



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 62

Bogotá, D. C., miércoles, 8 de febrero de 2017

EDICIÓN DE 15 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO  
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO  
www.secretariassenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO  
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA  
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### NOTAS ACLARATORIAS

#### NOTA ACLARATORIA

Por medio de la presente me permito aclarar que en Sesión Plenaria del día 2 de febrero de 2017 fue sometido a discusión y aprobación la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley Orgánica número 004 de 2016 Cámara, 002 de 2016 Senado, *por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la Ley 5ª de 1992.*


Por error de transcripción en el texto definitivo publicado en la *Gaceta del Congreso* número 37 de 2017 quedó:

**“TEXTO DEFINITIVO SESIÓN EXTRAORDINARIA PLENARIA CÁMARA AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 004 DE 2016 CÁMARA, 002 DE 2016 SENADO, por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la Ley 5ª de 1992”.**

Y lo correcto es:

**“TEXTO DEFINITIVO SESIÓN EXTRAORDINARIA PLENARIA CÁMARA AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA NÚMERO 004 DE 2016 CÁMARA, 002 DE 2016 SENADO, por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la Ley 5ª de 1992”.**

Lo anterior a fin de que esta nota aclaratoria haga parte del Expediente y sea publicada en la *Gaceta del Congreso*.

  
JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO  
Secretario General  
Cámara de Representantes

#### TEXTO DEFINITIVO SESIÓN EXTRAORDINARIA PLENARIA CÁMARA AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA NÚMERO 004 DE 2016 CÁMARA, 002 DE 2016 SENADO

*por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la Ley 5ª de 1992.*

El Congreso de Colombia

En virtud del procedimiento legislativo especial para la paz,

DECRETA:

**Artículo 1º.** Adiciónese un nuevo artículo a la Parte Final de Disposiciones Transitorias de la Ley 5ª de 1992, el cual quedará así:

**Artículo 7º.** La agrupación política de ciudadanos en ejercicio que se constituya con el objeto de promover la creación del futuro partido o movimiento político que surja del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal, podrá designar 3 voceros o voceras en cada una de las cámaras en que se divide el Congreso de la República (Senado y Cámara de Representantes) para que participen en el debate de los proyectos de reforma constitucional o legal que sean tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz de que trata el Acto Legislativo número 01 de 2016. Estos voceros o voceras deberán ser ciudadanos o ciudadanas en ejercicio, y se convocarán a todas las sesiones en que se discutan tales proyectos. Podrán intervenir con las mismas facultades que tienen los Congresistas durante el trámite legislativo, salvo el voto y cumplirán a cabalidad con el reglamento del Congreso. El Gobierno nacional garantizará los recursos necesarios para su funcionamiento y trabajo.

**Parágrafo.** El Presidente de la Mesa Nacional de Participación Efectiva de las Víctimas, establecida en la Ley 1448 de 2011, será invitado a todas las sesiones en las que se discutan proyectos relacionados con los derechos de las víctimas y que sean tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz establecido en el Acto Legislativo número 01 de 2016, para

que sea escuchado en el marco de la sesión informal de conformidad con el artículo 231 de la Ley 5ª de 1992.

**Artículo 2º. Vigencia.** La presente ley rige a partir de su promulgación.



**JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ**  
Ponente

SECRETARÍA GENERAL

Bogotá, D. C., febrero 3 de 2017

En Sesión Plenaria Extraordinaria del día 2 de febrero de 2017 (Decreto número 2052 de diciembre 16 de 2016), fue aprobado en segundo debate el texto defini-

tivo sin modificaciones del **Proyecto de Ley Orgánica número 004 de 2016 Cámara, 002 de 2016 Senado, por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la Ley 5ª de 1992.** Esto con el fin de que el citado proyecto de ley siga su curso legal y reglamentario y de esta manera dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992.

Lo anterior, según consta en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria número 199 de febrero 2 de 2017, previo su anuncio en Sesión Plenaria Extraordinaria del día 1º de febrero de 2017, correspondiente al Acta número 198 (Decreto número 2052 de diciembre 16 de 2016).



**JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO**  
Secretario General

## CARTA DE COMENTARIOS

### CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO –CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL– AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 112 DE 2016 SENADO Y A LOS PROYECTOS DE LEY NÚMEROS 087 DE 2016 SENADO Y 041 DE 2016 CÁMARA

**Estudio al Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado y a los Proyectos de ley números 087 de 2016 Senado y 041 de 2016 Cámara, que buscan regular temas comunes alrededor de la creación de un registro de condenados por la Comisión de Delitos Sexuales.**

<b>Proyectos</b>	Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara
<b>Títulos</b>	<b>Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado, por medio de la cual se crea el registro de ofensores sexuales. Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado, por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones. Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara, por el cual se tutela el derecho al libre desarrollo sexual de las niñas y niños menores de catorce años.</b>
<b>Autores</b>	Rosmery Martínez Rosales (112 de 2016 Senado) Nadia Blel Scaff (087 de 2016 Senado) Eloy Chichi Quintero Romero (041 de 2016 Cámara)
<b>Fecha de Presentación</b>	Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado: 17 de agosto de 2016 Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado: 9 de agosto de 2016 Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara: 2 de agosto de 2016
<b>Referencia</b>	Concepto 16.22

El Comité Técnico estudió en sus Sesiones Ordinarias de los días 1º y 8 de septiembre de 2016 los textos de los Proyectos de ley número 087 de 2016 Senado (*Gaceta del Congreso* número 606 del 10 de agosto de 2016); 041 de 2016 Cámara (*Gaceta del Congreso* número 597 del 9 de agosto de 2016) y el Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado (*Gaceta del Congreso* número 646 del 19 de agosto de 2016), todos relacionados con la creación de un registro de condenados por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, razón por la cual se decidió elaborar un único concepto para las tres propuestas legislativas.

#### I. Objeto de los proyectos

El conjunto de proyectos de ley estudiados por el Consejo Superior de Política Criminal tiene como objeto central la creación de un registro nacional de personas que sean condenadas por la comisión de delitos sexuales, derivando de esto diversas respuestas tanto de carácter punitivo como administrativo, y con la finalidad de buscar una mayor protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Los objetos específicamente presentados fueron los siguientes:

Proyecto	Objeto
<b>Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado</b>	Crear el Registro Nacional de Ofensores Sexuales, así como regular su organización y funcionamiento.
<b>Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado</b>	Establecer el régimen y registro de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores.
<b>Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara</b>	Protección del menor de catorce años en su desarrollo sexual mediante la creación de un banco de pedófilos

La estructura interna de cada proyecto de ley es la siguiente:

#### a) Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara

Este proyecto de ley está compuesto por seis (6) artículos, incluido el relativo a la vigencia y derogatoria, algunas definiciones normativas y la creación y puesta en funcionamiento de un “Banco de pedófilos”.

El “banco de pedófilos” contendría información relativa a personas condenadas por delitos sexuales como la pornografía, actos sexuales, acceso carnal violento o abusivo, u otros actos libidinosos sobre menores de 14 años. La propuesta dispone incluir información personal del condenado sometida a reserva, pese a lo cual dispone, como también se hace en el Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado, la obligación de las entidades públicas y privadas que tengan relación funcional con menores de edad, de consultar esta base de datos para evitar la contratación de quienes figuren en el registro.

#### b) Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado

Este proyecto de ley está compuesto por cuatro (4) artículos, incluido el relativo a la vigencia, la creación de una inhabilidad expresa y su manejo mediante un registro. Pretende establecer una inhabilidad general para ejercer todo tipo de trabajos y labores que impliquen una relación directa y habitual con menores de edad, como efecto posterior a la imposición de condena por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Dicha inhabilidad deberá ser inscrita en un registro nacional manejado por el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, que implicaría el deber de verificación de estos datos por parte de las entidades públicas y privadas que funcionalmente impliquen el manejo de menores de edad, para determinar los procesos de selección de personal y vinculación laboral o de servicios.

#### c) Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado

Este proyecto de ley estatutaria consta de cinco (5) títulos que contienen treinta (30) artículos. Busca desarrollar un sistema de registro de ofensores sexuales, estableciendo algunos principios y reglas básicas de funcionamiento; un ámbito de aplicación; destinatarios; formas de realización; instituciones y dependencias competentes, y consecuencias de su operación.

### II. Análisis político-criminal de los proyectos

#### 1. La naturaleza de la ley que regula un registro de personas condenadas por delitos sexuales

Comoquiera que se presenta al examen del Consejo Superior de Política Criminal dos proyectos de ley ordinaria y uno de ley estatutaria para regular el registro de personas condenadas por delitos sexuales, el primer punto que debe abordarse es el de naturaleza de la ley que permitiría una regulación de esta naturaleza.

