



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 215

Bogotá, D. C., martes, 9 de abril de 2019

EDICIÓN DE 8 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

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 38 DE 2019 SENADO

por medio del cual se modifica el artículo 44 de la
Constitución Política

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 44 de la Constitución Política quedará así:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes estarán sometidos únicamente a las sanciones establecidas en el régimen penal ordinario y serán investigados y juzgados conforme las normas definidas en el Código de Procedimiento Penal.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 2º. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.


NANCY PATRICIA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA
Ministra del Interior


GLORIA MARÍA BORRERO RESTREPO
Ministra de Justicia y del Derecho
Augusto Uribe
Maritza Martínez
Rafael Cárdenas
Rafael Cárdenas S.
Rafael Cárdenas
Adriana Magali Matiz Vargas
Miguel Ángel Pinto Hernández
Juan Manuel Doze Figueroa

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Del contenido del proyecto de acto legislativo

El proyecto de acto legislativo sometido a consideración del honorable Congreso de la República adiciona al artículo 44 superior el siguiente inciso:

“Los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes estarán sometidos únicamente a las sanciones establecidas en el régimen penal ordinario y serán investigados y juzgados conforme las normas definidas en el Código de Procedimiento Penal”.

La modificación se fundamenta en la imperiosa necesidad de consagrar en el ordenamiento constitucional (i) la competencia de la justicia ordinaria para conocer de los delitos sexuales contra

niñas, niños y adolescentes; y (ii) la aplicación de las sanciones y penas contempladas en el Código Penal, con la finalidad de proteger a los menores de edad, sujetos que gozan de especial protección constitucional y cuyos derechos tienen prevalencia sobre los derechos de los demás.¹

A continuación se presenta la modificación al artículo 44 de la Constitución Política, para lo cual en el siguiente cuadro comparativo se transcribe el artículo 44 superior y la modificación propuesta:

ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	MODIFICACIÓN PROPUESTA AL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
<p>Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.</p> <p>La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.</p> <p>Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.</p>	<p>Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.</p> <p>La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.</p> <p><u>Los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes estarán sometidos únicamente a las sanciones establecidas en el régimen penal ordinario y serán investigados y juzgados conforme las normas definidas en el Código de Procedimiento Penal.</u></p> <p>Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.</p>

II. De la prevalencia constitucional y legal de los derechos de los niños

El artículo 44 de la Constitución Política establece los derechos fundamentales de los niños y precisa la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir, proteger y garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, así como el ejercicio pleno de sus derechos. Adicionalmente, esta disposición, resalta que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

De otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por el honorable Congreso de la República mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991, prevé la obligación inexcusable del Estado de adoptar todas y cada una de las medidas apropiadas para proteger a los niños contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.²

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, en concordancia con lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado está en la obligación de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, especialmente, de su derecho a no ser víctima

educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” [...] Artículo 34 “Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.” Artículo 35 “Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.” Artículo 36 “Los Estados Parte protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”.

¹ Colombia, Constitución Política, último inciso del artículo 44.

² Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, artículo 19. “1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y

de ninguna forma de violencia, incluido el abuso sexual.

Por otra parte, el interés superior de los derechos de los niños ha sido reconocido por la legislación nacional, la que en la Ley 1098 de 2006 “Código de la Infancia y la Adolescencia”, establece en los artículos 8° y 9° lo siguiente:

“Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

“Artículo 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

En consecuencia, se tiene un cuerpo normativo legal y constitucional que reconoce la prevalencia y preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente, debe destacarse que (i) el Comité de los Derechos del Niño de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Observación General número 13 (2011) ha reconocido que las obligaciones del Estado en relación con el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia se concretan en “[...] actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables, y ofrecer vías de reparación de las violaciones de los derechos humanos”; y (ii) la honorable Corte Constitucional en su jurisprudencia consagra la especial protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de la siguiente forma: “[...] Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma [...]”.³

Ha resaltado, también, la Corte Constitucional, la especial protección de los derechos de dicho grupo poblacional así:

“Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos

materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales”.⁴

Es por ello que la Corte Constitucional reconoce y establece como mandato la especial y prevalente protección a los niños, niñas y adolescentes, la cual debe estar presente en el ordenamiento jurídico nacional. Dicho Tribunal Constitucional ha resumido también los instrumentos internacionales en los cuales están consagrados los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así:

“En primer lugar encontramos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para

³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-260 del 29 de marzo de 2012, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Acción de Tutela instaurada por AA, en representación de su menor hija XX contra BB, Expediente T-3.273.762.

