del Código Penitenciario y Carcelario, el único camino para redimir pena es el estudio, el trabajo, la enseñanza, el deporte y las artes, en las que por demás, se resocializa el individuo.

Es menester precisar que bajo el argumento de que aún los condenados por delitos contra menores tienen derecho a resocializarse a través de actividades que dan lugar a redimir pena, esta Corte no desconoce la protección del interés superior del menor, sino que concluye que tal determinación se encuentra materializada en los diferentes escenarios de la política criminal estatal, la cual no puede ser llevada al extremo del tratamiento penitenciario y el fin resocializador de la sanción penal, porque ello implicaría soslayar la dignidad humana del infractor, desconociendo los principios fundantes del Estado colombiano.

En consecuencia, esta Corporación reitera la obligación que le asiste a todas las ramas del poder público, la sociedad y la familia de adoptar medidas tendientes a materializar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siempre que persigan un fin que se atempere con el catálogo de garantías superiores y por tanto, hace un llamado al legislador para que

articule la política criminal del Estado y a través de los mecanismos constitucionalmente permitidos, continúe en el camino de proteger de manera real y efectiva a los menores, en aplicación del principio *pro infans*.

Así las cosas, no resulta acertado incluir la redención de pena dentro de las prohibiciones previstas en el Código de Infancia y Adolescencia, por cuanto no es un “beneficio” o “subrogado”, sino que es una expresión de la dignidad humana y es un instrumento por medio del cual el Estado ofrece al condenado la posibilidad de resocializarse, lo cual de ninguna manera supone una medida de desprotección a los menores, porque como se dijo en líneas atrás, esta se concreta a través de otros mecanismos presentes a lo largo de la intervención penal.

Con base en lo expuesto, la negativa a reconocer la redención de pena a una persona condenada por delitos contra menores de 14 años de edad, a pesar de que la ley lo estableció como un derecho para las personas privadas de la libertad y el demandante acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello, constituye una vulneración del principio de igualdad, en virtud del cual las personas tienen derecho a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades[153].

En ese contexto, es preciso insistir en que la posibilidad de redimir pena por estudio, enseñanza, trabajo, actividades deportivas y artísticas, y cualquier otro mecanismo de resocialización que llegare a establecerse en la política criminal estatal, debe guardar consonancia y armonía con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, es decir que el descuento de días de prisión física no puede transformar la condena en una medida inocua que desconozca los fines preventivo y retributivo de la intervención penal.

En conclusión, esta Corte afirma que los mecanismos de redención de pena previstos en el ordenamiento jurídico son aplicables a los condenados por delitos contra menores de edad. Sin embargo, advierte que al Estado colombiano le corresponde reevaluar el diseño y ejecución de la política criminal, específicamente en lo atinente al tratamiento penitenciario, a fin de implementar programas de resocialización distintos al estudio, el trabajo, la enseñanza, el deporte y las actividades artísticas, enfocados a lograr la readaptación del infractor penal según la conducta delictiva en que haya incurrido. Esto con

el fin de que la fase de la ejecución de la condena produzca resultados eficaces en la rehabilitación de internos según el tipo de delito y disminuya los niveles de reincidencia, para lograr la efectiva resocialización del individuo.[154]

Finalmente se precisa que el asunto sub examine no se opone al precedente jurisprudencial que existe sobre la potestad de configuración legislativa, la función de la sanción penal, la resocialización del penado y la protección a los menores víctimas de delitos, entre otros, a través de la prohibición de beneficios o subrogados, en tanto que la redención de pena es una institución diferente y tal como se encuentra regulada en la ley 65 de 1993, respeta las funciones preventiva y retributiva de la punición, porque aún con el descuento al que accede el demandante, la condena conserva la proporcionalidad que inicialmente le fue impuesta.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que la decisión proferida por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, que negó la redención de pena solicitada por el demandante, constituye un defecto sustantivo que según la jurisprudencia da lugar a dejar sin efectos la actuación, en tanto que vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y resocialización del actor.