Para estos efectos, se puede recordar la Sentencia C-818 de 2011 de la Corte Constitucional, según la cual

“La Constitución Política de 1991 consagró en los artículos 152 y 153 un procedimiento legislativo cualificado en aquellas materias que el Constituyente consideró como de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho. En efecto, en dichas disposiciones no solo se señaló el contenido material de los asuntos que deben ser reglamentados mediante ley estatutaria, sino también se ordenó el establecimiento de un trámite

de formación de las mismas más riguroso en cuanto a la aprobación por mayorías especiales y a la revisión constitucional previa a la sanción, oficiosa y definitiva. Esta tendencia de establecer procedimientos especiales para la regulación de ciertas materias, también puede encontrarse en los artículos 19.2 de la Constitución Alemana y 53, numeral 1, de la Constitución Española, según los cuales corresponde al legislador cualificado (mediante leyes orgánicas) el desarrollo de materias estructurales para la organización y funcionamiento del Estado y de la sociedad. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la introducción de las leyes estatutarias en el derecho colombiano tiene como fundamento: “i) la naturaleza superior de este tipo de normas requiere superior grado de permanencia en el ordenamiento y seguridad jurídica para su aplicación; ii) por la importancia que para el Estado tienen los temas regulados mediante leyes estatutarias, es necesario garantizar mayor consenso ideológico con la intervención de minorías, de tal manera que las reformas legales más importantes sean ajenas a las mayorías ocasionales, y iii) es necesario que los temas claves para la democracia tengan mayor debate y conciencia de su aprobación, por lo que deben corresponder a una mayor participación política”. El artículo 152 de la Constitución prevé que deberán tramitarse a través de las leyes estatutarias: (i) los derechos y deberes fundamentales, y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) la administración de justicia; (iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (iv) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) los estados de excepción; y (vi) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República”.

De acuerdo con lo anterior, es posible concluir que en el caso bajo estudio es preciso regular el registro a través de una ley estatutaria, pues dado el hecho de que se trata de una medida que implica la afectación de varios derechos fundamentales y que impone serias restricciones a una determinada parte de la población colombiana, es necesario garantizar un mayor grado de consenso sobre la medida y un mayor grado de discusión en el Congreso de la República, a más de que con el registro se afectan derechos fundamentales como la dignidad humana, el derecho al trabajo, el derecho a la información y el derecho al olvido.

En efecto, un registro en el que se pretende incorporar la plena identificación y las condiciones biométricas de una persona, que implica la incorporación de una herramienta destinada al reconocimiento único de seres humanos basado “en uno o más rasgos conductuales o rasgos físicos intrínsecos”, que afecta además a personas condenadas por delitos sexuales, y está destinado a consignar las inhabilidades y restricciones a derechos fundamentales, puede afectar ampliamente no solo las expectativas de vida en sociedad para esta clase de personas, sino su entorno familiar y las condiciones del desarrollo personal posterior a la condena y al cumplimiento de la pena, por lo que se debe exigir una regulación estable, debidamente discutida y mediante una ley con rango superior a la ordinaria, para que pueda irri-gar, sin sacrificar los derechos constitucionales, otras normas jurídicas.

#### 2. El avance hacia medidas no punitivas

Independientemente de las observaciones que pueden hacerse a los proyectos de ley que se estudian, el

Consejo Superior de Política Criminal advierte y destaca que con ellos se pretende un avance hacia la superación de las medidas estrictamente punitivas para afrontar un fenómeno social que demanda no solamente la reacción penal –como se impone a través de las sentencias condenatorias– sino instrumentos que puedan hacer viable algún grado de prevención del delito como en este caso, del tipo de la prevención especial. Se valora positivamente, por lo tanto, que hay un paso en la discusión que supera los llamados públicos de condenas como la pena de muerte o la prisión perpetua, y aun cuando el registro se configura a partir de una sentencia condenatoria, se abre el debate sobre sanciones y medidas alternativas en relación con los delitos sexuales.

Sin embargo, es preciso anotar que existen muchas otras medidas de prevención general del delito y se deberían considerar al momento mismo de la discusión de estos proyectos en el Congreso de la República, a fin de dotar al Estado de precisas herramientas que actuar antes de la realización del hecho punible, con el fin de evitar que, ante una inadecuada implementación del registro, o su fracaso como medida efectiva para la prevención de los delitos sexuales, se acuda nuevamente al llamado a penas más severas que desaten una nueva escalada de alzas en los límites punitivos, ya de por sí muy elevados en la legislación colombiana.

### 3. La adecuación del registro a normas internacionales

Se puede afirmar que, en términos generales, el registro de personas condenadas por delitos sexuales halla fundamento en las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 19 prevé que los Estados han de adoptar “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”.

En materia de derecho blando, *soft law*, el registro se adapta a las “Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal”, que recomienda a los Estados aplicar programas de prevención del abuso infantil en todas sus formas, no solo a través de la creación de conciencia sobre la “forma de prevenir la violencia contra los niños y responder a ella entre las personas que tienen contacto habitual con niños en los sectores de la justicia, la protección de la infancia, el bienestar social, la salud y la educación y en ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y las actividades de ocio”, sino también mediante la promoción de la investigación y la reunión, análisis y difusión de datos.

En este sentido, se recuerdan las Estrategias 18 y 23:

“18. Se insta a los Estados Miembros, a los institutos de la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, a las entidades competentes del sistema de las Naciones Unidas y a otras organizaciones internacionales, institutos de investigación, organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales pertinentes a que, según proceda:

a) Establezcan y fortalezcan mecanismos de reunión sistemática y coordinada de datos sobre la violen-

cia contra niños, incluida la violencia contra niños que hayan entrado en contacto con el sistema de justicia;

b) Vigilen los casos de violencia contra niños que se denuncien a la policía y otros organismos de la justicia penal y publiquen informes periódicos sobre ellos, en que se señale el número de casos y los porcentajes de detenciones y personas puestas en libertad y se suministre información sobre el enjuiciamiento y la sentencia recibida por los presuntos agresores, así como sobre la prevalencia de la violencia contra niños, y para ello utilicen los datos obtenidos mediante encuestas de población.

...

23.

b) Estrechen los vínculos operacionales, especialmente en situaciones de emergencia, entre los servicios sociales y de salud, tanto públicos como privados, y los organismos de justicia penal, a fin de denunciar y registrar los actos de violencia contra niños y responder correctamente a esos actos, protegiendo al mismo tiempo la intimidad de los niños víctimas de violencia;

(d) Establezcan sistemas de información y protocolos interinstitucionales, de conformidad con la legislación nacional sobre protección de datos, para facilitar el intercambio de información y posibilitar la cooperación a efectos de detectar actos de violencia contra niños, responder a ellos, proteger a los niños víctimas de violencia y hacer rendir cuentas a los agresores”.

### 4. La inconveniencia de los proyectos de ley

No obstante que existen aspectos favorables a la iniciativa de crear el registro de personas condenadas por delitos sexuales, el Consejo Superior de Política Criminal se pronuncia adversamente a las propuestas radicadas, en razón de que contienen normas que ponen en peligro derechos fundamentales de los ciudadanos, o imponen a los particulares cargas desproporcionadas que no deben asumir.

Para este aparte del concepto, el Consejo toma como referente el contenido del Proyecto de ley número 112 de 2016 Senado, “*por medio de la cual se crea el Registro Nacional de Ofensores Sexuales*”, en el texto radicado ante el Senado de la República, no solo por tratarse de un proyecto de ley estatutaria, sino porque contiene la más amplia regulación sobre la materia, en comparación con los otros dos proyectos de leyes ordinarias.

4.1. *La amplitud del registro.* De conformidad con lo previsto en el artículo 1º, el objeto de la ley es crear el registro nacional de ofensores sexuales, entendiendo por estos a las personas que resultaren condenadas por cualquiera de las conductas descritas en el Libro Segundo Título IV del Código Penal. Tal como está previsto, entonces, el registro no pretende solamente la adopción de una medida preventiva acorde con los instrumentos internacionales para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino que extiende su regulación a los delitos de tipo sexual cometidos en contra de cualquier persona –inclusive los mayores de edad– y abarca todas las conductas del título, dentro de las cuales se encuentra, por ejemplo, el delito de omisión de denuncia del artículo 219B, que no necesariamente implica la comisión dolosa de un delito de carácter sexual en contra de los menores de edad.

4.2. *La reserva del registro.* En el artículo 3.F se define lo que es Registro Nacional de Ofensores Sexuales y allí se especifica que el mencionado sistema de información está sujeto a reserva. Al parecer esta condición –reserva– eliminaría cualquier objeción frente a la posible violación de los derechos reconocidos en el artículo 15 constitucional. Sin embargo, como no se especifica el alcance de la reserva y más adelante existen normas según las cuales algunos datos podrían ser de conocimiento público, el Consejo Superior de Política Criminal considera que la disposición es inconveniente al no definir el nivel de reserva ni establecer protocolos especiales para la protección de información sensible de algunos habitantes del territorio nacional. Si bien el artículo 4.1 parecería solucionar el problema al establecer que “en ningún caso podrá hacerse público el contenido del Registro Nacional de Ofensores Sexuales ni su certificado de antecedentes”, lo cierto es que esa reserva “absoluta” que aquí se establece es apenas relativa, en función del destino que la ley contempla para los certificados correspondientes y la posibilidad de que cualquier persona autorizada por la ley podrá solicitar o exigir el certificado de antecedentes según la información que reposa en el registro.

