

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE TUTELAS

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

STP8442-2015

Radicación N° 80488

Aprobado acta N° 227

Bogotá, D. C., dos (2) de julio de dos mil quince (2015).

VISTOS

La Sala decide, en primera instancia, la solicitud de tutela formulada por el señor **EDWARD ZÚÑIGA QUINAYAS** respecto del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE POPAYÁN y el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN –Sala de Decisión Penal– por la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso y a la resocialización.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El señor EDWARD ZÚÑIGA QUINAYAS informa que le fue impuesta la pena de 8 años de prisión como responsable del delito de acceso carnal abusivo en grado de tentativa y la está descontando en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario "San Isidro" de Popayán, bajo la vigilancia del Juzgado Primero del Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad, despacho que con el auto interlocutorio No. 1757 del 30 de diciembre de 2014 le reconoció redención de 1 mes y 20.5 días.

Debido a que la agencia del Ministerio Público apeló la providencia antes mencionada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Sala de Decisión Penal – la revocó el 6 de febrero de 2015, acude a la acción de tutela por considerar que con la negativa a reconocerle redención de la pena que, según el artículo 103 A del Código Penitenciario y Carcelario, es un derecho y no un beneficio, se le cierran las puertas a su resocialización y se desconocen el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, pues en los demás distritos judiciales sí se permiten esos descuentos punitivos.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

1. Con auto del 22 de junio del año en curso se admitió la demanda y se ordenó su traslado a las

autoridades judiciales accionadas, así como también la notificación a todas las partes e intervinientes dentro del proceso penal, integrándose en debida forma el contradictorio.

2. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán acompañó copia de la providencia dictada el 6 de febrero de 2015; se remitió a los fundamentos de la misma, que consideró *“suficientemente motivada y razonada con los referentes Constitucionales, legales y jurisprudenciales, en congruencia con el principio de legalidad, en una interpretación sistemática”* y acotó que con ella *“no se conculcó o avasalló derecho fundamental alguno”*.

3. El señor Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán acompañó copias de las piezas procesales pertinentes y expresó que si bien era del criterio que incluir la redención de pena dentro de las prohibiciones del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia con posterioridad a la vigencia de la Ley 1709 de 2014 quebrantaba los principios de favorabilidad, *pro homine* y *pro libertatis*, debió ajustar sus decisiones a los lineamientos de su superior. Si bien consideró que, en consecuencia, su despacho no vulneró derecho alguno al accionante, expuso que *“estaremos prestos a cumplir lo que se nos ordene”*.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La Sala es competente para conocer, de conformidad con el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, por ser superior funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional y se encuentra sujeta al cumplimiento de exigentes condiciones de orden general y especial. En virtud de las primeras es necesario: (i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.

Aun superados los anteriores condicionamientos, la concesión del amparo se encuentra supeditada a que aparezca probada la ocurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad, a saber: defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (CC C-590/05 y T-488/14, entre otras).

En el presente evento las condiciones genéricas de procedibilidad se encuentran satisfechas, porque: (i) si bien la redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza es de consagración legal, tiene inescindible vinculación con el derecho constitucional fundamental a la libertad, como repetidamente lo ha evidenciado la Corte Constitucional; además, también se encuentra concernido el derecho fundamental al debido proceso, una de cuyas garantías es la aplicación de la ley penal más favorable; (ii) la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán que es objeto de cuestionamiento no es susceptible de recurso alguno; (iii) el lapso transcurrido entre el pronunciamiento de esa providencia judicial y la interposición de la acción de tutela es razonable; además, la situación que motiva la solicitud de amparo se actualizó el 24 de marzo de 2015, cuando el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán profirió nuevo auto negando otra solicitud de redención de pena, aunque contra el último interlocutorio no se hizo uso de los recursos procedentes; (iv) los hechos generadores de la conculcación alegada han sido debidamente identificados por el actor, así como los derechos fundamentales que considera vulnerados; y, (v) la decisión controvertida no es un fallo de tutela.