Por lo expuesto, se confirmará la Sentencia de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de 2 de julio de 2015, que dejó sin efectos el auto de 6 de febrero de 2015 de la Sala Penal del Tribunal de Popayán por medio del cual se negó al señor Edward Zúñiga Quinayas la redención de pena consagrada en el artículo 103A del Código Penitenciario y Carcelario.

VI. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del dos (2) de julio de dos mil quince (2015), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que amparó los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, debido proceso y resocialización del señor

Edward Zúñiga Quinayas.

SEGUNDO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] “La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena, podrán controvertirse ante los jueces competentes.”

[2] “ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:(...) 8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.”

[3] Incorporada a folio 14 del cuaderno original del expediente.

[4] ARTICULO 494. REDENCION DE PENA POR TRABAJO, ESTUDIO Y ENSEÑANZA. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de la pena por trabajo, estudio y enseñanza de conformidad con lo previsto en el Código Penitenciario y

Carcelario.

[6] ARTICULO 97. REDENCION DE PENA POR ESTUDIO. Modificado por el art. 60, Ley 1709 de 2014. El Juez de Ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de la libertad. A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio. Se computará como un día de estudio la dedicación a esta actividad durante seis horas, así sea en días diferentes. Para esos efectos, no se podrán computar más de seis horas diarias de estudio.

[7] ARTICULO 101 CONDICIONES PARA LA REDENCION DE PENA. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder o negar la redención de la pena, deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la presente ley. En esta evaluación se considerará igualmente la conducta del interno. Cuando esta evaluación sea negativa, el juez de ejecución de penas se abstendrá de conceder dicha redención. La reglamentación determinará los períodos y formas de evaluación.

[8] Incorporada a folios 43 y 44 del cuaderno original del expediente.

[9] Incorporada a folios 25 a 31 del cuaderno original del expediente.

[10] El Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, trajo a colación sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 30 de mayo de 2013, Rad. 37668; 24 de septiembre de 2009, tutela No. 44329; y 17 de septiembre de 2008, Rad. 30299.

[11] Esta providencia es posterior a la decisión cuestionada y reitera lo dispuesto por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, en el auto de 6 de febrero de 2015.

[12] Incorporada a folios 38 a 40 del cuaderno original del expediente.

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias de 19 de abril de 2002, Rad. 7026 y de 28 de julio de 2004, Rad. 18654.

[14] La Corte Suprema de Justicia puntualmente sostuvo: “A diferencia de lo que disponía el artículo 18 del derogado Código del Menor (Decreto 2737 de 1989): “Las normas del

presente Código son de orden público y, por lo mismo, los principios en ellas consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes”.

[15] La Sala de Casación Penal en la decisión que se revisa, manifestó: “Nuestro Código Penal le asigna a la pena las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (Art. 4º.). Pero entre todas ellas debe primar la de reinserción social, porque el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada mediante la Ley 16 de 1972), que versa sobre el derecho a la integridad personal, reza: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. Debido a que el artículo 27 de la misma Convención dispone que el derecho a la integridad personal regulado por su artículo 5º no puede suspenderse ni siquiera en caso de guerra, peligro público u otra emergencia, aquella norma hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y prevalece en el orden interno (Art. 93 de la Constitución Política).”

[16] Señala la Corte Suprema de Justicia que: “Como lo ha dicho la Corte Constitucional, las actividades que dan lugar a redención de pena tienen incidencia decisiva en la resocialización de los condenados, al punto que, en su caso, integran el núcleo esencial del derecho a la libertad: “El elemento retributivo de la pena es atemperado al mantener viva la esperanza de alcanzar algún día la libertad. De no ser así, el castigo implícito en la pena de privación de la libertad se convertiría en un trato cruel, inhumano y degradante, expresamente prohibido por la Constitución” (CC. T-009/93).”

[17] La Corte Constitucional en sentencia C-149 de 2009, sostuvo lo siguiente: “El actual Código de la Infancia y la Adolescencia tiene por finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, haciendo prevalecer el reconocimiento a la igualdad y a la dignidad humana, sin discriminación alguna (art. 1º). A su vez, el objeto del mismo es fijar normas sustantivas y procesales para la protección Integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio y el restablecimiento de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, constituyendo dicha garantía y protección una obligación para la familia, la sociedad y el

Estado (art. 2°).” El propio ordenamiento establece que sus normas son de orden público, de carácter irrenunciable y preferente, las cuales a su vez deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, por la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenamientos que se entienden además integrados al citado código (arts. 5 y 6) (...).”