4.3. *El conocimiento de los datos del registro.* El artículo 9° dispone que podrán solicitar información contenida en el registro solamente los jueces de cualquier orden jurisdiccional para los asuntos de su competencia; los órganos de policía judicial si fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones, y la persona registrada, respecto de su propia información. Esta regulación, en criterio del Consejo de Política Criminal, parece conveniente en función de la protección que se debe dar a los datos sobre condiciones personales y de la intimidad de las personas y parece señalar un criterio sobre el nivel de la reserva de la información.

No obstante, en el artículo 15 se dice que, sin excepción, están obligados a exigir el certificado los Jardines Infantiles; las instituciones de Educación Básica y Media; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; los Centros de Pediatría, y las demás entidades públicas y privadas cuyo objeto esté relacionado con la interacción con menores de edad, con lo cual el nivel de reserva se degrada porque el documento puede llegar a todos estos centros –que son muchos– y no tiene control sobre la reserva de su contenido, al punto que no se consagra obligación alguna para evitar su divulgación.

4.4. Los proyectos de ley que se analizan, en general, y en particular el Proyecto de ley número 112 de 2016 Senado, no contiene en realidad medidas de prevención de las conductas punibles que afectan los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se supone que el registro es una condición suficiente para evitar este tipo de delitos –aun cuando su efectividad no se ha medido ni está demostrada– y quizás por esta razón no se prevén otras medidas que puedan resultar efectivas para la evitación de las conductas. A este propósito, el Consejo recomienda examinar el contenido de las “Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal”, que contiene una amplia gama de instrumentos tendientes a prevenir todo tipo de violencia en contra de los menores de edad.

En materia de prevención del delito se tiene que considerar que, de acuerdo con las cifras que se citan

en la exposición de motivos, los delitos cometidos por profesores y personas encargadas del cuidado de niños, niñas y adolescentes son más apenas el 1,55% del universo, y los delitos realizados por desconocidos solo alcanzan una representación del 8,14%, al paso que el 40,50% corresponde a casos perpetrados por los familiares y el 35,24% se imputa a amigos y conocidos del menor de edad. De acuerdo con esta epidemiología, parece poco representativo, como medida preventiva, la exigencia del registro de agresores sexuales y se evidencia que la prevención debe dirigirse principalmente hacia el cuidado de los niños, niñas y adolescentes en el entorno familiar o íntimo de sus relaciones. No quiere decir esto que la medida propuesta no vaya a rendir ningún fruto, sino que se pone de presente el bajo impacto que podría tener en materia de evitación del delito y la necesidad de revisar la estrategia para reducir efectivamente las conductas que se pretenden eliminar.

4.5. Para el Consejo, resultan más efectivas medidas que apunten a prestar tratamiento psicológico personalizado como las implementadas en Alemania en el marco del Proyecto *Dunkelfeld*, que ofrece la posibilidad de un tratamiento libre y confidencial para quienes buscan ayuda terapéutica con su preferencia sexual hacia niños o adolescentes, y reciben apoyo directo e indirecto para evitar la ofensa sexual y, particularmente, se relacionan con el control que el individuo debe desarrollar en materia de consumo de pornografía en internet, estrategia que también se ha adoptado en otras partes, siendo ejemplos de ella la denominada “Fuera de la Red” que es un programa de intervención cognitivo-conductual español; el “*Internet Sex Offender Treatme Program*” de Gran Bretaña, y el “*Berlin Dissexuality Therapy*” desarrollado dentro del Proyecto de Prevención *Dunkelfeld*.

Este tipo de iniciativas y programas deben explorarse en el ámbito nacional con el fin de buscar mejores resultados. El registro –que además puede implementarse coetáneamente– puede aportar algunos resultados en materia de prevención del delito, pero dada su predecible escasa incidencia de acuerdo con la epidemiología atrás descrita, puede aplazarse para orientar sus recursos hacia la implementación de medidas más efectivas.

Como último argumento en este punto, puede esgrimirse la poca efectividad que en la prevención de los delitos en general tiene actualmente el certificado de antecedentes penales que no ha demostrado efectividad en la prevención de la delincuencia y cuyos efectos no se han demostrado. La medida es similar: se inscribe la condena en un registro público y el antecedente impide –de hecho– a quien lo tiene, acceder a los puestos de trabajo o limita, en alguna medida, su movilidad social. Sin embargo, no existe estudio alguno que permita determinar que ese sistema incide en la evitación de las conductas delictivas.

4.6. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-061 de 2008 se ocupó de analizar la exequibilidad de la medida de publicación de las fotografías de personas condenadas por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, anotando que

“Si se trata de ejercer prevención general para disuadir a futuros infractores en potencia, tampoco aparece motivación en el proceso legislativo, con estudios biológicos, psicológicos, sociológicos y, en general, criminológicos, sobre la naturaleza de esos delitos, par-

ticularmente cuando son cometidos contra seres humanos que no han adquirido formación sexual, pudiendo mediar impulsos irracionales, instintivos e irrefrenables, anómalos frente al comportamiento sexual de la mayoría de la población, que difícilmente podrían ser controlados así se observe que la justicia ha sido eficiente y severa en algunos casos, frente a otros individuos que incurrieron en comportamientos semejantes.

Tampoco se analizó, en la misma línea, el índice de reincidencia en este tipo de conductas, que puede ser significativamente alto y daría lugar a pensar que tampoco opera la prevención especial, con lo que aún el hecho de haberse divulgado la información relativa a la propia condena, no parecería razón suficiente para contener a un individuo en trance de cometer una nueva acción delictiva de la misma naturaleza.

En el plano de prevenir a la población sobre la presencia de estos individuos en sus vecindarios y el peligro que representan, debe tenerse en cuenta que por la época en que ha de efectuarse la difusión, “*las personas que hayan sido condenadas en el último mes*”, en la mayoría de los casos el sentenciado estará aún privado de la libertad, dado el extendido *quantum* punitivo actual, quedando sin fundamento ese objetivo de la publicación en el mes siguiente.

Pero, en el otro extremo, si se previera que la divulgación ha de hacerse al ser excarcelado, se estaría desconociendo el nominal efecto de reinserción social, rehabilitación o resocialización que se le abona a la pena como una de sus funciones inmanentes, teóricamente justificadora especialmente de la privación de la libertad.

Por lo anterior, no encuentra la Corte evidencia, ni siquiera mediana, de que el medio escogido para brindar protección a la población infantil tenga una efectividad tal que justifique la instauración de esta medida”.

La Corte Constitucional en el mencionado fallo concentra una buena parte de su motivación en señalar que la protección de los derechos de los niños y de su interés superior no resulta ser un argumento legítimo para establecer sanciones que afectan irrazonablemente derechos fundamentales de los agresores, que no se ha probado empíricamente que traigan de suyo efectos materiales benéficos y reales en torno a la prevención de delito y la protección de los menores, y por el contrario, pueden generar mayores grados de revictimización y alientan la estigmatización pública.

En razón de estas consideraciones, el Consejo Superior de Política Criminal observa una posible inconstitucionalidad de los proyectos de ley estudiados a la luz de la efectividad de las medidas propuestas, así como en relación con la proporcionalidad de la misma respecto de los derechos fundamentales que puedan ser afectados, que también examinó la Corte Constitucional en su oportunidad.

4.7. El proyecto de ley establece una extensión de la pena que es completamente nueva, que no se encontraba incluida como parte de la sanción establecida para los delitos contemplados en el Título IV de la parte especial del Código Penal, con lo que para que esta sea viable se requeriría de una reforma de los artículos correspondientes en el componente de determinación de la pena y, en todo caso, hasta tanto dicha reforma no entrara en vigencia, la aplicación de los efectos de los registros de ofensores sexuales con relación a las limi-

taciones de acceso al trabajo, resulta completamente en contravía del principio de legalidad, efecto que también se daría si se llegare a aplicar con relación a las personas que fueron condenadas con anterioridad a la promulgación de la ley que establece esta inhabilidad.

#### 5. Las necesidades de mejoramiento del proyecto de ley

Considerando en todo caso que el proyecto de ley estatutaria puede surtir con éxito su trámite legislativo, el Consejo propone las siguientes observaciones que considera necesarias para limitar al máximo la posible restricción de derechos y garantizar la implementación de estas medidas, desde el enfoque de política criminal garante de los derechos humanos, coherente, preventiva y basada en fundamentos empíricos:

5.1. El registro de personas condenadas por delitos sexuales, de acuerdo con la exposición de motivos, pretende configurar una medida efectiva de prevención de delitos de esta naturaleza cometidos contra menores de edad, de manera que resulta razonable limitar su contenido a los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, eliminando la posibilidad de que se inscriban en él las condenas producidas por delitos sexuales en contra de mayores de edad, entre otras razones, porque la evidencia científica disponible diferencia entre la compulsión hacia los menores y las ofensas sexuales en contra de adultos, por lo que los entornos en los que se cometen son distintos y carecería de sentido exigir el certificado a quienes han sido condenados por diversos delitos sexuales contra mayores de edad, al parecer no inclinados a la comisión de delitos contra menores de edad.

