



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° 352

Bogotá, D. C., miércoles, 15 de mayo de 2019

EDICIÓN DE 8 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 38 DE 2019 SENADO

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

Bogotá, D. C., 14 de mayo de 2019.

Presidente

CARLOS EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Comisión Primera

Senado de la República.

Referencia: Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Acto Legislativo número 38 de 2019 Senado, por medio del cual se modifica el artículo 44 de la Constitución Política.

Respetado Presidente:

En cumplimiento de la designación hecha por la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República, y de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 5 de 1992, me permito rendir informe de ponencia para segundo debate al **Proyecto de Acto Legislativo número 38 de 2019 Senado**, por medio del cual se modifica el artículo 44 de la Constitución Política.

1. CONTEXTO LEGISLATIVO DEL PROYECTO

El proyecto de acto legislativo fue radicado el pasado 4 de abril de 2019 en la Secretaría General del Senado de la República, por la Ministra del Interior, doctora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, y por la Ministra de Justicia y del Derecho, doctora Gloria María Borrero, y publicado en la *Gaceta del Congreso* número 215 de 2019.

La Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado, mediante Acta MD-26 del 10 de abril

de 2019, me designó como ponente para primer debate.

El proyecto de acto legislativo fue discutido, votado y aprobado en primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República el pasado 6 de mayo de 2019.

2. COMENTARIOS SURGIDOS EN EL TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN PRIMERA DE SENADO DE LA REPÚBLICA

- Durante la discusión en la Comisión Primera del Senado de la República surgieron algunos comentarios y cuestionamientos, tanto de orden político como jurídico, a los cuales me permito dar respuesta a continuación:
- **El proyecto de acto legislativo no afecta el acuerdo final:**

Una de las principales preocupaciones que se discutió, especialmente durante el primer debate de este acto legislativo fue la potencialidad de esta reforma para afectar lo negociado entre el Gobierno y las FARC. Sin embargo, tal y como quedó claro en dicho debate, ni el objetivo del proyecto es afectar el Acuerdo de La Habana ni esto es posible mediante el presente acto legislativo.

Como se explicó en la exposición de motivos del proyecto, **su finalidad es que en futuras oportunidades, en las cuales exista la posibilidad de aplicar justicia transicional, las conductas cometidas en el conflicto armado, los delitos sexuales cometidos contra menores de edad no sean objeto de estas jurisdicciones especiales, sino que los mismos solo puedan ser juzgados por la justicia ordinaria y bajo las penas propias del Código de Penal.**

Desde un punto de vista constitucional, es jurídicamente imposible que este acto legislativo

afecte lo pactado en La Habana y en especial la regulación de la Jurisdicción Especial para la Paz, ya que las conductas que son de conocimiento de dicha jurisdicción están cobijadas por el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 29 superior:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (Subrayado fuera de texto).

(...)

En ese orden de ideas, por el principio de vigencia inmediata de la ley y en especial, por el principio de favorabilidad, este acto legislativo no puede afectar los acuerdos con las FARC.

Sin embargo, para dar mayor claridad sobre este punto, por medio de una proposición aditiva, varios senadores adicionaron un nuevo párrafo al proyecto, dejando de manera expresa la prohibición de que lo dispuesto en el acto legislativo afecte a conductas anteriores a su vigencia.

No obstante, como se mencionó es inane e inocuo hacer de nuevo esa aclaración, más aún, si lo que realmente buscamos es no seguir llenando de artículos y de párrafos la Constitución, puesto que como se explicó, los efectos serán a futuro, motivo por el cual se considera que no es necesario incluirlo nuevamente en el texto que se somete a consideración de la plenaria del Senado de República.

- **El concepto de delitos sexuales comprende todas las conductas que afectan los derechos sexuales contra menores**

Otra de las inquietudes manifestadas en el debate del proyecto de acto legislativo está relacionada en la utilización del concepto de “delitos sexuales”. En concreto, se advirtió que debería utilizar el concepto de violencia sexual, por ser, supuestamente, omnicompreensivo.

Desde el punto de vista dogmático penal, el término correcto es el de delitos sexuales y no el de violencia sexual, esto por varias razones:

En primer lugar, es la nomenclatura utilizada por el Código Penal para proteger este bien jurídico, específicamente en su Título IV del Libro Segundo, cuando regula los “Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”. Este título ha variado en múltiples ocasiones. Así en el Decreto ley 100 de 1980 se los denominaba “Delitos contra la libertad y pudor sexual” y posteriormente la Ley 360 de 1997 los llamó “Delitos contra la libertad y dignidad sexual”. Como puede observarse, la constante es el concepto de delitos y no de violencia.