[18] Específicamente, tratándose del artículo 199 de la misma normativa, en sentencia C-738 de 2008 el Tribunal Constitucional señaló que: “el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 establece disposiciones en materia penal relativas a la aplicación del principio de oportunidad y a la concesión de beneficios penales a personas vinculadas a causas criminales. No obstante, por estar insertas en el Código de la Infancia, dichas disposiciones deben interpretarse de conformidad con los fines y objetivos trazados por el mismo Código: la protección de los derechos de los niños y adolescentes, la garantía de su pleno desarrollo y la preservación de las circunstancias propicias para su crecimiento”. Ello para concluir que: “el análisis que se haga de la constitucionalidad de la medida acusada debe partir de y dirigirse siempre hacia la garantía de protección de los derechos de los menores. En este contexto, las medidas dispuestas por las normas acusadas deben valorarse desde la perspectiva del marco de protección constitucional al menor y del carácter prevalente de sus derechos, es decir, de la preferencia jurídica que por disposición constitucional sus derechos tiene sobre los derechos de los demás.”

[19] Sentencia T-448 de 2014.

[20] Sentencias SU-054 de 2015, SU-770 de 2014, SU-918 de 2013, entre otras.

[21] Reiterado en la sentencia SU-769 de 2014.

[22] Sentencias T-792 de 2010, T-033 de 2010, T-743 de 2008, T-686 de 2007, T-657 de 2006, T-295 de 2005, T-043 de 2005, SU-159 de 2002, entre otras.

[23] Sentencia T-189 de 2005.

[24] Sentencia T-205 de 2004.

[25] Sentencia T-800 de 2006.

[26] Sentencia T-522 de 2001.

[27] Sentencia SU.159 de 2002.

[28] Sentencias T-051 de 2009 y T-1101 de 2005.

[29] Sentencias T-462 de 2003, T-001 de 1999 y T-765 de 1998.

[30] Sentencias T-066 de 2009 y T-079 de 1993.

[31] Sentencias T-462 de 2003, T-842 de 2001 y T-814 de 1999.

[32] Sentencia T-018 de 2008.

[33] Sentencia T-086 de 2007.

[34] Sentencia T-231 de 1994.

[35] Sentencia T-807 de 2004.

[36] Sentencias T-086 de 2007, T-1285 de 2005 y T-114 de 2002.

[37] Sentencias T-292 de 2006, T-1285 de 2005, T-462 de 2003 y S-.640 de 1998.

[38] En la sentencia T-808 de 2007, se expuso que “en cualquiera de estos casos debe estarse frente a un desconocimiento claro y ostensible de la normatividad aplicable al caso concreto, de manera que la desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial sea notoria y no tenga respaldo en el margen de autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a los jueces (Art. 230 C.P.). Debe recordarse además, que el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones más favorables para quien tutela, sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico”.

[39] Constitución, artículo 150.

[40] Cfr. Sentencias C-873 de 2003 y C-646 de 2001.

[41] Examinó la constitucionalidad de los artículos 1 a 110 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal).

[42] Sentencia C-936 de 2010.

[43] Sentencia C-936 de 2010

[44] Examinó la constitucionalidad del numeral 17 y el párrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”.

[46] Esta Corporación en la sentencia C-936 de 2010 sostuvo: “Esta concepción de los derechos de las víctimas, a partir de los estándares internacionales, encuentra igualmente respaldo en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2º CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art.1º CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que propugna por la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante en el derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229), del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias”.