Analizada la situación de cara a las condiciones específicas de procedibilidad, la Sala encuentra adecuación a un defecto material o sustantivo, que se presenta:

(...) cuando la providencia judicial incurre en un yerro trascendente, cuyo origen se encuentra en el proceso de interpretación y de aplicación de las normas jurídicas. No se trata, pues, de un yerro cualquiera, sino que es menester que sea de tal entidad que pueda obstaculizar o lesionar la efectividad de los derechos fundamentales.

En la práctica judicial, este tribunal ha encontrado cuatro hipótesis en las cuales se configura el defecto sustantivo, a saber: (i) cuando la norma aplicable es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el juez; (ii) cuando la decisión se apoya en una norma claramente inaplicable, sea por haber sido derogada, sea por haber sido declarada inexecutable, sea porque resulta claramente inconstitucional y el juez no dejó de aplicarla en ejercicio del control de constitucionalidad difuso, por medio de la excepción de inconstitucionalidad, o sea por no adecuarse a los supuestos de hecho del caso; (iii) cuando la providencia judicial desconoce sentencias con efecto erga omnes; y (iv) cuando la aplicación de la norma jurídica, derivada interpretativamente de una disposición normativa, es inaceptable por ser producto de una hermenéutica abiertamente errónea o irrazonable. (CC. SU-770/14).

Para concluir si en el presente caso se estructuró o no un defecto material o sustantivo se partirá de la reconstrucción de la controversia que debió definir el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y del razonamiento de dicha Corporación:

El 30 de diciembre de 2014, mediante el auto interlocutorio No. 1757, el Juzgado 1° de Ejecución de

Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, sin más consideraciones que las relativas a las equivalencias previstas por la ley, reconoció al señor EDWARD ZÚÑIGA QUINAYAS, condenado dentro del proceso No. 2011-02394, redención de pena por estudio en cantidad de 1 mes y 20.5 días.

La señora agente del Ministerio Público, Procuradora 224 Judicial I Penal de Popayán, interpuso el recurso ordinario de apelación alegando que la Ley 1709 de 2014 no suprimió las restricciones impuestas por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia y, por tanto, en razón del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la redención de pena debía ser negada.

Así la situación, el Tribunal se planteó como problema jurídico a resolver si era viable reconocer redención de pena a EDWARD ZÚÑIGA QUINAYAS, condenado por acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Su respuesta fue que el a quo no debió reconocer la redención de pena, porque tratándose de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de niños, niñas y adolescentes no es posible legalmente aceptarla, frente a los clarísimos términos del artículo 199-8 de la Ley 1098 de 2006, que transcribió:

Art. 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 ésta sea efectiva.*

A continuación, el Tribunal señaló que el propósito de la exclusión es la protección prevalente de los derechos de los niños, según lo dicta el artículo 44 de la Constitución Política.

Agregó que esa Sala tiene suficientemente despejado que la Ley 1709 de 2014 ninguna modificación expresa hizo al Código de la Infancia y la Adolescencia y tampoco es aceptable que se diga que la Ley 1709 derogó tácitamente la Ley 1098.

Para el Tribunal la protección a los niños, niñas y adolescentes hace improcedente la redención, aserto que respaldó con la cita de jurisprudencia.

A su juicio, lo acertado es *“inaplicar el beneficio administrativo en mención”* a casos previstos por el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, sin que ello signifique que el trabajo en el centro carcelario se interrumpa, *“así no se estime como redención”*.

En criterio de esa Corporación con la adición del artículo 103 A al Código Penitenciario y Carcelario por la Ley 1709 de 2014 “*no se entrevé modificación a la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia, en su artículo 199.8*”. (Negrilla del original).

Entonces, como la disposición últimamente citada excluye subrogados y beneficios, “*no es viable la redención de pena por prohibición expresa de la Ley 1098 de 2006, que para esta Colegiatura sigue vigente y se aplica por superioridad a cualquier otra que le sea contraria, en razón a la prevalencia de los derechos de los niños sobre cualquier otro*”.