En segundo lugar, y como fundamento de la nomenclatura que el Código Penal utiliza, no todos

los delitos sexuales implican violencia, razón por la cual si se utilizara este término se estarían dejando por fuera una gran cantidad de conductas muy graves que afectan a los menores, como los actos sexuales abusivos, el acoso sexual, el proxenetismo con menor de edad, por solo nombrar algunos.

En tercer lugar, al utilizar el concepto de delitos sexuales de forma genérica, se están incorporando conductas más allá del Título IV del Código Penal, antes mencionado, “Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”. No puede perderse de vista que existen otros delitos sexuales por fuera de este título, en especial aquellas que están reguladas por el Título II del Estatuto Penal, “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, entre los que se encuentran, entre otros, el acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años, actos sexuales violentos en persona protegida, actos sexuales con persona protegida menor de catorce años, embarazo forzado en persona protegida, desnudez forzada en persona protegida, etc.

- **La justicia ordinaria genera mayores garantías frente a los menores víctimas de delitos sexuales**

Otro de los puntos discutidos sobre el proyecto de acto legislativo en el Senado fue que mantener la investigación y el juzgamiento de los delitos sexuales contra menores en la jurisdicción ordinaria es inconveniente, ya que por su ineficacia se correría un alto riesgo de impunidad.

Si bien es innegable que existen problemas de ineficacia en el sistema judicial, lo cierto es que la justicia ordinaria ha demostrado ser más efectiva que la justicia transicional en estos aspectos. Desde luego, resulta imposible comparar lo hecho por la Fiscalía y los jueces, respecto de la JEP ya que a un año de su inicio, no se han dado condenas sobre los delitos sexuales en el marco del conflicto.

La justicia transicional, históricamente no ha sido efectiva en general y en particular para investigar y juzgar delitos sexuales en contra de menores en el marco del conflicto.

Por su parte, la justicia ordinaria ha mejorado su eficacia en cuanto a la investigación y juzgamiento de estos delitos, como lo muestran estas estadísticas:



Como puede verse, existe una marcada tendencia en el aumento de las denuncias que por delitos sexuales contra menores se presentan ante la jurisdicción ordinaria. En el siguiente cuadro, se puede observar el comportamiento de la justicia ordinaria frente a estos delitos:

| CATEGORIA DE ACTUACIÓN | 2.014 | 2.015 | 2.016 | 2.017 | 2.018 |
|--|--------------|--------------|--------------|--------------|---------------|
| Archivo por atipicidad | 1.021 | 2.299 | 2.862 | 3.649 | 5.006 |
| Archivo por falta de recursos | 558 | 1.304 | 2.201 | 2.851 | 4.064 |
| Sentencia | 106 | 560 | 1.294 | 1.744 | 2.471 |
| Inactivado para acumulación conexidad procesal | 231 | 426 | 572 | 800 | 1.163 |
| Preclusión | 40 | 145 | 243 | 286 | 418 |
| Traslado por competencia | 148 | 263 | 330 | 338 | 403 |
| Extinción de la acción | 7 | 39 | 63 | 45 | 51 |
| Principio de oportunidad | 2 | 9 | 50 | 59 | 44 |
| Total | 2.113 | 5.045 | 7.615 | 9.773 | 13.622 |

Estas cifras demuestran que las sentencias y en general la resolución de estos delitos, ha aumentado significativamente desde 2014, demostrando un aumento de efectividad.

Como conclusión, la justicia ordinaria ha venido aumentando su eficacia en la persecución de estos delitos, mientras que la justicia transicional históricamente ha tenido una tendencia a la impunidad de estas conductas.

3. ARTICULADO DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

| PROYECTO RADICADO | TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE |
|--|--|
| <p>Artículo 1°. El artículo 44 de la Constitución Política quedará así:</p> <p>Artículo 44. 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>Artículo 1°. El artículo 44 de la Constitución Política quedará así:</p> <p>Artículo 44. 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> |

| PROYECTO RADICADO | TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE |
|--|--|
| <p>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 a las normas definidas en el Código de Procedimiento Penal.</p> <p>Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.</p> <p>Artículo 2°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.</p> | <p>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 a las normas definidas en el Código de Procedimiento Penal.</p> <p>Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.</p> <p>Artículo 2°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.</p> <p>Parágrafo. Lo establecido en el inciso tercero del artículo 44 de la Constitución Política, en ningún caso afectará las disposiciones de acuerdos de paz firmados con anterioridad.</p> |

4. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

- **Perspectiva internacional y constitucional del interés superior del menor**

Instrumentos internacionales aplicables en Colombia a través del bloque de constitucionalidad, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos consagran la preeminencia especial que tienen las prerrogativas en cabeza del niño y el deber del Estado de dar protección, prevenir y reprimir conductas encaminadas a afectarles en su formación e integridad.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3°, establece:

Artículo 3°

1. *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. (Subrayado fuera de texto).*
2. *Los Estados Partes 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.*

3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

Así las cosas, este proyecto de ley cumple una obligación internacional en cabeza del Estado colombiano, en la medida en que se excluye de cualquier forma de justicia transicional y de beneficio ligada a esta forma de justicia a los delitos sexuales contra menores, ya que de lo contrario, no se estaría cumpliendo de manera efectiva la prevención general negativa ni la retribución justa de la pena, funciones propias de las sanciones penales reconocidas por nuestra legislación (artículo 4º, Ley 599 de 2000). Si se aceptara que delitos tan graves como los cometidos contra menores en su bien jurídico de la libertad y formación sexuales fueran conocidos por la justicia transicional, dejando en un alto grado de desprotección a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que a los posibles victimarios se les está enviando un mensaje de impunidad y de falta de consecuencias severas por la comisión de estas conductas. De forma más clara, esta convención ordena a los Estados parte proteger, a través de todas las medidas posibles, de los abusos sexuales a los menores:

Artículo 19

1. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*
2. *Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.*

Tampoco puede perderse de vista que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas expidió la Resolución número 1612 de 2005, por medio de la cual el Consejo de Seguridad supervisa anualmente, a través de informes por país, la

situación respecto de los hechos que afectan a los niños en contextos de conflicto armado.

En el Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños, Niñas y Adolescentes, la Unicef, dentro de sus recomendaciones, mencionó:

“9. Asegurar la rendición de cuentas y poner fin a la impunidad

Recomiendo que los Estados aumenten la confianza de la comunidad en el sistema de justicia haciendo que todos los que cometan actos de violencia contra los niños rindan cuentas ante la justicia y garantizando que se les responsabiliza de sus actos mediante procedimientos y sanciones penales, civiles, administrativas y profesionales apropiadas. Se debe impedir que trabajen con niños personas culpables de delitos violentos y abusos sexuales contra los niños. (Subrayado fuera de texto)¹.

De lo anterior se deduce entonces que, desde el punto de vista del derecho internacional, no toda sanción es apropiada para proteger a los niños víctimas de delitos sexuales, en especial en el marco del conflicto. De ahí la importancia de garantizar penas adecuadas y proporcionales a la gravedad de estos crímenes.

En el mismo sentido, nuestra Carta establece:

Artículo 44. *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 derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En el desarrollo del artículo 44 superior, la protección de los niños, niñas y adolescentes demandada de las instituciones estatales obligaciones

¹ PINHEIRO, Paulo Sergio. Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños. Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños, Niñas y Adolescentes. Unicef. En línea: https://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_Mundial_Sobre_Violencia.pdf.

encaminadas a dar, cuando ello sea necesario, tratamientos o valoraciones diferenciadas para la garantía efectiva del amparo al menor. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la violencia sexual contra los menores es una amenaza frente a los derechos a la vida en condiciones dignas, a la libertad, a la igualdad, integridad personal y agrega que en relación con los delitos sexuales, “el Estado tiene la obligación de actuar con la mayor diligencia en su investigación, juzgamiento y sanción”². (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Para la Corte Constitucional, la salvaguarda del interés superior del menor, tal como ha sostenido la Corte Constitucional, es piedra angular en la construcción de un modelo de Estado social de derecho reconocido y desarrollado en la Carta Política de 1991. Por ello implementar acciones y mecanismos que protejan los derechos de los menores de manera efectiva es un compromiso del Estado colombiano.

Así las cosas, si el Congreso admitiera otorgar los beneficios de aplicar las sanciones propias o alternativas de la JEP a quienes cometen delitos sexuales en contra de menores de edad, se consolidaría una situación contraria al interés superior del menor y de suyo contraria también a los intereses fundantes de un Estado social de derecho.