[47] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incorporado en la legislación interna mediante Ley 74 de 1968), artículo 2º; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (incorporada mediante Ley 16 de 1972), artículos 1º, 2º, 8º y 25; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (incorporada

mediante Ley 70 de 1986); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (incorporada mediante Ley 406 de 1997); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (incorporada mediante Ley 707 de 2001); la Convención Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[48] En la sentencia C-095 de 2007 esta Corte sostuvo: “[L]as violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son mucho más graves e inaceptables que las ofensas causadas mediante otras formas de criminalidad, debido a la intensidad de la afectación de la dignidad humana que tales vulneraciones de derechos implican. Por ello el Estado colombiano se ha unido a la comunidad internacional en el empeño de sancionar esas conductas. La gravedad de estos comportamientos rebasa entonces el límite infranqueable de la dignidad humana, de manera que, por razones de proporcionalidad y de respeto a sus compromisos internacionales, no podría el legislador prescindir de la persecución penal en estos casos. En desarrollo de esos postulados, el alcance de los derechos de las víctimas de la criminalidad compleja de que se ocupa el derecho internacional, aplicables a las víctimas de los delitos en general, ha sido sistematizado así por la jurisprudencia:(...) b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal[48] , y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas”.

[49] Se analizó la constitucionalidad de los literales b) y d) del artículo 326 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4º de la Ley 1312 de 2009, relacionados con las

condiciones que debe observar el imputado o acusado durante el periodo de prueba para la aplicación del principio de oportunidad y la participación en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y sometimiento a tratamiento médico o psicológico

[50]“El deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esta Corporación ha indicado que “al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo penal, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional”.

En consecuencia, la Corte observa que la configuración de las normas penales hace parte del diseño de la política criminal que comporta una valoración ético-social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas que merecen reproche penal y las penas”.

[51] Artículos 114 y 150 superiores.

[52] Sentencia C-013 de 1997 y C-540 de 2012.

[53] Sentencias C-420 de 2002, C-148 de 2005, C-475 de 2005, C-1033 de 2006, C-365 de 2012 y C-334 de 2013.

[54] Cfr. Sentencias C-420 de 2002, C-936 de 2010, C-241 de 2012, C-365 de 2012, C-742 de 2012 y C-334 de 2013.

[55] “El principio de necesidad de la intervención penal relacionado con el carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio. La Corte ha sostenido que “el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica

de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”[55] Además, “en el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal.”

[56] “El deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos (bloque de constitucionalidad). La Corte ha señalado que “los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia”.

[57] FERNÁNDEZ, Juan. Tratado de Derecho Penal. Principios y Categorías Dogmáticas. Edit. Ibáñez, Bogotá, 2013. pp 381 y 382.

[58] Ibid.

[59]“Artículo 10 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.” (se destaca).

[60] Artículo 142. Objetivo. El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al

condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.

[61] ARTÍCULO 143. Tratamiento Penitenciario. El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible.

[62] En la sentencia C-580 de 1996, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo Artículo 100 (parcial) de la Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”. Y sostuvo: “La ejecución de las penas privativas de la libertad personal (prisión y arresto) se cumplen en establecimientos carcelarios, a los cuales se les confía la misión de poner en ejecución, como lo expresa el art. 10 de la ley 65 de 1993, mecanismos que tienen como finalidad “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. 2.2. Según nuestra legislación (arts. 79, 80, 81 y 83 ley 65 de 1993), el trabajo en los establecimientos de reclusión es, en principio, obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización, salvo las exenciones autorizadas por la ley. No tiene, en consecuencia, un carácter aflictivo ni es una forma de sanción disciplinaria. Las autoridades de dichos establecimientos tienen competencia para: planear y organizar el trabajo atendiendo a las aptitudes y capacidades de los internos y respetando el derecho a escoger el tipo o clase del mismo, según las opciones existentes; determinar los trabajos válidos para redimir la pena, crear fuentes de trabajo como industriales, agropecuarias o artesanales y para evaluar y certificar el trabajo de los internos, según los reglamentos y el sistema de control y asistencia y rendimiento de labores.”

[63] Cfr. Sentencias C-592 de 1998 y C-430 de 1996.

[64] Sentencia T-865 de 2012.

[65] Modificado por la Ley 1709 de 2014.

[66] Vigente para la época en que se adelantó el proceso penal en contra del demandante.

[67] Se estudió la constitucionalidad del “Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas” y de la Ley 250 de 1995 por medio de la cual fue aprobado.