⁴ *Ibidem*.

ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.⁵

Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la preservación del interés superior del menor es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho: “En este sentido, la preservación del interés superior del menor se erige como un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y una manifestación del deber general de solidaridad. Este principio, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y consagrado de manera autónoma en el Código de la Infancia y la Adolescencia [...]”.⁶

En consecuencia, la preservación del interés superior del menor, pilar fundamental del Estado Social de Derecho, no puede ser objeto de sustitución, de supresión⁷ o de modificación, y debe prevalecer en el orden legal y constitucional de la República.

En ese orden de ideas, conforme al artículo 44 constitucional, la protección prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes impone al Congreso de la República la obligación de hacer una valoración diferente del tratamiento penal de conductas que afectan de forma profunda su desarrollo, integridad, libertad y formación. Los delitos sexuales representan sin duda comportamientos de especial gravedad, ya reconocida a nivel legislativo, en tanto que vulneran, entre otros, los derechos de las víctimas a la integridad física, a la salud, así como el cuidado y amor, reconocidos en el artículo 44 superior. Al respecto, en la jurisprudencia constitucional, se ha reconocido lo siguiente:

“Sin duda, la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes resulta especialmente gravosa, debido a la multiplicidad y entidad constitucional de los derechos y bienes jurídicos lesionados. Por cuenta de su comisión, se vulneran o se amenazan

derechos fundamentales, tales como: (i) el derecho a la vida y a la dignidad humana (ii) el derecho a una vida libre de violencias; (iii) para el caso de las niñas y adolescentes, el derecho a no ser objeto de discriminación en razón del género; (iv) el derecho a la integridad personal, entre otros.

Por tales razones frente a la comisión de delitos sexuales, el Estado tiene la obligación de actuar con la mayor diligencia en su investigación, juzgamiento y sanción”⁸.

La condición de los niños, niñas y adolescentes de sujetos de especial protección constitucional demanda entonces de las autoridades públicas y en particular del legislativo, una actuación decidida con el fin de asegurar la no repetición de los delitos sexuales de los que han sido víctimas, así como la imposición de sanciones proporcionales para los responsables de los mismos, que correspondan a la gravedad de este tipo de comportamientos.

De no hacerlo y de admitirse por parte del Congreso que se otorguen los beneficios de la justicia transicional para quienes cometen delitos sexuales en contra de menores de edad, en particular mediante la imposición de sanciones propias o alternativas de la JEP, se consolidaría una situación contraria a principios y valores constitucionales, al tiempo que se restaría valor normativo a la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevista en la Carta Política.

Finalmente, es de precisar que el presente proyecto de acto legislativo se constituye en una medida legítima y válida de política criminal, de competencia del legislador y respecto de la cual la jurisprudencia constitucional ha sido especialmente deferente, que como parte del amplio margen de configuración determine y trate de forma diferenciada los comportamientos que merecen un mayor reproche desde el punto de vista punitivo⁹. Como cuerpo

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-080 de 15 de agosto 2018, Magistrado Sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo, Asunto: Control automático de constitucionalidad del Proyecto de ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*”.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-191 de 20 de abril de 2016, Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo, Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 4° (parcial), 6° (parcial), 8° (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015, “*por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*”, Expediente: D-10965.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-108 de 23 de febrero de 2017, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 (parcial) de la Ley 890 de 2014 “*por la cual se modifica y adiciona el Código Penal*”, Referencia: Expediente D-11528.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-100 de 22 de marzo de 2018, Acción de tutela presentada por Alfredo Caldas Meneses contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y otros, Procedencia: Juzgado Quinto Administrativo de Bucaramanga, Referencia: Expediente T-6.483.959.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-202 del 28 de mayo de 2018, Magistrado Ponente Carlos Bernal Pulido, Acción de tutela interpuesta por PVMB, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija NFRM, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, Expediente T-6.438.838.

⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-332 de 17 de mayo de 2017, Magistrado Ponente Antonio José Lizarazo Ocampo, Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo número 01 de 2016, “*por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”, Expediente D-11.653.

de representación y deliberación democrática, en ejercicio de sus atribuciones de reforma de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con las facultades de adoptar medidas en materia sancionatoria, de manera que se sancione adecuadamente y se desestime la violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes, como en el caso del presente proyecto de acto legislativo.

III. De los derechos de los niños víctimas de violencia en los procesos judiciales

Con la finalidad de promover la realización de los derechos de los niños víctimas de violencia, a nivel internacional y nacional se han definido los parámetros que deben guiar los procesos judiciales penales cuando los niños son víctimas de delitos.

En materia de intervención judicial, el Comité de los Derechos del Niño de la Convención sobre los Derechos del Niño, expone:

“[...] todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior (y el de otros niños, si existe un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia)”, adicionalmente, llama la atención de las autoridades judiciales para que respeten las siguientes garantías:

- a) Los niños y sus padres deben ser informados debidamente y con prontitud por el sistema judicial u otras autoridades competentes (como la policía, los servicios de inmigración o los servicios educativos, sociales o sanitarios).
- b) Los niños que hayan sido víctimas de actos de violencia deben ser tratados con tacto y sensibilidad durante todo el procedimiento judicial, teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad, su sexo, los impedimentos físicos que puedan tener y su nivel de madurez, y respetando plenamente su integridad física, mental y moral.
- c) En la medida de lo posible, la intervención judicial debe ser de carácter preventivo, fomentar activamente un comportamiento positivo y prohibir los comportamientos negativos. La intervención judicial debe formar parte de un enfoque coordinado e integrado entre los diferentes sectores, prestar apoyo a los otros profesionales en su labor con los niños, los cuidadores, las familias y las comunidades y facilitar el acceso a toda la gama de servicios disponibles de atención y protección del niño.
- d) En todas las actuaciones en que participen niños que hayan sido víctimas de violencia, debe aplicarse el principio de celeridad, respetando el estado de derecho”.¹⁰

Además, los artículos 192 y 193 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, establecen que en los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas

o los adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos y su protección integral y para el efecto prevén los siguientes criterios:

- “1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.
2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.
3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.
4. Decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.
5. Tendrá especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito.
6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.
7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.
8. Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si

¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General número 13 sobre el artículo 19 de la Convención “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, Documento CRC/C/GC/13 del 18 de abril de 2011. Párr. 54.

la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.

9. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.
10. Informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.
11. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.
12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.
13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones”.

En materia de violencia sexual contra niños, con base en el marco constitucional, la honorable Corte Constitucional ha definido algunas pautas que deben guiar el decreto, práctica y valoración del material probatorio con miras a garantizar el interés de los niños, a saber:

- (i) Las autoridades judiciales no deben discriminar a los niños y deben dispensarles un tratamiento acorde con su nivel de madurez y a la situación de indefensión en la que se encuentren.¹¹
- (ii) Constituye una forma de discriminación que el funcionario dispense a la víctima menor de 18 años el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga.¹²
- (iii) El funcionario judicial no puede decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño y debe a) ser particularmente diligentes y responsables de la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de de-

litos de carácter sexual”; b) informar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre la existencia de un menor que se halla en situación de peligro; c) ordenar la recolección de elementos materiales probatorios de oficio para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuandoquiera que exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio, y d) recolectar cada evidencia de tal forma que se respete la dignidad del niño.¹³

- (iv) Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores de 18 años, el operador judicial tiene la obligación de tener en cuenta el testimonio de la víctima menor de 18 años y, en ausencia de testigos, valorarlo como un indicio de la ocurrencia de la agresión.¹⁴
- (v) El principio de intereses superior del niño, exige dar pleno valor a los testimonios de los niños e interpretar las dudas que se presenten en el marco del proceso a favor de estos.¹⁵
- (vi) Los operadores judiciales deben mostrar especial diligencia en la investigación y juzgamiento de las agresiones, “utilizar plenamente sus facultades oficiosas para disminuir la brecha entre la verdad procesal y la verdad real”, tener especialmente en cuenta el testimonio de los niños ante la frecuente ausencia de otros elementos probatorios, entre otros puntos.¹⁶