5.2. En relación con el derecho al trabajo, el Consejo apunta la necesidad de definir más clara y expresamente las áreas de la actividad productiva en las que resulte posible limitar el acceso a este derecho a los condenados como ofensores sexuales, puesto que en el proyecto se hace una amplia enumeración de campos en los cuales no se podría acceder a empleos, tales como el servicio doméstico; la realización de tareas en jardines infantiles; el desempeño en instituciones de educación básica y media; el trabajo en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; las labores en los centros de pediatría y, en general, cualquier actividad en instituciones públicas o privadas que tengan funciones en las que se interactúe con menores de edad, ámbitos de la actividad laboral que pueden ser ampliados por el Ministerio de Educación Nacional.

5.3. A fin de prevenir que los datos inscritos en el registro de agresores sexuales se divulguen sin control alguno, el proyecto debería prever algunas medidas para que las entidades que tienen acceso a él o lo han requerido, garanticen la confidencialidad del registro. Estas medidas se consideran necesarias no solo en relación con la preservación de los derechos fundamentales de quien se halle inscrito en el registro, sino como medida de prevención de reacciones incontroladas de la sociedad hacia los condenados por delitos sexuales.

Una medida que puede resultar adecuada es que el empleador exija entre los documentos que deben ser presentados al momento de solicitar trabajo, que el certificado sea aportado por el aspirante y que solamente se pueda contratar a quienes efectivamente no estén *inhabilitados*, sin la obligación de dejar copia del certificado en los archivos de la entidad, con lo cual se haría

efectiva la protección de que los datos del registro no pueden ser solicitados sino por las autoridades judiciales y de investigación criminal para el cumplimiento de sus funciones.

5.4. Deben estar enunciados, en forma clara y detallada, los límites y competencias del registro y banco de datos de las personas condenadas por delitos sexuales, con el fin de que la norma no resulte inconstitucional. A mayores restricciones para el acceso a la información (tanto de quién solicita el certificado como los motivos para ello), menores serán las posibilidades de que la norma permita la violación de los derechos de las personas que fueron condenadas y ya cumplieron su pena.

5.5. El literal b), del artículo 11 debería modificarse, porque si se produce algún uso indebido de la información consignada en el registro debe examinarse la situación a la luz de las regulaciones actuales sobre difusión de informaciones reservadas contenidas en el Código Penal; las Secretarías de Educación no tienen competencias en este tema y, de conservarse su intervención, debería contemplarse el efecto que en el control de las instituciones educativas tendría el uso indebido o la divulgación del contenido del registro.

5.6. El literal b), del artículo 12 se inscribe dentro de las obligaciones de los inscritos en el registro. Siendo ello así, no tiene sentido que una de ellas sea la de conservar la información y evitar que sea adulterada, eliminada, consultada o accedida por quienes no tienen posibilidad de hacerlo. Estas son obligaciones de quien administre el registro, no de quienes estén inscritos en él.

5.7. El artículo 22 establece una multa para las personas jurídicas de derecho público o privadas que no exijan el registro. De esta forma, la sanción pecuniaria sería pagada por la persona jurídica y, en el caso de las entidades oficiales, con recursos públicos. Para evitar esta consecuencia que afecte el erario, el Consejo estima más adecuado que la multa sea pagada directamente por el representante legal de la entidad o por el funcionario encargado de verificar los requisitos de contratación, a título personal.

## 6. Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal considera que los proyectos de ley sometidos a estudio, por los motivos antes señalados, presentan visos de inconstitucionalidad que los hacen inviables.

Asimismo, aunque las iniciativas legislativas marcan un grado de evolución en la búsqueda de alternativas para la protección de la libertad, integridad y formación sexual de las niñas y niños del país, superando visiones anacrónicas de cara a la construcción de un derecho penal conforme con principios democráticos y constitucionales, como las que propugnan por el establecimiento de sanciones de pena de muerte o cadena perpetua para los agresores, en todo caso tampoco establecen alternativas viables e integrales para el abordaje asertivo del fenómeno y su aprobación implicaría el reforzamiento de acciones de carácter inmediateista, con lesión de derechos fundamentales, y que como resultado pueden traer consigo ejercicios desproporcionados del poder punitivo con muy poca eficacia social.

Por los anteriores criterios de inconveniencia político-criminal de los proyectos, sumados a la necesidad de fortalecer la exigencia de construcción de proyectos

de ley o acto legislativo en materia penal que posean una amplia y consistente sustentación, principalmente fundada en evidencia empírica, relativa a su constitucionalidad, conveniencia, pertinencia y necesidad incluidas en sus exposiciones de motivos, se emite el presente concepto desfavorable. Sin embargo, se destaca que de realizarse las modificaciones a las que se alude en el numeral cinco (5) de este concepto sobre “Las necesidades de mejoramiento del proyecto de ley”, el proyecto de ley estatutaria puede tener viabilidad.

## CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Mareela Abadía Cubillos  
Directora de Política Criminal y Penitenciaria  
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

\* \* \*

## CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO –CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL– A LOS PROYECTOS DE LEY NÚMEROS 161 DE 2016 CÁMARA Y 041 DE 2016 CÁMARA

*por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de las drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C., enero 27 de 2017

Doctor

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

Secretario General

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad

**Asunto: Conceptos Consejo Superior de Política Criminal - Proyectos de ley números 161 de 2016 Cámara y 041 de 2016 Cámara.**

Respetado doctor Mantilla:


De manera atenta, me permito remitirle los conceptos de los proyectos de ley que a continuación se relacionan, aprobados por el Consejo Superior de Política Criminal el 24 de enero del año en curso.

– Concepto sobre el Proyecto de ley número 161 de 2016 Cámara, *por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de las drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.*

– Concepto en relación con los Proyectos de ley: números 041 de 2016 Cámara, *por la cual se tutela el derecho al libre desarrollo sexual de las niñas y niños menores de 14 años*; 087 de 2016 Senado, *por medio del cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones*; y, Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado, *por medio de la cual se crea el Registro Nacional de Ofensores Sexuales.*

De igual manera, agradezco circular el respectivo concepto a los autores, ponentes y congresistas integrantes de la célula legislativa para su conocimiento y fines pertinentes.

Cordialmente,

  
**MARÍA CONSUELO SANDOVAL GÓMEZ**  
 Directora de Política Criminal y Penitenciaria (E)  
 Secretararía Técnica Consejo Superior de Política Criminal (E)

Anexos: Concepto CSPC No. 16.22 PL 04/16 C, 067/16 S y PLE 112/16S (registro de agresores sexuales), seis (6) folios  
 Concepto CSPC No. 16.23 PL 16/16 C (dosis mínima), seis (6) folios

## CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

### Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de ley número 161 de 2016 Cámara

*por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de las drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.*

<b>Proyecto de ley número 161 de 2016 Cámara, por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de las drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.</b>	
Autores	Representantes Tatiana Cabello, Samuel Hoyos, Federico Hoyos y otros.
Fecha de radicación	Octubre 5 de 2016
Estado actual	Pendiente discutir ponencia para primer debate
Referencia	Concepto número 16.23

El análisis del proyecto de ley se realizó sobre el texto que presentaron los Representantes Tatiana Cabello, Samuel Hoyos, Federico Hoyos. El texto se estudió y analizó por el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal en sesión del 17 de noviembre de 2016.

#### 1. Objeto del proyecto de ley

De acuerdo con la exposición de motivos, se propone descriminalizar el porte y consumo de la dosis mínima de sustancias psicoactivas ilícitas, así como establecer la presunción legal de porte de la dosis mínima. Se consagran, además, unas excepciones para algunas personas a quienes no les estaría permitido el porte o consumo; por ejemplo, quienes realicen las siguientes actividades, profesiones u oficios: aquellos que manipulen armas de fuego ya sea de carácter público o privado; quienes conduzcan vehículos automotores para el transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial de servicio público o de uso particular; funcionarios y servidores públicos; operarios de maquinaria pesada; trabajadores en actividades relacionadas con ciencias de la salud humana, como médicos, cirujanos, enfermeros, entre otros; para todos aquellos que implique el cuidado, guarda o custodia de menores de edad como profesores, niñeras y madres comunitarias, y para quienes realicen actividades asociadas con la seguridad aeronáutica, como los controladores aéreos.

Aunado a lo anterior, las personas que ejercen las actividades, profesiones u oficios previamente descritos, serían acreedoras de sanciones que irían, de manera gradual, desde la pérdida temporal hasta la pérdida definitiva del empleo.