[68] Estudió la constitucionalidad del “Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de Diciembre de 1989 y de la Ley 297 del 17 de julio de 1996 por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

[69] Estudió la constitucionalidad del artículo 64 (parcial) de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

[70] En la misma sentencia, la Corte señaló que a través de la (i) prevención general, desde el punto de vista intimidatorio con la amenaza para los delincuentes de que existe una pena (prevención general negativa), sino también desde el punto de vista de la pena como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva).

[71] Sentencia C-430 de 1996

[72] Sentencia C-144 de 1997

[73] Sentencia C-1404 de 2000

[74]“ARTICULO 250. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por

Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.” (Se resalta).

[75] Sentencia C-384 de 2014.

[76] En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 6 de junio de 2012, Exp. No. 35767, afirmó que en el nuevo escenario de la justicia restaurativa se busca recomponer “el tejido social que no logra componer la pena”. Y además sostuvo: “Este esquema justicialista implica una profunda redefinición del modelo tradicional surgido como consecuencia de haber hecho pública la venganza que hasta entonces era privada, en la cual se entendía que la ofendida con el delito era la comunidad toda, como consecuencia de la lesión a una norma o a un bien jurídico. En cambio, en la dimensión de justicia restaurativa, se recupera la posición del perjudicado en la reivindicación de su dolor y en la reparación de sus expectativas rotas y se desplaza – definitiva o parcialmente- al aparato represor del Estado, según el instituto que se active para su satisfacción. Porque la justicia restaurativa al incrementar el protagonismo de la víctima en la decisión del conflicto del que es parte, considera que es ella, una persona concreta, la que debe -o puede- asumir la agencia de su propia condición, en procura del restablecimiento, o la restauración, tanto de su perjuicio, como de las relaciones interpersonales, indiferentes para la retribución penal.”

[77] Sobre el alcance de la justicia restaurativa, la sentencia C-979 de 2005, expresó que: “la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la

reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica. 43. Desde una perspectiva psicológica se destaca que en este modelo, esa mirada al pasado orientada a escudriñar la culpa del ofensor, propia de los esquemas retributivos, es desplazada por una visión de futuro anclada en el propósito de búsqueda de mecanismos mediante los cuales se propicie que el ofensor se enfrente con sus propios actos y sus consecuencias, adquiera conciencia a cerca del daño que ocasionó, reconozca y asuma su responsabilidad e intente la reparación del agravio. En consecuencia, no es un enfoque basado en los merecimientos, sino en las necesidades emocionales, relacionales y reparatorias de las personas involucradas en el conflicto. El modelo de justicia restaurativa parte de la premisa de que el delito perjudica a las personas y las relaciones, y que el logro de la justicia demanda el mayor grado de subsanación posible del daño. Su enfoque es cooperativo en la medida que genera un espacio para que los sujetos involucrados en el conflicto, se reúnan, compartan sus sentimientos, y elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocos.”

[78] Al respecto, la Corte en sentencia C-565 de 93, sostuvo que “En el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político, según el art. 1º de la Constitución Nacional y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y los delitos que atenten contra estos bienes.”

[79] Ley 65 de 1993, Art.144: El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases: 1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno. 2. Alta seguridad que comprende el período cerrado. 3. Mediana seguridad que comprende el período semiabierto. 4. Mínima seguridad o período abierto. 5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional. Los programas de educación penitenciaria serán obligatorios en las tres primeras fases para todos los internos, sin que esto excluya el trabajo. La sección educativa del INPEC suministrará las pautas para estos programas, teniendo en cuenta que su contenido debe abarcar todas las disciplinas orientadas a la resocialización del interno. PARÁGRAFO. La ejecución del sistema progresivo se hará gradualmente, según las

disponibilidades del personal y de la infraestructura de los centros de reclusión.

[80] Cfr. Sentencia C-1510 de 2000.

[81] Derecho Penal Parte General Principios y Categorías Dogmáticas. Edit. Ibañez, Bogotá, 2013, ps. 414 y 415.

[82] Teoría del Delito en la Discusión Actual. Editora Jurídica Grijley. Lima 2007. p. 84 a 87.