Es claro que nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional reconocen la especial protección del interés superior de los niños y propenden por un sistema jurídico con fines reparadores y restauradores de sus derechos, en consecuencia, esta iniciativa constitucional propone que en ningún supuesto se permita asociar la comisión de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes con escenarios que permitan tratamientos jurídicos más benévolos para los perpetradores de estas graves violaciones. En efecto, sustraer la investigación y juzgamientos de delito sexuales contra niños, niñas y adolescentes de la jurisdicción ordinaria, al igual que otorgar beneficios judiciales a quienes los cometan configura un abandono de la especial protección constitucional del interés superior de los niños.

IV. De la voluntad del Congreso de la República durante el trámite del Proyecto de

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-458 de 7 de junio de 2007, Magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis, Acción de tutela instaurada contra el Juzgado Primero de Menores del Circuito de Bogotá, Expediente T-1503415.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-078 de 11 de febrero de 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, Acción de Tutela instaurada contra la Fiscalía 21 de Cartagena y la Fiscalía 4ª ante el Tribunal de Cartagena, Expediente T-2418585.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-1015 de 7 de diciembre de 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, Acción de tutela de Amparo contra la Fiscalía Seccional 230 de la Unidad de Delitos Sexuales y la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Expediente T-2.520.834.

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-554 de 10 de julio de 2003, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, Acción de tutela instaurada contra la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores, Expediente T-695077.

¹² *Ibidem.*

Ley Estatutaria 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz

El Congreso de la República durante el trámite de Proyecto de Ley Estatutaria 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara,¹⁷ aprobó el artículo 146, cuyo texto era:

“Las sanciones a las que se hace referencia en el Título IX de la presente ley no serán aplicables a quienes hayan cometido cualquier tipo de delito sexual contra Niños, Niñas o Adolescentes.

A los infractores a los que se hace referencia en el inciso anterior se les aplicarán las penas y sanciones contempladas en la Ley 599 de 2000 o la que haga sus veces, y no procederán ninguna clase de beneficios o subrogados penales, judiciales y o administrativos, incluyendo los que se consagran en la presente ley”.

El artículo anteriormente transcrito determinaba que a los sujetos activos de delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz se les imponían las sanciones y penas consagradas en la Ley 599 de 2000 “Código Penal”, y la improcedencia de beneficios o subrogados penales, judiciales o administrativos consagrados en el proyecto de ley “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, precepto que fue declarado inexecutable por la honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018,¹⁸ providencia que consideró:

“En efecto, la norma bajo estudio establece una medida que busca proteger a los menores de edad, en tanto sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos prevalentes en el ordenamiento jurídico interno, contra un tipo de agresión que afecta derechos fundamentales constitucionales de primer orden y, por lo mismo, se encuentra proscrita junto con otro tipo de violencias (artículo 44 C.P.).

[...]

No obstante lo anterior, como se expondrá a continuación, la disposición legal objeto de control resulta incompatible con el marco constitucional del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y, en particular, de la Jurisdicción Especial para la Paz como componente de dicho sistema, adoptado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017.

(i) Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto partes de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada.

De conformidad con el artículo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2017, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, se

funda en tres principios básicos que le dan sentido y justificación dentro de nuestro ordenamiento constitucional, a saber: (i) reconocimiento de verdad plena sobre lo ocurrido; (ii) reconocimiento de responsabilidad por parte de todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; y (iii) satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

[...]

Dentro de este marco general, uno de los paradigmas orientadores de la Jurisdicción Especial para la Paz es la aplicación de una justicia restaurativa “que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”, como expresamente lo dispone el inciso cuarto del artículo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2017.

(ii) La JEP sólo tiene competencia respecto de delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado

El artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2017 dispone que es de competencia de la JEP conocer “de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”.