#### 2. Contenido del proyecto

El texto del proyecto consta de siete artículos, los que se agrupan en dos bloques: el primero, consagra el objeto, la presunción legal de la dosis mínima cuando la cantidad de sustancia no excediere el monto establecido por el Gobierno nacional, así como la existencia de unas excepciones<sup>1</sup> al porte o consumo de psicoactivos a las personas que ejerzan unas actividades, profesiones u oficios fijados en el proyecto, por tener una especial trascendencia social o potencial peligro frente a terceros.

El segundo bloque se puede categorizar como de regulación y medidas administrativas relativas a la atención, prevención y tratamiento para las personas portadoras o consumidoras de sustancias psicoactivas, en los que se propende por un enfoque a la política pública nacional de prevención y atención a la adicción, con estrecha relación a lo dispuesto en las disposiciones de la Ley 1566 de 2012, asignándole al Ministerio de Salud la coordinación, dirección, planeación y seguimiento a la Política Pública Nacional de Prevención y Atención a la Adicción. Finalmente, se contempla un artículo sobre vigencia y derogatoria de todas aquellas normas que le sean contrarias a la misma.

#### 3. Argumentos presentados en la exposición de motivos del proyecto de ley

El proyecto trae como argumentos, en primer lugar, un enfoque de salud pública en el consumo de drogas, a partir del cual se sostiene que las personas consumidoras o adictas de sustancias estupefacientes, deben ser tratadas por el sistema de salud, bajo el entendido de que tienen una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado y, de este modo, no ser criminalizados por el consumo.

Por otro lado, al abordar la problemática de la *criminalidad y consumo de drogas*, donde se mencionan varios argumentos y cifras que dan cuenta de la relación que existe entre el consumo de sustancias psicoactivas y la generación de conductas que defraudan el sistema, al ser principalmente de carácter penal, como el hurto, lesiones, extorsión e incluso el homicidio.

#### 4. Consideraciones y observaciones del Consejo Superior de Política Criminal

Como se ha sostenido, las medidas adoptadas en materia de política criminal como política pública debe propender por ser coherentes, fundamentadas empíricamente y evaluadas sistemáticamente, tal como lo planteó la Comisión Asesora para la Política Criminal<sup>2</sup>. Bajo esta perspectiva, como se pasa a exponer, el Consejo Superior de Política Criminal considera que el Proyecto de ley número 161 de 2016 es inadecuado para su implementación.

##### 4.1. Falta de relación entre la exposición de motivos y el articulado del proyecto

En primer lugar, los motivos expuestos no tienen una relación directa con el articulado enunciado. En efecto, se señala en el proyecto que a las personas consumidoras de sustancias psicoactivas se les debe brindar un tratamiento desde un enfoque en salud pública y no penitenciario, agregando que las mismas son propensas a cometer conductas ilícitas, como el hurto, lesiones, extorsión, homicidio, entre otras.

<sup>1</sup> Artículo 1º, 2º y 3º Proyecto de ley número 161 de 2016.

<sup>2</sup> Informe final de la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal, marzo de 2012, páginas 98-99.



Sin embargo, al abordarse el análisis del articulado, se evidencia cómo, contrario a lo sostenido en la exposición de motivos, existe la posibilidad de castigar penalmente al consumidor si se encontrare en posesión de una dosis superior a la permitida, según se desprende del contenido del artículo 2° del proyecto de ley, en donde si bien se regula la presunción del porte de sustancias psicoactivas para consumo personal, a renglón seguido se afirma que si la persona posee una cantidad superior a la señalada en la ley, incurrirá en la conducta descrita en el artículo 376 del Código Penal, lo que significa la posibilidad de criminalizar el consumo. Es decir, se sanciona penalmente la posesión de sustancias psicoactivas en cantidades, así sean ínfimamente superiores a las establecidas como dosis mínima, cuando es para el propio consumo.

Esta regulación significa un retroceso en materia de política de prevención frente al consumo y tratamiento de la adicción, por cuanto termina, nuevamente, tipificando como delito el porte de cualquier cantidad, por insignificante que sea en relación con lo permitido como dosis personal, en contraposición con lo que se ha decantado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, e incluso, infringe la autonomía del juez al limitarse la facultad de decisión en relación con el desvalor de acción.

#### 4.1.1. Desarrollo legislativo y jurisprudencial

La Ley 30 de 1986, “por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones” consagró inicialmente en el artículo 33<sup>3</sup> el

<sup>3</sup> Artículo 33 Ley 30 de 1986: El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía de diez (10) a cien (100) salarios mínimos. Si la cantidad de droga exceda la dosis para uso personal sin pasar de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína, doscientos (200) gramos de metacualona, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión, y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, modificado posteriormente por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997 en relación con el aspecto punitivo.

Igualmente, la Ley 30 de 1986 en el artículo 2° literal j) consagró la dosis personal, considerando que es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo, estableciendo unas cantidades para las distintas sustancias, así, para la marihuana la fijó en hasta 20 gramos; la de marihuana hachís que no exceda de 5 gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de 1 gramo y de metacualona la que no exceda de 2 gramos. También se indicó que no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad. Esta norma fue declarada exequible mediante Sentencia C-221 de 1994, proveído que despenalizó el porte y consumo de la dosis mínima de sustancias estupefacientes, al considerar que:

“Solo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, solo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro”.

Posteriormente, el artículo 376 del Código Penal, Ley 599 de 2000, puntualizó esa conducta en los siguientes términos: “*El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia...*”. (Negritas fuera de texto). En relación con el factor punitivo esta dependía, como en la Ley 365 de 1997, de la cantidad de sustancia.

El tipo penal antes enunciado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-689 de 2002, en el entendido que el mismo fue expedido bajo la facultad de configuración legislativa en materia de tipificación punitiva, con la salvedad de que debía distinguirse entre porte, conservación y consumo y el narcotráfico como actividad ilícita que tiene un fin lucrativo.

Ahora bien, no obstante haberse declarado la despenalización de la dosis personal por Sentencia C-221 de 1994, se pretendió, mediante la Ley 745 de 2002 punir nuevamente esa conducta, al considerar como contravención el consumo y porte de sustancias estupefacientes en cantidad de la dosis personal. Sin embargo, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-101 de 2004 declaró su inexecutable de esta norma al considerar que:

“14. Pues bien, en el caso presente se está ante una ostensible violación del principio de legalidad del proceso pues la Ley 745 no desarrolló materias básicas del sistema procesal contravencional ya que, en lugar de ello, hizo una remisión parcial a la Ley 228. No obstante, con esta técnica configuró un procedimiento confuso que se construye con normas de dos sistemas procesales contrapuestos y que no suministra elementos de juicio para llenar los vacíos consecuentes, como lo hacía antes el artículo 38 de la Ley 228 respecto del

sistema procesal contravencional en él consagrado. Tampoco los jueces están legitimados para colmar esos vacíos normativos. Luego, la vulneración del principio de reserva de ley para la determinación de los procesos judiciales torna inexecutable el aparte demandado del artículo 5° de la Ley 745 de 2002 y así lo declarará la Corte”.

Luego, la Ley 1153 de 2007<sup>4</sup>, en los artículos 31 y 32, consagró como contravención el consumo de sustancias estupefacientes en presencia de menores o en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de los menores, estableciendo penas como trabajo social no remunerado y multas. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-869 de 2008, declaró su inexecutableidad.

Para el año 2009, mediante reforma al artículo 49 de la Constitución Política, a través del Acto Legislativo número 2 de 2009, se estableció:

“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Asimismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

Por último, la Ley 1566 de 2012 reconoce que el consumo, abuso y adicción de sustancias psicoactivas, lícitas o ilícitas, es un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos, que requieren atención integral por parte del Estado.

<sup>4</sup> Los artículos 31 y 32 consagraban estas contravenciones así: **Artículo 31.** *Consumo de sustancias en presencia de menores.* El que en presencia de menores de edad consuma estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, incurrirá en pena de trabajo social no remunerado de cuatro (4) a doce (12) semanas. Cuando el consumo de sustancias estupefacientes o alucinógenas en presencia de menores de edad se realice en lugar público o abierto al público o en establecimiento comercial de esparcimiento, la policía procederá inmediatamente a retirar del lugar de los hechos al infractor y a decomisar la sustancia objeto de la contravención. Así mismo, pondrá el hecho en conocimiento de las autoridades competentes.

La omisión o la tardanza en el cumplimiento de tal deber por parte de los miembros de la policía serán sancionadas con la destitución del empleo.