[84] Acerca de la posibilidad de que el legislador a través del diseño de la política criminal estatal, esta Corporación en sentencia C-537 de 2008 concluyó que ante delitos graves que merecen un elevado reproche social, puede limitarse el acceso a beneficios y subrogados penales. Al respecto expresó: “La exclusión de beneficios y subrogados penales, en términos de la sentencia en comento, es una decisión del poder legislativo que busca hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que afecta, de forma grave, bienes jurídicos especialmente valiosos desde la perspectiva constitucional, como la vida, la dignidad humana, la seguridad personal y la integridad física. Bajo esta lógica, “sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional.” En este orden de ideas, la decisión en comento insiste en que “la eliminación de beneficios y subrogados penales responde al diseño de una política criminal que, interpretando la realidad del país, está direccionada a combatir las peores manifestaciones delictivas. Ciertamente, en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico una amplia gama de beneficios y subrogados penales, y los mismos resulten aplicables a todas las categorías de delitos en forma indiscriminada, la lucha que se promueva contra aquellos puede resultar infructuosa, pues la pena, que “constituye lo justo, es decir, lo que se merece”[84], pierde su efectividad y proporcionalidad cuantitativa frente al mayor daño que determinados comportamientos causan a la

comunidad. Por eso, resulta ajustado a la Constitución Política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal. || Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador a favor del imputado, no puede entonces contrariarse el sentido de la pena, que comporta la repuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia que consiste en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias.”

[85] De acuerdo con el Diccionario María Moliner, redimir significa “Hacerse perdonar un preso una pena o parte de ella por buen comportamiento, realizar trabajos, etc.”

[86] De acuerdo con el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

[87] Art. 5.

[88] Art. 13.

[89] Art. 12.

[90] Art. 11.

[91] Art. 14

[92] Art. 20

[93] Art. 15.

[94] Art. 16

[95] Art. 28

[96] Art. 42.

[97] Estudió la constitucionalidad del artículo 148 (parcial) del Decreto Extraordinario 2737 de 1989 (Código del Menor).

[98] Cfr. sentencias T-408 de 1995 y T-514 de 1998

[99] ARTÍCULO 48. Espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos. Los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos incluirán la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para transmitir mensajes de garantía y restablecimiento de derechos que para tal fin determine el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dirigidos a los niños, las niñas y los adolescentes y a sus familias. En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, 'Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales', cuando la víctima haya sido un menor de edad." (Aparte subrayado declarado inexecutable).

[100] Este principio se encuentra presente en los principales tratados internacionales relacionados con temas de infancia y familia y, en particular, en la "Convención sobre los Derechos del Niño" adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada al derecho interno colombiano mediante Ley 12 de 1991.

[101] Este mandato se encuentra contenido en el Código del Menor básicamente en los mismos términos en el artículo 20. Dice la norma: "Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor."

[102] Sentencia C-157 de 2002.

[103] Sentencia C-1064 de 2000.

[104] Artículo 93 de la Constitución Política.

[105] Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

[106] Aprobado mediante Ley 16 de 1972.

[107] Promulgado mediante Decreto 509 de 1996.

[108] Aprobada mediante Ley 146 de 1994.

[109] Aprobada mediante Ley 169 de 1994.

[110] Aprobada mediante Ley 248 de 1995.

[112] Aprobado mediante Ley 319 de 1996.

[113] Aprobada mediante Ley 449 de 1998.

[114] Aprobado mediante Ley 468 de 1998.

[115] Aprobado mediante Ley 765 de 2002.

[116] <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>

[117] Versión original en francés “Déclaration de Genève” “Préambule. Par la présente Déclaration des droits de l’enfant, dite déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l’humanité doit donner à l’enfant ce qu’elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance.”

[118] Tras la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas creó la UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, cuya función inicialmente consistía en ayudar a los jóvenes víctimas de la guerra, sin embargo, a partir de 1953 amplió su rango de acción a países en vía de desarrollo y creó programas para que los infantes tuvieran acceso a salud, educación, agua potable y alimentos.

http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html

En 1947 fue creado y a partir de 1953 se le concedió el estatus de organización internacional permanente.