Por lo anterior, no cualquier hecho de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes cometido por personas sometidas a la JEP será de competencia de dicha jurisdicción. Sólo lo serán aquellos que cumplan los requisitos de conexidad con el conflicto armado, conforme a los criterios vistos en la parte general de esta providencia.

Por otra parte, resulta inadmisibles desconocer que la violencia sexual en general y, en particular, la cometida contra niñas, niños y adolescentes, es una realidad de los conflictos armados en Colombia y en el mundo. Por su extrema gravedad, el ordenamiento jurídico obliga como norma inderogable, que sea judicializada, y por consiguiente debe ser incluida en los mecanismos de justicia transicional, pues ella no puede quedar en la impunidad.

Por ello, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contempla la violencia sexual, incluyendo la cometida contra menores de edad, como un crimen de guerra (art. 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

[...]

En concordancia con esta prohibición absoluta de violencia sexual, especialmente la cometida contra

¹⁷ “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018, Magistrado ponente Antonio José Lizarazo Ocampo, expediente RPZ-010, control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

niñas, niños y adolescentes, el artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 01 de 2017 previó que la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz “contará con un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual”.

La Corte Constitucional, por su parte, también ha constatado la ocurrencia de violencia sexual en el conflicto armado interno, incluyendo aquella cometida contra niñas, niños y adolescentes.

En consecuencia, la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes **en el marco del conflicto armado** es de competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz. Por ser uno de los hechos de mayor gravedad, conforme a lo dispuesto en el artículo transitorio 66 constitucional, así como en el artículo 19 del Proyecto de Ley bajo estudio, la JEP podría decidir su priorización, en aras de contribuir a la pronta superación de la impunidad de estos graves hechos en el marco de la guerra”.

En síntesis, la iniciativa constitucional tiene por objetivo hacer prevalecer el interés superior de las niñas, niños y adolescentes como pilar fundamental del Estado Social de Derecho, mediante la exclusión de los delitos sexuales cometidos contra ellos de los sistemas de justicia transicional. En efecto, no existe razón política, constitucional, ni jurídica alguna, que pueda servir al propósito de justificar que el Estado desatienda su deber supremo de proteger a las personas más vulnerables de la población frente a conductas que sin duda merecen el mayor reproche por parte de la sociedad. No se debe entonces ahorrar ningún esfuerzo en la protección de los niños, niñas y adolescentes y en la imposición de la sanción más estricta posible frente a las conductas que afectan de forma grave la integridad y bienestar de los menores de edad.

De los honorables congresistas, con sentimientos de consideración,


 NANCY PATRICIA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA
 Ministra del Interior


 GLORIA MARÍA BORRERO RESTREPO
 Ministra de Justicia y del Derecho

SENADO DE LA REPÚBLICA
 Secretaría General

(Arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 4 del mes de abril del año 2019 se radicó en este Despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 38, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por la Ministra del Interior doctora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, la Ministra de Justicia y de Derecho, doctora Gloria María Borrero Restrepo, honorables Senadores Miguel Á. Pinto, Álvaro Uribe, Esperanza Andrade y Maritza Martínez.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SECCIÓN DE LEYES
 SENADO DE LA REPÚBLICA -
 SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D.C., 4 de abril de 2019

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 38 de 2019 Senado, *por medio del cual se modifica el artículo 44 de la Constitución Política*, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por la Ministra del Interior, doctora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda; la Ministra de Justicia y del Derecho, doctora Gloria María Borrero Restrepo; con el acompañamiento de los honorables Senadores Álvaro Uribe Vélez, Maritza Martínez Aristizábal, Ruby Helena Chagüi Spath, Paloma Valencia Laserna, Miguel Ángel Pinto Hernández, Esperanza Andrade de Osso, Jhon Milton Rodríguez González, Carlos Eduardo Guevara Villabón; honorables Representantes Adriana Magali Matiz Vargas, Juan Manuel Daza Iguarán. La materia de que trata el mencionado proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
 DE LA REPÚBLICA

Abril 4 de 2019

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado Proyecto de Acto Legislativo a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la **Gaceta del Congreso**.

Cúmplase

El Presidente del honorable Senado de la República,

Ernesto Macías Tovar.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.