**Artículo 32.** *Consumo de sustancias en establecimiento educativo o domicilio.* El que consuma, porte o almacene estupefacientes o sustancias que generen dependencia, en cantidad considerada como dosis personal, en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores, incurrirá en pena de trabajo social no remunerado de cuatro (4) a doce (12) semanas y multa de uno (1) a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el tema que se aborda, consideró, en un primer momento, que el porte de sustancias estupefacientes que excediera de la cantidad permitida por el legislador, debía valorarse a través de los métodos clásicos de interpretación como el exegético, sistemático, histórico, teleológico, así, en sentencia de 26 de julio de 1988, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

“(i) el legislador diferenciaba entre el consumidor o drogadicto y quien se dedica al cultivo, conservación o financiación de plantaciones, o las transformara ‘siendo indiferente el destino que procure de las mismas’; (ii) en relación con los drogadictos, sin llegar a permitir la dosis personal, se le acordaba un tratamiento punitivo más benigno, ya que se consideraba una contravención; (iii) no era posible entremezclar lo relacionado con el cultivo, el manejo de la droga (considerado delito), y el uso de la dosis personal (contravención), ya que los tratamientos punitivos eran diferentes en cada caso; y (iv) los beneficios que la ley le otorgaba al consumidor de droga no eran extensibles a otras modalidades delictivas”<sup>5</sup>.

Con posterioridad a 1991, la Corte Suprema de Justicia definió los límites de la dosis personal, conforme lo consagrado en el artículo 2° literal j) de la Ley 30 de 1986, afirmando que “no será dosis personal que ‘exceda’ de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al ‘propio consumo’ ni la que tenga por destinación su distribución o venta”<sup>6</sup>.

Luego de la Sentencia C-221 de 1994, empezó a tener relevancia la tesis de la ausencia antijuridicidad material de la conducta, cuando la cantidad de sustancia estupefaciente fuera *ligeramente superior* a la permitida en el artículo 2°, literal j) de la Ley 30 de 1986, pero cuando fuere ampliamente superior, la conducta debía ser considerada como punible. Es decir, se creó una presunción *iuris tantum*, cuando la cantidad era superada “ligeramente” y una *iuris et de iuris* si se sobrepasaba ampliamente.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en sentencia revaluó la anterior posición, por cuanto no tiene sentido tener diferentes presunciones de antijuridicidad dependiendo de la cantidad de estupefaciente que se tenga, ya que “de concluirse que la presunción de lesividad es de derecho, en el porte de estupefacientes en cuantía que exceda las dosis establecidas en el artículo 2°, literal j), de la Ley 30 de 1986, aun cuando su destino exclusivo sea el consumo personal; inexorablemente la tipicidad acarreará la antijuridicidad. Mientras que, si la conclusión es la opuesta, es decir, que la presunción es legal, la conducta será típica pero la demostración de que no existió interferencia ni siquiera remota en los derechos de terceros, sean estos individuales o colectivos, excluye la dañosidad del comportamiento y, por ende, la responsabilidad penal”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, SP 11726-2014 Radicación número 33409 aprobado Acta número 288 M. P. José Luis Barcelo Camacho, septiembre 3 de 2014.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Casación 4771 de julio de 1991.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, SP 15519-2014 Radicación número 42617 aprobado Acta número 385 M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández, noviembre 12 de 2014.

Y en sentencia de esa misma Corporación se indicó, en relación con lo anterior, que:

“Por eso se concluyó que el consumo de estupefacientes no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social) y que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto siempre será *iuris tantum*, y no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal”<sup>8</sup>.

Denota lo anterior que el proyecto de ley efectivamente tendría un retroceso en relación con lo que han decantado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

#### 4.2. Enfoque de riesgo social

Por otro lado, se establecen en el articulado unas excepciones a la dosis personal para las personas que ejercen las actividades, profesiones u oficios descritos en el artículo 3° del proyecto de ley, los cuales son:

“Artículo 3°. *Excepciones a la dosis mínima.* Por la especial trascendencia social o potencial peligro para terceros, las personas que ejerzan algunas de las siguientes actividades, profesiones u oficios, estarán sujetas a exámenes periódicos o aleatorios para descartar el consumo de sustancias psicoactivas ilícitas.

Actividad, oficio o profesión
Toda aquella que implique manipulación de armas de fuego tales como: las desarrolladas por las Fuerzas Militares o de Policía, servicios de seguridad privada, el porte autorizado de armas de fuego para protección personal o actividades deportivas.
Conducir vehículos automotores para el transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial de servicio público o de uso particular.
Funcionarios y servidores públicos.
Operarios de maquinaria pesada.
Ciencias de la salud humana tales como: médicos, instrumentadores, enfermeros y demás áreas afines.
Toda aquella que implique el cuidado, guarda o custodia de menores de edad tales como: profesores, niñeras o madres comunitarias.
Actividades asociadas con la seguridad aeronáutica tales como las desarrolladas por: controladores aéreos.

En ese sentido, la persona que desarrolle alguna de estas actividades y porte o consuma sustancias estupefacientes o psicotrópicas se le aplicará la sanción correspondiente.

Parágrafo 1°. Corresponde al Gobierno nacional adicionar a esta lista otras actividades, profesiones u oficios que considere no pueden ser desarrolladas por quienes consuman este tipo de sustancias, así como determinar las sanciones correspondientes, las cuales deberán ser estipuladas de manera gradual, desde la pérdida temporal hasta la pérdida definitiva del derecho a desarrollar la actividad, profesión u oficio.

Parágrafo 2°. Corresponde al Gobierno nacional reglamentar la forma en que deben ser realizados los exámenes, en qué caso deben ser periódicos y en cuáles aleatorias, las autoridades encargadas de realizarlos y el procedimiento para la imposición de las sanciones. Asimismo deberá establecer las medidas administrativas de disuasión que deberán ser aplicadas a aquellas

personas que sean sorprendidas portando o bajo el influjo de sustancias psicoactivas ilícitas”.

En relación con este artículo, se observa una carencia argumentativa en la exposición de motivos que soporte metodológicamente la necesidad de exceptuar a las personas mencionadas de poder portar o consumir sustancias psicoactivas. Aunado a la inexistencia de estudio empírico que soporte cuál es la trascendencia social o potencial riesgo, frente a terceros que pueden representar los enlistados en el canon en cita.

Por otro lado, se percibe que el proyecto entremezcla lo que se entiende por simple consumo y consumo problemático, dándoles un tratamiento idéntico, lo que deriva en una desproporción manifiesta frente a la sanción. Así, una persona puede consumir una sustancia psicoactiva de manera esporádica o social, sin que esta conducta llegue a representar un riesgo potencial para la sociedad, mientras que la persona que presenta un consumo problemático puede hacer prevalecer el consumo de sustancias estupefacientes sobre cualquier otra actividad a realizar, o sobre los derechos de terceros, lo que puede ocasionar un riesgo mayor en sociedad, aun cuando no genera, per se, una especial trascendencia o peligro social y requeriría medidas diversas a las que corresponden al consumo ocasional.

Ahora bien, el artículo, así como está diseñado, puede vulnerar derechos fundamentales de las personas enlistadas en la excepción, como es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>9</sup>, ya que, como se planteó en la sentencia de la Corte Constitucional que despenalizó la dosis personal, el Estado debe dejar decidir a la persona entre los actos a desarrollar, entre lo bueno y lo malo, es decir, debe dejarla existir, más aún cuando solo atañe a esta la escogencia de una u otra acción, siempre y cuando no entre esa autonomía o libre desarrollo en conflicto con la autonomía de otra persona.

En efecto, si alguno de los enlistados consumiere sustancia estupefaciente, sin llegar a transgredir el derecho o autonomía en el libre desarrollo de la personalidad de otro sujeto, o afectando o poniendo en peligro otros bienes jurídicos, el Estado no puede entrar a sancionarla, pues ese es un acto que atañe única y exclusivamente la órbita de él, teniendo absoluta libertad de decidir sobre la realización de la conducta.

Ahora bien, en gracia de discusión, si lo pretendido es que las personas que ejercen alguna de las actividades enlistadas no la realice bajo el influjo de alguna sustancia estupefaciente so pena de incurrir en alguna de las sanciones contempladas en el parágrafo 1° del artículo 3° del proyecto, cabe resaltar que esta temática ya está regulada, tanto laboral como penalmente. Veámoslo:

**“Disposición del Código Sustantivo del Trabajo y del Código Penal que en lo sustancial recoge lo pretendido como sanción en el proyecto de ley.**

Las sanciones que pretende incluir el artículo 3° del Proyecto de ley número 161 de 2016, en lo sustancial, o por lo menos la más gravosa, que es la pérdida del empleo de carácter definitivo, está regulada en la legislación colombiana. El Código Sustantivo del Trabajo,

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, SP 2940-2016 Radicación número 41760 aprobado Acta número 71. M. P. Eugenio Fernández Carlier, marzo 9 de 2016.

<sup>9</sup> Al respecto pueden verse, entre otras, las Sentencias, C-221 de 1994 y C-491 de 2012.

en el artículo 60, numeral dos (2), en concordancia con el canon 62 numeral de la misma obra enseña:

“**Artículo 60. Prohibiciones a los trabajadores.** Se prohíbe a los trabajadores:

2. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o **bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes**”.