[119] <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>

[120] La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia ha precisado en varias direcciones los alcances del artículo 19 de la Convención Americana y la Convención de los Derechos de los Niños, reiterando la protección especial de la que gozan los niños, niñas y adolescentes por razón de su vulnerabilidad, así como la obligación de los Estados de adoptar medidas de tipo administrativo, legislativo, judicial y en general todas aquellas que sean necesarias para asegurar la satisfacción de las garantías para ellos establecidas, v. g. en el caso de “Los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999; en el caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003; en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004; en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004; en el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006; en el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009; en el caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009; en el caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010; caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; caso Contreras y otros vs. El Salvador, sentencia de 31 de agosto de 2011; Caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; caso Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013; caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013; Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, sentencia de 19 de mayo de 2014; Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, sentencia de 27 de agosto de 2014; entre otros.

[121] Tomado de la exposición de motivos del proyecto de ley.

[122] Según la sentencia C-679 de 1998: “Los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) la condena de ejecución condicional y 2) la libertad condicional. Los subrogados penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido. Si aquellos no se cumplen, es evidente que el juez de ejecución

de penas y medidas de seguridad no puede conceder tales beneficios, pues su competencia está limitada por lo dispuesto en la ley.”

[123] Ley 906 de 2004. Artículo 314. Sustitución de la detención preventiva. Modificado por el art. 27, Ley 1142 de 2007. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos: 1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición. 2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia. 3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento. 4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital. 5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufra incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-151 de 2007 La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5. En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez. Parágrafo 1º. Adicionado por el art. 39, Ley 1474 de 2011

[124] Ley 906 de 2004, Artículo 461. Sustitución de la ejecución de la pena. el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al instituto nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.

[125] Código Penal. Art. 82. Extinción de la acción penal. son causales de extinción de la

acción penal: 1. <numeral condicionalmente exequible> La muerte del procesado. 2. El desistimiento. 3. La amnistía propia. 4. La prescripción. 5. La oblación. 6. El pago en los casos previstos en la ley. 7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley. 8. La retractación en los casos previstos en la ley. 9. Las demás que consagre la ley.

[126] Artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

[127] “3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.”

[128] “Artículo 233. Modificado por la Ley 1181 de 2007, artículo 1º. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.”

[129] Artículo 229. Reformado por la Ley 1142 de 2007, artículo 33. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de

sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión. Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

[130] Artículo 230A. Adicionado por la Ley 890 de 2004, artículo 7º. Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[131] Artículo 232. Adopción irregular. Al que promueva o realice la adopción del menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilizando prácticas irregulares lesivas para el menor, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando: 1. La conducta se realice con ánimo de lucro. 2. El copartícipe se aproveche de su investidura oficial o de su profesión para realizarla, caso en el cual se le impondrá, además, como pena, la pérdida del empleo o cargo público.

[132] Artículo 127. Abandono. El que abandone a un menor de doce (12) años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. (Nota: La expresión resaltada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-468 de 2009.). Si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte. (Nota: El aparte señalado en negrilla fue declarado executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-034 del 25 de enero de 2005.). Artículo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

[133] Artículo 217. Modificado por la Ley 1236 de 2008, artículo 11. Estímulo a la Prostitución de Menores. El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

[134] Artículo 218. Modificado por la Ley 1336 de 2009, artículo 24. Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

[135] Artículo 219. Modificado por la Ley 1336 de 2009, artículo 23. Turismo sexual. El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de doce (12) años.

[136] Artículo 219A. Modificado por la Ley 1329 de 2009, artículo 4º. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años.

[137] Artículo 219B. Omisión de denuncia. El que, por razón de su oficio, cargo, o

actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo.

[138] Que adicionaron un párrafo al artículo 275 y el artículo 206A de la Ley 906 de 2004, respectivamente.

[139] Sentencia C-061 de 2008, que declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), que permitía la publicación de nombres completos y foto reciente de las personas condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV de la Ley 599 de 2000 (“Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”), cuando la víctima fuere un menor de edad.

[140] Cfr., entre muchas otras decisiones, la sentencia T-078 de febrero 11 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, mediante la cual se ampararon los derechos al debido proceso y el interés superior de una niña (3 años al momento de los hechos denunciados), presuntamente víctima de actos sexuales abusivos efectuados por su padre, contra quien la Fiscalía se abstuvo de formular resolución de acusación al descartar las valoraciones físicas y psicológicas efectuadas por galenos forenses.