Siendo esta la motivación de la decisión judicial que se cuestiona por medio de la acción de tutela, para esta Sala es claro que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Sala de Decisión Penal – en realidad no tuvo en cuenta como norma aplicable el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó al Código Penitenciario y Carcelario el artículo 103 A, con el siguiente contenido, que no mencionó, transcribió ni analizó:

Art. 103 A. 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.*

Para ver la incidencia que tiene la disposición que antecede en el caso que correspondió resolver al Tribunal Superior de Popayán es conveniente tener en cuenta cuáles son las categorías con las que trabaja el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, dejando muy en claro que no se riñe con el contenido de esa disposición; no se discute que es el resultado del legítimo ejercicio de la libertad de configuración del legislador; ni tampoco se controvierte cuál es su finalidad protectora.

Desde su propio título, el precepto hace referencia a **“mecanismos sustitutivos”** y **“beneficios”**. A partir del numeral 4° se ocupa de personas condenadas por los delitos enumerados en su inciso primero y en cada uno de esos ítems se refiere a: (4) subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal; (5) subrogado penal de libertad condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal; (6) beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004; (7) rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado; (8) cualquier otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración eficaz consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.

Como se aprecia, no se refiere expresamente, es decir, con nombre propio, a la redención de pena. El numeral 8°

alude a cualquier “*otro beneficio o subrogado judicial o administrativo*”, para comprender los que no fueron mencionados expresamente en los numerales anteriores, así como los que llegaren a instituirse con posterioridad.

Como es palmario desde la propia lectura del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, el Código de la Infancia y la Adolescencia no se ocupa de instituir los subrogados, mecanismos sustitutivos o beneficios judiciales o administrativos aplicables a los adultos responsables de delitos, ni sus requisitos. De esa materia se encargan el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Penitenciario y Carcelario. De ahí la constante remisión normativa que se observa en el precepto examinado, a la hora de disponer su exclusión.

Subrogar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Por tanto, subrogado es equivalente a sustituto o mecanismo sustitutivo.

En el ordenamiento jurídico vigente están contemplados como subrogados o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad: la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 63 Código Penal), la libertad condicional (Art. 64 Código Penal), la prisión domiciliaria (en sus distintas modalidades: Arts. 38 B y 38 G del Código Penal) y la sustitución de la ejecución

de la pena contemplada por el artículo 461 de la Ley 906 de 2004. En virtud de los dos primeros la privación de la libertad (sea en establecimiento penitenciario o en el domicilio) se sustituye por un período de prueba, al cabo del cual, si se cumplen todas las obligaciones impuestas, se declara la extinción de la sanción o, en caso contrario, se ejecuta la misma, en lo que fue motivo de suspensión. Los restantes comportan el cambio del lugar de reclusión (de la cárcel al domicilio o a un hospital), manteniendo la restricción de la libertad.

El artículo 146 del Código Penitenciario y Carcelario prevé varios beneficios administrativos, que son regulados por los artículos siguientes, con la característica que se trata de **facultades** otorgadas a la autoridad penitenciaria, para que sea ejercidas –sin que ello implique arbitrariedad– previa aprobación del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, por suponer cambios en las condiciones de ejecución de la pena (no en su duración). Así, todas esas disposiciones se caracterizan por el uso del verbo **“podrá”**, que es indicativo de una **potestad o facultad**. Véase:

*Art. 147. Permiso hasta de setenta y dos horas. La Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario **podrá** conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto [...]*

*Art. 147 A. Permiso de salida. El Director Regional del INPEC **podrá** conceder permisos de salida sin vigilancia durante quince (15) días continuos [...]*

*Art. 147 B. Con el fin de afianzar la unidad familiar y procurar la readaptación social, el Director Regional del INPEC **podrá** conceder permisos de salida por los fines de semana, [...]*

*Art. 148. Libertad preparatoria. (...) se le **podrá** conceder la libertad preparatoria [...]* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Un tratamiento similar tuvo la libertad condicional bajo la Ley 890 de 2004, pues mientras en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 se dispuso que la misma se **“concederá”**, con la reforma introducida por el artículo 5° de la Ley 890 se previó que *“El juez **podrá** conceder la libertad condicional (...).”* (Se subraya y destaca). Precisamente, ello llevó a la Corte Constitucional a sostener, en ese momento, que: *“(...) es notorio que la concesión del subrogado penal **es facultativa y no obligatoria**”* (CC. C-194/05. Negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo mismo puede decirse del beneficio judicial por colaboración eficaz, el cual **“podrá”** ser acordado por el Fiscal General de la Nación o su delegado (Art. 413 de la Ley 600 de 2000).