(Negritas fuera de texto).  
El artículo 62 dice:

“**Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa.** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A) Por parte del empleador

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

En estos términos, se advierte que lo pretendido en el proyecto de ley, en relación con la sanción a las personas que ejercen las actividades, profesiones u oficios contempladas en el artículo 3° del proyecto, está prevista en los artículos 60 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otro lado, y nuevamente en gracia de discusión, podría pensarse que algunas de las actividades, profesiones u oficios a los que alude el artículo 3° del proyecto de ley, pueden desarrollarse de manera independiente, como la conducción de vehículos automotores. En estos casos, y en el evento de originarse alguna lesión a un bien jurídicamente tutelado, verbigracia, cuando el conductor que previamente consumió sustancia psicoactiva arrolla a una persona causándole alguna lesión o incluso la muerte<sup>10</sup>, la legislación colombiana consagra normatividad especial para esos eventos. Así, el Código Penal Colombiano Ley 599 de 2000, en sus artículos 109, 110 numerales 1 y 6, 120 y 121, enseñan:

“**Artículo 109. Homicidio culposo.** El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años (hoy treinta y dos (32) meses a ciento ocho (108) meses) y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (hoy veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150)).

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de tres (3) a cinco (5) años (hoy cuarenta y ocho (48) meses a noventa (90) meses”.

**Artículo 110.** Circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará:

1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.

<sup>10</sup> En el caso hipotético planteado, se omite la discusión de si la conducta punible fue dolosa –dolo eventual– o culposa.

6. Si al momento de cometer la conducta el agente estuviere conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1° o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria”.

**Artículo 120. Lesiones culposas.** El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años (hoy dieciséis (16) meses a cincuenta y cuatro (54) meses).

**Artículo 121. Circunstancias de agravación punitiva por lesiones culposas.** Las circunstancias de agravación previstas en el artículo 110, lo serán también de las lesiones culposas y las penas previstas para este delito se aumentarán en la proporción indicada en ese artículo”.

Adicional a ello, es decir, a una sanción de carácter penal, la legislación también comporta unas penas privativas de otros derechos, que, para el caso expuesto precedentemente, procedería la contemplada en el numeral 5 del artículo 43 del Código Penal, precepto que indica:

“**Artículo 43. Las penas privativas de otros derechos.** Son penas privativas de otros derechos:

5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas”.

Conforme a lo anterior, si a una persona se le impusiera alguna de las penas privativas de otros derechos –entre las cuales también está, la prohibición de tenencia o porte de armas de fuego– lógicamente perdería la posibilidad de seguir ejerciendo su actividad, profesión u oficio, es decir, se materializa la sanción más grave de las consagradas en el artículo 3° del proyecto a través de normas que ya prevén conductas que se pudieren realizar bajo el influjo de sustancias psicoactivas.

#### 4.3. Facultades que se le otorgan al Gobierno nacional

El proyecto de ley contiene múltiples normas que ordenan al Gobierno nacional la implementación y regulación del mismo, dejando en manos del Ejecutivo la regulación sobre la cantidad de estupefaciente considerada como dosis mínima en cada una de las sustancias psicoactivas<sup>11</sup>; también, en relación con la facultad de

<sup>11</sup> Artículo 2°. *Presunción legal.* Se presume que el porte de la sustancia es para uso personal, cuando no supera la cantidad que determine el Gobierno nacional como dosis mínima para cada una de las sustancias, siempre y cuando la intención de quien la porte no sea su comercialización o distribución gratuita. El porte de cantidades superiores a las determinadas, como dosis mínima por el Gobierno nacional, se tipifica como la conducta punible de porte de drogas que producen dependencia, consagrada en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000.

**Parágrafo. Facúltese al Gobierno nacional para determinar la cantidad que se considera dosis mínima de estupefacientes y sustancias psicoactivas ilícitas (negritas propias).**

adicionar la lista de las excepciones a la dosis mínima y la reglamentación de los exámenes a practicar ya sea aleatoria o periódicamente<sup>12</sup>; igualmente se faculta al Gobierno nacional para robustecer la política pública de prevención y atención integral al adicto<sup>13</sup>.

Se considera, conforme a lo anterior, que es desbordada la facultad que se otorga al Ejecutivo para que reglamente todo el proyecto, lo que, aunado a ello, vendría en la creación de una nueva normatividad. Asimismo, la forma en que está presentada la propuesta, deja abierta la posibilidad para que pueda modificarse sin ningún control el porcentaje establecido como dosis mínima en las distintas sustancias psicoactivas, lo que sobrevendría en una inseguridad jurídica con cada cambio de mandatario, o de posición en relación con las drogas.

Por último, es importante destacar que una vez hecha la revisión del proyecto de ley y su exposición de motivos, no se presenta un estudio de impacto fiscal e institucional sobre los costos que puede representar la introducción de estas medidas al ordenamiento jurídico, concretamente en lo relacionado con el suministro terapéutico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en ambientes controlados y en términos de recursos para el funcionamiento de los mismos.

#### 4.4. Observaciones finales

El Consejo Superior de Política Criminal aprovecha esta oportunidad para instar al Gobierno nacional, al Congreso de la República y a la sociedad civil, para que propendan por la regulación y atención del consumo de sustancias psicoactivas en Centros de Reclusión del Orden Nacional del sistema penitenciario, así como en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Lo anterior, teniendo en cuenta los altos índices de consumo de estas sustancias en los mencio-

<sup>12</sup> Parágrafos del artículo 3° del Proyecto de ley número 161 de 2016, señala que: “Parágrafo 1°. Corresponde al Gobierno nacional adicionar a esta lista otras actividades, profesiones u oficios que considere no pueden ser desarrolladas por quienes consuman este tipo de sustancias, así como determinar las sanciones correspondientes, las cuales deberán ser estipuladas de manera gradual, desde la pérdida temporal hasta la pérdida definitiva del derecho a desarrollar la actividad, profesión u oficio. Parágrafo 2°. Corresponde al Gobierno nacional reglamentar la forma en que deben ser realizados los exámenes, en qué caso deben ser periódicos y en cuáles aleatorios, las autoridades encargadas de realizarlos y el procedimiento para la imposición de las sanciones. Asimismo deberá establecer las medidas administrativas de disuasión que deberán ser aplicadas a aquellas personas que sean sorprendidas portando o bajo el influjo de sustancias psicoactivas ilícitas”.

<sup>13</sup> Artículo 4°. *Política pública de atención integral al adicto*. Enfóquese la política pública nacional de prevención y atención a la adicción de sustancias psicoactivas desde una orientación de salud pública de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 1566 de 2012. **Corresponderá al Gobierno nacional robustecer la política pública de prevención y atención integral al adicto, cuyos componentes deberán estar enfocados en la prevención, mitigación y superación de la situación, para lo cual se deben establecer los programas y campañas enfocados en la prevención del consumo bajo un enfoque de riesgo social, orientada a la rehabilitación con el fin de evitar los efectos negativos del consumo y desarrollar las estrategias de inclusión laboral y social al adicto, entre otros.** (Negritas fuera de texto).

nados establecimientos que resultan preocupantes para las autoridades responsables en ambos sistemas.

#### 5. Conclusión

En suma, no resultan plausibles los argumentos que sustentan el proyecto de ley que permitan suponer la necesidad de incluir esa normatividad. Primero porque no es coherente la exposición de motivos del proyecto con el articulado del mismo; segundo, porque se advierte una posible violación a derechos fundamentales, como el del libre desarrollo de la personalidad; tercero, por carencia de sustento en relación con el factor social de riesgo o peligro que representan las personas que ejercen las actividades, profesiones u oficios a los que alude el articulado; cuarto, por cuanto la legislación actual, ya contempla, tanto administrativa, como penalmente, sanciones por los hechos enmarcados en el proyecto.

#### CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

**Marcela Abadía Cubillos**

Directora de Política Criminal y Penitenciaria  
Secretaria Técnica Consejo Superior de Política Criminal

\*\*\*

#### CARTA DE COMENTARIOS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 002 DE 2016 CÁMARA, ACUMULADO CON EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 003 DE 2016 CÁMARA

*por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C., 30 de enero de 2017

Doctor

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Presidente

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

E. S. D.

**Asunto: Concepto sobre el Proyecto de Acto Legislativo número 002 de 2016 Cámara, acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.**

Respetado doctor Pinto:

En atención a la trascendencia que ostenta el referido proyecto de acto legislativo relacionado con la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP, en mi condición de Defensor del Pueblo, me permito exponer algunas consideraciones que estimo pertinentes para su trámite en el Congreso de la República.

En primer lugar, la Defensoría del Pueblo destaca la necesidad del presente acto legislativo en la medida que pretende materializar e incorporar al ordenamiento jurídico el Punto 5 del Acuerdo Final, como presupuesto indispensable para la construcción de una paz estable y duradera.

En segundo lugar, el Sistema Integral de Verdad y Justicia, Reparación y No Repetición (Sivjrnj) constituye la columna vertebral del Acuerdo de Paz ya que tiene como propósito la garantía y satisfacción de los derechos de las víctimas, en cumplimiento de las obligaciones internacionales en cabeza del Estado colombiano, en particular, las que conciernen a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como a la búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.

En este orden de ideas, esta entidad celebra que el proyecto de acto legislativo establezca, como fundamento de la calificación jurídica propia a realizarse por parte de los operadores judiciales de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) además de nuestro ordenamiento jurídico penal, las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho Penal Internacional (DPI).

Así, este proyecto, que apenas contiene el soporte estructural para el funcionamiento del referido Sistema Integral, pues tendrá que ser objeto de posterior reglamentación, es el primer paso para fijar los procedimientos internos del mismo que necesariamente deben ajustarse a los estándares internacionales de protección en materia de derechos humanos, los cuales están llamados a operar como parámetro de interpretación del contenido del Acuerdo Final y a orientar su implementación normativa.

No de otra forma se pueden brindar garantías de seguridad jurídica para todos los sujetos que se sometan a la JEP cuyas investigaciones y enjuiciamientos –conforme lo ha advertido la Fiscalía de la Corte Penal Internacional– deben ser efectivos y genuinos.

Dicho esto, la Defensoría del Pueblo considera oportuno exponer algunas observaciones referidas a los siguientes aspectos puntuales:

– Artículo transitorio 5°. *Jurisdicción Especial para la Paz.*

El artículo 5° establece el ámbito de aplicación de la jurisdicción especial para la paz y señala que el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a “*conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas*”, sobre las cuales más adelante se dispone que no habrá extradición (artículo transitorio 16).

Al respecto, la Defensoría del Pueblo llama la atención sobre la extensión de la competencia material que implica esta disposición para la JEP; y por tanto, de la necesidad de precisar el tipo de hechos a los que se refiere. Si bien, esto no tiene que ser objeto de definición por parte del proyecto de acto legislativo, lo cierto es que esta entidad considera que, en todo caso, se debe definir el contenido de la expresión “*conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas*”, con el fin de dar mayor claridad en su aplicación y evitar que comportamientos ajenos a este proceso puedan llegar a incluirse dentro de tal categoría.

– Artículo transitorio 7°. *Acciones de tutela contra acciones u omisiones de la JEP.*

La norma establece que la acción de tutela procederá en contra de las providencias judiciales de la JEP solo por una “**manifiesta vía de hecho**” o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutoria y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado. Por otro lado, el artículo dispone que la decisión sobre la selección del fallo a revisar será adoptada por una Sala conformada por dos Magistrados de la Corte Constitucional y dos Magistrados de la JEP y deberá contar con el voto afirmativo de los cuatro Magistrados.

Si bien la Defensoría está de acuerdo con la posibilidad de presentar acciones de tutela en contra de las decisiones adoptadas por la JEP, considera relevante exponer unas observaciones respecto de algunos aspectos de la regulación:

De una parte, la expresión “**manifiesta vía de hecho**” constituye una categoría que no guarda correspondencia con los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup>. En este sentido, se sugiere reformular dicha expresión con el fin de adecuar la norma a estos lineamientos jurisprudenciales y evitar interpretaciones que generen inseguridad jurídica y resulten restrictivas respecto de la procedencia de este mecanismo de amparo.

De otra parte, a partir de la experiencia de la Defensoría del Pueblo como asistente a las Salas de Selección en la Corte Constitucional, es posible afirmar que el requisito del voto unánime de las y los magistrados que integren la Sala que decidirá sobre la selección del fallo a revisar es excesivo. En efecto, resultaría muy difícil en la práctica contar con el voto de la totalidad de las y los magistrados, máxime si se tiene en cuenta que los fallos objeto de estudio probablemente se ocuparán de asuntos complejos susceptibles de diferentes posturas e interpretaciones. En esa medida, se sugiere modificar el artículo en el sentido de exigir el voto mayoritario de las y los magistrados que integrarán la sala de selección, con lo cual se logra preservar la discusión y debate al interior de esta Sala, sin sacrificar el proceso de selección.

Además, debe precisarse que, en todo caso, aquellas magistradas o magistrados de la JEP que harán parte de esta Sala, no podrán ser quienes profirieron la decisión controvertida mediante la acción de tutela; pues de lo contrario, se presentaría un claro conflicto de intereses.

Por último, se considera que la presencia del Ministerio Público debe incluirse para este caso en las Salas de selección de la JEP, como una medida tendiente a garantizar la transparencia y control ciudadano frente a las decisiones que se adopten, tal como ocurre actualmente durante el proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional<sup>2</sup>. Asimismo, es necesario que el Ministerio Público mantenga la facultad de insistir en

<sup>1</sup> Al respecto ver, entre otras, Sentencias T-125 de 2012 y C-590 de 2005.

<sup>2</sup> Artículo 55 del Acuerdo número 02 de 2015. Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

la selección de los casos<sup>3</sup>, ya que constituye una oportunidad para llamar la atención sobre asuntos de importancia decisiva para la defensa de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de la jurisprudencia.

– Artículo transitorio 11. Procedimiento y reglamento

El artículo 11 determina la facultad que tienen las y los magistrados para elaborar las normas procesales que regirán la JEP, y establece algunos criterios para ello. La Defensoría encuentra dos asuntos problemáticos frente a esta disposición normativa:

(i) Se establece que el Procurador General de la Nación, por sí o por sus delegados y agentes, no intervendrá en los procesos que se sigan ante la jurisdicción especial para la paz. Al respecto, esta entidad considera que no es razonable excluir la participación del Ministerio Público en los procesos que se surtan ante esta jurisdicción especial, ya que a este le ha sido encomendada por mandato constitucional la función de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales en defensa del orden jurídico y la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, su intervención en este escenario constituye una garantía adicional para la materialización de los derechos de todas las partes involucradas en el proceso, en especial, de los de las víctimas.

(ii) El inciso 2° establece que cuando un testigo declare contra alguna persona por una conducta de competencia de la JEP a cambio de obtener beneficios procesales o punitivos de cualquier naturaleza, el valor probatorio de su testimonio estará supeditado a que el contenido del mismo sea corroborado por otros medios de prueba. A juicio de la Defensoría, esta disposición contraría el principio de buena fe y limita la sana crítica como sistema de valoración de la prueba que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, esta disposición llama la atención porque dadas las condiciones de los hechos y conductas cometidas con ocasión y en relación con el conflicto armado, una restricción probatoria como la propuesta puede constituirse en un obstáculo para la administración de justicia.

– Artículo transitorio 14. Entrada en funcionamiento y plazo para la conclusión de las funciones de la JEP.

El artículo determina que “*el plazo para la conclusión de las funciones de la JEP consistentes en la presentación de acusaciones por la Unidad de Investigación Acusación, de oficio o como consecuencia de las resoluciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y*

*las Conductas, será de 10 años contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de salas y secciones de la JEP, y un plazo posterior de 5 años más para concluir su actividad jurisdiccional, plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado mediante ley, para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la JEP”.*

Con el fin de brindar garantías de seguridad jurídica, y a efectos de proteger los derechos de las víctimas respecto a la expectativa de las decisiones tomadas en la jurisdicción especial, la Defensoría del Pueblo considera necesario que se determine un término preciso para la prórroga sobre la terminación definitiva de la actividad jurisdiccional de la JEP.

De acuerdo con lo expuesto, la Defensoría del Pueblo solicita respetuosamente a los Honorables Congresistas tener en cuenta estas observaciones al momento de tramitar el presente Proyecto de Acto Legislativo.

Cordialmente,

  
CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA  
Defensor del Pueblo

## CONTENIDO

Gaceta número 62 - Miércoles, 8 de febrero de 2017	
CÁMARA DE REPRESENTANTES	
NOTAS ACLARATORIAS	Págs.
Por medio de la presente me permito aclarar que en Sesión Plenaria del día 2 de febrero de 2017 fue sometido a discusión y aprobación la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley Orgánica número 004 de 2016 Cámara, 002 de 2016 Senado, por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la Ley 5ª de 1992..	1
CARTAS DE COMENTARIOS	
Carta de comentarios del Ministerio de Justicia y del Derecho –Consejo Superior de Política Criminal– al Proyecto de ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado y a los proyectos de ley números 087 de 2016 Senado y 041 de 2016 cámara.....	2
Carta de Comentarios del Ministerio de Justicia y del Derecho –Consejo Superior de Política Criminal– a los Proyectos de ley números 161 de 2016 Cámara y 041 de 2016 Cámara, por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de las drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.....	7
Carta de comentarios de la Defensoría del Pueblo al Proyecto de acto legislativo número 002 de 2016 Cámara, Acumulado Con el Proyecto de acto legislativo número 003 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.....	13

<sup>3</sup> Artículo 33 del Decreto número 2591 de 1991 y artículo 7° del Decreto número 262 de 2002.