[141] Al respecto, pueden verse las sentencias En sentencia C-061 de 2008 esta Corporación declaró inexecutable C-073 de 2010 esta Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006[141]

[142] Declaró exequibles los artículos 1º y 2º (aportes destacados en negrilla) de la Ley 1652 de 2013 ARTÍCULO 1º. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo. También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código. ARTÍCULO 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de

delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1º del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: d) (sic) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. e) (sic) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito. f) (sic) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este Código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado. PARÁGRAFO 1º. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. PARÁGRAFO 2º Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional

podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente. ARTÍCULO 3º. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

[143] Entre otros, el Tribunal Constitucional Español en varios pronunciamientos ha recalcado el trato preferente y cuidadoso que debe brindarse a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, como se indicará con mayor profundidad más adelante.

[144] Cfr. Sentencias T-117 de 2013, T-078 de 2010 y T-593 de 2009.

[145] Sentencia T-593 de 2009, ya referida, entre otras.

[147] Según consta en la diligencia de notificación, incorporada a folio 51 del expediente.

[148] Según consta en el Acta Individual de Reparto, visible a folio 15 del expediente.

[149] Sentencia SU-198 de 2013.

[150] La Corte Suprema de Justicia, sostuvo: “A diferencia de lo que disponía el artículo 18 del derogado Código del Menor (Decreto 2737 de 1989): “Las normas del presente Código son de orden público y, por lo mismo, los principios en ellas consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes”.

[151] En ese sentido debe destacarse que desde su consagración en las leyes 65 de 1993, 600 de 2000 y 904 de 2006, la institución de la redención de pena ha existido como único mecanismo de resocialización.

[152] Constitución, artículo 2.

[153] Constitución, “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las

condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

[154] El programa Sexual Aggression Control, SAC aplicado inicialmente en Cataluña, es un ejemplo de funcionalidad y eficacia de los tratamientos con delincuentes sexuales. Consiste en que a partir de asistencia terapéutica y psicoeducativa se fortalece el autocontrol y las actitudes hacia las víctimas, generando conciencia emocional, habilidades sociales y asertividad, desarrollo de valores y prevención de recaídas. En la última fase del tratamiento se realiza un seguimiento del comportamiento del individuo en el exterior de la cárcel por medio de salidas programadas y permisos ordinarios.

Las primeras investigaciones sobre la eficacia del programa SAC fueron realizadas por entre los años 2005 y 2006, obteniendo una muestra de sujetos que, habiendo realizado el programa en prisión, llevaban el tiempo suficiente en libertad para medir los efectos de éste. Los resultados a los que llegó son: de 346 sujetos que cumplieron condena en el CP Briens entre 1991 y 2002, se eligieron 49 hombres en el grupo de tratado y 74 en el grupo control. Tras un seguimiento de casi 4 años, de los 49 sujetos del grupo tratamiento, solo 2 individuos reincidieron con crímenes sexuales, lo que supone un 4.1%. Del grupo control fueron 13 sujetos los que reincidieron en delitos sexuales, es decir, el 18.2%. La conclusión a la que se llegó es que la efectividad del programa es de un 14.1% en la reducción de la reincidencia.

En Canadá también se desarrolló el programa Circles of Support and Accountability, COSA, que consiste en formar una red comunitaria en forma de círculos alrededor de un delincuente sexual al final de su condena. Esto con el propósito de lograr su reinserción en la comunidad.

El programa COSA se ha implementado con éxito en el Reino Unido desde el 2002 y se denominó Circles UK, en el 2009 se implementó en Holanda como Circles NL y en 2011 se introdujo en Bélgica. Además, se estableció el programa en la Unión Europea para llegar a Bulgaria, Letonia, Irlanda, Francia, Hungría y España (Cataluña).

Lo anterior puede consultarse en:

<http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/79.pdf>

http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/64123/1/TFG_Criminologia_Ortiz_Monfort.pdf

file:///D:/Users/NathalieJM/Downloads/Dialnet-

SirveElTratamientoParaRehabilitarALosDelincuentesS-2477656.pdf