Lo expuesto hasta aquí para poner de presente la importancia de la regulación de cada instituto desde el punto de vista de lo que un reconocido tratadista denomina calificaciones deónticas elementales, a propósito de lo cual enseña:

“Desde el punto de vista del permiso: se llama obligatorio a un comportamiento cuya omisión no está permitida; se llama prohibido a un comportamiento cuya realización no está permitida; y se denomina facultativo a un comportamiento cuya omisión está permitida”. (GUASTINI, Riccardo. DISTINGUIENDO. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa Editorial. Barcelona, 2011. Pág. 118).

Ahora bien, la redención de pena había sido considerada como un beneficio administrativo (CSJ. SCP. Sala de Decisión de Tutelas. Rad. No. 61.489. 10 de julio de 2012). Sin embargo, el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014 (que adiciona al Código Penitenciario y Carcelario el artículo 103 A) la define como un **“derecho”**.

Según enseña el tratadista citado previamente:

“Típicamente, un derecho subjetivo no es otra cosa que una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se impone un deber (una obligación) correlativo. Tener un derecho subjetivo ante cierto sujeto significa poder pretender de ese sujeto un comportamiento dado; y éste es el ‘contenido’ del derecho subjetivo. El contenido de un derecho, en suma, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto.

Los derechos son, entonces, atributos que corresponden a sujetos, y en particular a sujetos humanos”. (GUASTINI, Riccardo. DISTINGUIENDO. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa Editorial. Barcelona, 2011. Pág. 180).

Y ciertamente las características o propiedades señaladas se dan en la actual regulación de la redención de pena, porque el artículo 103 A del Código Penitenciario y Carcelario expresamente la define como un **“derecho”** y establece que es **“exigible”**, en lo que es un claro caso de interpretación auténtica (Art. 25 del Código Civil). Por otra parte, el artículo 102 del Código Penitenciario y Carcelario dispone que la rebaja por redención es de **“obligatorio reconocimiento por la autoridad respectiva”**. Y para rematar, como se trata de un derecho, en dicha codificación se emplea la privación del mismo como sanción:

Art. 123 (Modificado por Art. 78 Ley 1709/14). Sanciones.

[...]

Para las faltas graves, se aplicarán gradualmente atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad de la sanción y los daños ocasionados con la comisión de la falta, una de las siguientes sanciones:

1. [...]
2. Pérdida del derecho de redención de la pena de sesenta (60) a ciento veinte (120) días. (Se subraya).

Entonces, lo que cabe concluir en este punto es 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.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Penal, 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.

Es cierto que el Tribunal acudió a la cita de abundante jurisprudencia, pero con excepción de la sentencia de tutela originaria de esta Corte, con radicado No. 75042, que versa sobre libertad condicional y no sobre redención de pena, todos los pronunciamientos aludidos son anteriores a la Ley 1709 de 2014, cuando el contexto normativo era diferente.

Adicionalmente, como el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia 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*, es decir, cambiando lo que haya que cambiar) como el fijado por el artículo 295 de la Ley 906 de 2004: *“Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”*.

Y es que de emplearse una interpretación extensiva podría llegarse al extremo de excluir también la aplicabilidad del instituto de la acumulación jurídica de penas, que ha sido definido por la jurisprudencia como un derecho que genera beneficio al condenado (CSJ. SCP. 19-04-2002, Rad. 7026 y 28-07-2004, Rad. 18654).

Ahora, en el caso sub examine tampoco estaban dadas las condiciones para que se presentara un conflicto entre el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014 que implicara que una de esas normas debiera ceder ante la otra. Para demostrarlo, viene al caso traer a cita el concepto de antinomia y sus requisitos:

(...) dos normas de derecho de un mismo sistema se oponen contradictoriamente si, y solo si, teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta. (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México, 1994. Pág. 215).