- **Los derechos de los niños víctimas de violencia sexual en procesos judiciales**

En el marco de un proceso judicial colombiano, el ordenamiento jurídico ha reconocido y desarrollado la protección del interés superior del menor, con el propósito de lograr en casos en donde los menores son víctimas, en especial, de delitos sexuales, un sistema jurídico reparador y restaurador de sus derechos. Teniendo en cuenta que dentro de las investigaciones en las que ellos son víctimas se requiere salvaguardar los derechos a la información, a la celeridad en las actuaciones, al tacto y la sensibilidad en el curso del procedimiento, al respeto absoluto por el Estado de derecho, a la atención especial para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados, la toma en cuenta de la opinión, a tal punto que los testimonios del menor se convierten en la pauta infranqueable para el juez. Así lo ha determinado la Corte Constitucional:

El deber de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual, especialmente cuando son niños y mujeres, impone a las autoridades judiciales –

*incluidos los fiscales– la obligación de adelantar las respectivas investigaciones y juicios penales con debida diligencia. Este deber de debida diligencia se traduce en obligaciones concretas como (i) adelantar la investigación de manera oportuna y dentro de un plazo razonable; (ii) no tomar decisiones discriminatorias basadas en estereotipos de género; (iii) brindar a las víctimas oportunidades para ser oídas y participar dentro del proceso, así como tomar en cuenta sus opiniones y reclamos, y adoptar mecanismos para facilitar la rendición del testimonio y para proteger su intimidad; (iv) dictar mandatos judiciales de amparo para evitar nuevas agresiones, así como para garantizar la seguridad de la víctima y su familia durante y después del proceso; (v) dar aviso a las víctimas de la liberación de los agresores; (vi) brindar información a las víctimas sobre sus derechos y la forma como puede participar en el proceso, así como orientación psicológica; (vii) permitir a las víctimas solicitar el control de legalidad de las decisiones que afectan sus derechos; y (viii) guardar la debida reserva de la identidad de la víctima. Adicionalmente, cuando la víctima es un menor de 18 años, los funcionarios judiciales deben (i) armonizar los derechos de los presuntos agresores con los derechos de los niños, por ejemplo, aplicando el principio de in dubio pro reo en última instancia después de una investigación seria y exhaustiva; (ii) minimizar los efectos adversos sobre los niños que se derivan de su participación en el proceso, por ejemplo, a través de apoyo interdisciplinario; (iii) dar prioridad a los casos y resolverlos con celeridad; (iv) tratar a los niños con consideración teniendo en cuenta su nivel de madurez y su situación de indefensión como víctimas; (v) permitir que los niños en todas las etapas sean acompañados y asistidos por personas de su confianza; (vi) informar a los niños y a sus representantes sobre las finalidades, desarrollo y resultados del proceso, resolver todas sus inquietudes al respecto y orientarlos sobre la forma como pueden ejercer sus derechos al interior del proceso; (vii) informar al Ministerio Público para que pueda velar por los intereses de los niños; y (viii) acudir el principio pro infans como criterio hermenéutico*³.

Lastimosamente, las estructuras de justicia transicional han demostrado que estos derechos se cumplen de manera plena, ya que en muchas ocasiones estos procesos no son adversativos, impidiendo que los representantes de los menores tengan la oportunidad procesal de ejercer tales derechos.

Este proyecto de acto legislativo propone que bajo ninguna circunstancia se permita aplicar tratamientos jurídicos más benévolos para los perpetradores de estos comportamientos graves y nocivos y que siempre sea la justicia ordinaria

² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 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”.

³ Sentencia T- 843 de 2011.

la que conozca de estos casos, la que, si bien no es perfecta, ha demostrado ser más eficaz frente a la protección de los derechos de los menores. Si se permitiera sustraer la investigación y juzgamiento de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes de la jurisdicción ordinaria, así como conceder beneficios judiciales a los infractores, es retrotraer en el reconocimiento y protección de sus derechos como sujetos de especial protección, y justificar las violaciones y prácticas sexuales que se perpetraron en contra de ellos por actores del conflicto.

- **De la voluntad del Congreso de la República durante el trámite 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”**

Es importante reiterar que la voluntad del legislador era precisamente que los perpetradores de delitos sexuales contra menores no tuvieran las prerrogativas punitivas en el proceso ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), y es por ello que el Congreso de la República durante el trámite del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara⁴, 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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Sin embargo, la Corte Constitucional fue quien declaró inexecutable dicho artículo por considerarla incompatible con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, contrario a lo establecido en uno de los principios fundantes de esta justicia especial que propende por la restauración del daño causado y sobre todo con acabar la situación de exclusión social que les haya provocado, en este caso, los actos de violencia sexual en su contra que afectaron su desarrollo e integridad física y emocional, y por ello juzgarlo con normas y penas flexibles, propias de la justicia transicional sería tanto como justificar su actuar delictivo en el marco del conflicto armado, y evitar que la justicia ordinaria actúe en pro de garantizar la no repetición de lo ocurrido.

Es por esta razón que se hace necesario un cambio en la Constitución, para subsanar la inconstitucionalidad mencionada, si se quiere proteger de manera efectiva a los menores.

5. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de acto legislativo sometido a consideración pretende adicionar 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.”

Frente al texto aprobado en primer debate, se plantean algunas modificaciones formales, incorporando los dos incisos en uno y mejorando su redacción. También se cambia la posición del inciso adicionado, para ubicarlo con posterioridad a la regla de ponderación sobre la prevalencia de los derechos de los menores.

Además de lo anterior, se considera necesario incluir otra modificación teniendo en cuenta la preocupación expresada por el **Consejo Superior de Política Criminal en su concepto favorable sobre este proyecto**. Allí se afirmó que la redacción propuesta originalmente podría llevar a interpretaciones que afecten el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

“En efecto, al establecer en la Constitución Política que los delitos sexuales deberán estar siempre sometidos a la sanción establecida en el régimen penal ordinario, así como que su investigación y juzgamiento se surtirá conforme al Código de Procedimiento Penal, se podría entender que incluso los delitos cometidos por menores de edad tendrían dicho tratamiento, desconociéndose así los principios de la Ley 1098 de 2006 en su finalidad pedagógica y educativa, así como el tope máximo que se dispone para los adolescentes que infrinjan la ley penal”.

Así las cosas, se plantea el siguiente texto para el segundo debate ante la plenaria del Senado:

| TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE COMISIÓN PRIMERA DE SENADO | TEXTO PROPUESTO PARA EL SEGUNDO DEBATE PLENARIA DEL SENADO |
|---|---|
| Artículo 1°. El artículo 44 de la Constitución Política quedará así: | Artículo 1°. El artículo 44 de la Constitución Política quedará así: |
| Artículo 44. 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, | Artículo 44. 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, |

⁴ “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

| TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE COMISIÓN PRIMERA DE SENADO | TEXTO PROPUESTO PARA EL SEGUNDO DEBATE PLENARIA DEL SENADO |
|---|--|
| 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. | 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. | 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. |
| <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 a las normas definidas en el Código de Procedimiento Penal.</u> | Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. <u>Sin perjuicio de lo previsto en materia de responsabilidad penal de adolescentes, los delitos sexuales cometidos en contra de los niños, niñas y adolescentes estarán sometidos únicamente a las sanciones establecidas en el régimen penal ordinario y serán investigados y juzgados conforme a las normas definidas en el Código de Procedimiento Penal.</u> |
| Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. | |
| Artículo 2°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación. | Artículo 2°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación. |
| Parágrafo. Lo establecido en el inciso tercero del artículo 44 de la Constitución Política, en ningún caso afectará las disposiciones de acuerdos de paz firmados con anterioridad. | Parágrafo. Lo establecido en el inciso tercero del artículo 44 de la Constitución Política, en ningún caso afectará las disposiciones de acuerdos de paz firmados con anterioridad. |

6. Proposición

Con fundamento en las anteriores consideraciones, en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 5ª de 1992, presento ponencia favorable y, en consecuencia, solicito a los miembros del Honorable Senado de la República, dar segundo debate al **Proyecto de Acto Legislativo número 38 del 2019 Senado**, por medio del cual se modifica el artículo 44 de la Constitución Política, en los términos del texto que se propone a continuación.

Cordialmente,


Santiago Valencia González
Senador de la República

TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO EN PLENARIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA AL 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 Colombia

DECRETA:

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

Artículo 44. 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 derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

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

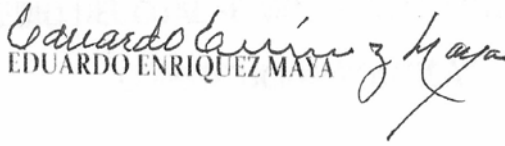
Artículo 2°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

De los Honorables Senadores,


Santiago Valencia González
Senador de la República

De conformidad con el inciso segundo del artículo 165 de la Ley 5ª de 1992, se autoriza la publicación del presente informe.

Presidente,


EDUARDO ENRIQUEZ MAYA

Secretario,


GUILLERMO LEON GIRALDO GIL

TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN PRIMERA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA AL 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 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 norma 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.

Parágrafo. Lo establecido en el inciso tercero del artículo 44 de la Constitución Política, en ningún caso afectará las disposiciones de acuerdo de paz firmados con anterioridad.

En los anteriores términos fue aprobado el Proyecto de Acto Legislativo número 38 de 2019 Senado, por medio del cual se modifica el artículo 44 de la Constitución Política, como consta en la sesión del 6 de mayo de 2019, Acta número 45.

Ponente:


SANTIAGO VALENCIA GONZALEZ
H. Senador de la República

Presidente,


S. EDUARDO ENRIQUEZ MAYA

Secretario General,


GUILLERMO LEON GIRALDO GIL