(...) podemos volver a definir la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez. (BOBBIO, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial Temis. Bogotá, 2013. Pág. 192).

El autor últimamente citado aclara que no constituyen antinomia dos normas que no coincidan en los cuatro ámbitos de validez: temporal, espacial, personal y material.

En el caso en examen no existe coincidencia en el ámbito de validez material, pues, como ya tuvo ocasión de anotarse, 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.

En consecuencia, no existía razón válida para inaplicar el instituto de la redención de pena en el caso del señor EDWARD ZÚÑIGA QUINAYAS, por el hecho de haber sido declarado responsable de uno de los delitos mencionados por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, como, sin embargo, expresamente lo decidió el Tribunal.

Por otra parte, aunque existiesen razones que pudieran llevar a pensar en una incompatibilidad entre el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 103 A del Código Penitenciario y Carcelario, tampoco puede sostenerse que la primera disposición deba primar sobre la segunda. Véase:

Ciertamente el artículo 5° de la Ley 1098 de 2006 establece que: “Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes contenidas en este Código, 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”. (Se subraya). Pero debe advertirse que ese carácter preferente no se lo otorga a todas las normas del Código sino sólo a una parte de ellas: las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes. Ello, a diferencia de lo que disponía el artículo 18 del derogado Código del Menor (Decreto 2737 de 1989): “Las normas del presente Código [es decir, todas] 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". (Se subraya).

Cuando determinado atributo se asigna únicamente a una parte de las normas contenidas en un Código, simultáneamente se excluye del mismo a las disposiciones que no sean abarcadas por el criterio de agrupación fijado. En el caso del Código de la Infancia y la Adolescencia: que sean normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes.

Y ciertamente el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no se subsume dentro de ese criterio de agrupamiento, porque no versa sobre los niños, las niñas y los adolescentes, ya que se aplica a adultos; contiene regulaciones para los adultos que sean responsables de ciertos delitos contra menores.

Bien puede aducirse que el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia sí se refiere a los niños, niñas y adolescentes, aunque indirectamente, como víctimas de ciertos delitos cometidos por los adultos. Por tanto, debe contra argumentarse que esa es característica común a todas las normas del código en mención, pues de lo contrario no estarían incluidas en ese cuerpo normativo (principio de unidad de materia). Sin embargo, el propio Código de la Infancia y la Adolescencia (artículo 5º) no hizo extensiva la prevalencia anotada a todas sus normas, sino sólo a algunas de ellas. Así, por ejemplo, es indudable que

de esa preeminencia gozan todas las normas del capítulo sobre derechos y libertades de los menores, pero no así las que se refieren a las calidades que debe tener el defensor de familia o a sus funciones, aunque sean del mayor interés para el bienestar y protección de los menores.

Por otra parte, el solo hecho de que entrara en vigor una nueva norma que define la redención de pena como derecho y no contempla excepciones a su reconocimiento debía llevar a cuestionarse sobre la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal que – como ya está decantado – no opera solamente frente a un tránsito legislativo, sino también en relación con regulaciones coexistentes.

Mirando el asunto desde la óptica de la prevalencia atribuida por el artículo 44 de la Constitución Política a los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, argumento invocado por el Tribunal, debe hacerse la reflexión que sigue.

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 5° 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).

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).

Pues bien, en reciente pronunciamiento, por medio del cual la Corte Constitucional declaró la existencia de un nuevo estado de cosas inconstitucional en las prisiones del país expuso:

Los niños, las niñas y sus familias, no tienen derecho a que sometan a tratos crueles, inhumanos y degradantes a las

personas que puedan abusar de ellos o ellas. Su principal y primordial derecho es que las personas no abusen de ellos y ellas. Un estado social y democrático de derecho no confiere al Estado o a las víctimas el derecho a que se someta a tratos crueles, inhumanos y degradantes a las personas que delinquen. Confiere, ante todo, el derecho a que tal situación no ocurra. Ese es el cometido básico de un Estado comprometido a garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales. La necesidad de un Sistema criminal y un Sistema penitenciario y carcelario de grandes magnitudes es, en tal medida, la prueba del fracaso del Estado en este cometido básico de sus funciones. Los familiares de las personas asesinadas por riñas callejeras, por robos de celulares o por violaciones se ven pobremente resarcidas cuando lo que se protege efectivamente es su derecho a que se persiga y condene efectivamente a las personas que cometieron el crimen del cual se trate. Ni el dinero que se pague, ni los años en prisión de la persona, que en muchos casos carga con una historia de exclusión y violencia social, pueden restaurar la pérdida de la vida o de la integridad que se fue violentada. La ausencia de la violación es lo que demandan las personas y es a lo que se tiene derecho. Que, para empezar, la vida, la integridad o cualquier otro derecho no sea objeto de acciones criminales. El principal derecho de las personas, como se dijo, no es reclamar plena protección a sus derechos, en caso de llegar a ser víctimas de un delito, su principal derecho es no ser víctimas. En tal medida, las políticas criminales de un estado social y democrático de derecho deben ser preventivas antes que punitivas. Es lo que la Comisión Asesora de Política Criminal ha denominado 'la prevención en serio'. (CC. T-388/13).

Desde este punto de vista, no hay un derecho de los niños, niñas y adolescentes que colisione con la posibilidad

que tienen los reclusos de alcanzar la resocialización mediante el desarrollo de actividades que, además, les generen redención de la pena que purgan.

En consecuencia, la misión que cumple el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia se enmarca dentro de la función de prevención general de la pena, que apunta a disuadir a la comunidad en general de la comisión de delitos, reforzando la amenaza con la efectiva ejecución de la pena.

Resumiendo, 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. Sin embargo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Sala Penal – al resolver la alzada interpuesta por la agencia del Ministerio Público en el proceso seguido al señor EDWARD ZÚÑIGA QUINAYAS elaboró como soporte de su decisión una argumentación dirigida a ignorar ese cambio legislativo y a mantener el tratamiento del asunto en los términos anteriores a la reforma. Con ese proceder dejó de aplicar una de las normas llamadas a regir el caso y conculcó, en particular, los derechos constitucionales fundamentales a la

libertad (Art. 28 de la C.P.) y al debido proceso del condenado (Art. 29 ibídem), que reclama decisiones que consulten la legalidad y realicen la justicia (Preámbulo y Arts. 2º y 228 de la C. P.; Arts. 5, 6 y 27 de la Ley 906 de 2004). Por tanto, incurrió en defecto sustantivo o material, que hace imprescindible la concesión del amparo solicitado.

En ese orden de ideas, la Sala concederá la tutela solicitada, dejará sin valor la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Sala de Decisión Penal – de fecha 6 de febrero de 2015 y ordenará a dicha Colegiatura y Sala que dentro de un término de quince (15) días solicite la actuación procesal y profiera nuevo auto interlocutorio por medio del cual desate, en los términos indicados en este proveído, la apelación interpuesta por la agencia del Ministerio Público contra la decisión del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán el 30 de diciembre de 2014.

El auto interlocutorio No. 507 del 24 de marzo de 2015, expedido por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán no será objeto de tutela, ya que contra el mismo no se agotaron los recursos ordinarios. No obstante, como no tiene ejecutoria material sino formal, el sentenciado podrá insistir frente a tal pretensión.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

1. **CONCEDER** la tutela solicitada por el señor EDWARD ZÚÑIGA QUINAYAS para los derechos constitucionales fundamentales a la libertad y al debido proceso. En consecuencia, dispone: **DEJAR SIN VALOR** la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Sala de Decisión Penal – de fecha 6 de febrero de 2015 y **ORDENAR** a dicha Colegiatura y Sala que dentro de un término de quince (15) días solicite la actuación procesal y profiera nuevo auto interlocutorio por medio del cual desate, en los términos indicados en este proveído, la apelación interpuesta por la agencia del Ministerio Público contra la decisión del Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán el 30 de diciembre de 2014.

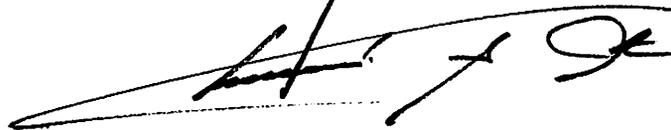
2. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria