REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

I S S N 0 1 2 3 - 9 0 6 6

AÑO XVIII - Nº 994 Bogotá, D. C., lunes 5 de octubre de 2009 EDICION DE 4 PAGINAS

DIRECTORES: EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESUS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

CAMARA DE REPRESENTANTES

PONENCIAS

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 104 DE 2009 CAMARA

por el cual se adiciona el artículo 44 de la Constitución Política a fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

Bogotá, D. C., 29 de septiembre de 2009

Doctor.

OSCAR ARBOLEDA PALACIO

Presidente

Comisión Primera

Cámara de Representantes

Referencia: Proyecto de Acto Legislativo número 104 de 2009 Cámara, *por el cual se adiciona el artículo 44 de la Constitución Política a fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.*

Señor Presidente:

De conformidad con lo establecido en el reglamento del Congreso de la República, Ley 5ª de 1992, nos permitimos presentar a su consideración y por su digno conducto a los miembros de la honorable Plenaria de la Cámara de Representantes, el informe de ponencia para segundo debate al **Proyecto de Acto Legislativo número 104 de 2009,** *por el cual se adiciona el artículo 44 de la Constitución Política a fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.*

1. Objeto del Proyecto

La especial protección de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de violencia como imperativo constitucional prevalente e impostergable, presente en el artículo 44 de la Carta, ha exigido al legislador a establecer un conjunto de penas drásticas para los delitos contra la vida, la libertad personal y el pudor sexual de los niños y niñas. Con ello se ha buscado impedir que los menores queden expuestos a ser víctimas de nuevas agresiones por parte de quienes son procesados o condenados por tales delitos, dado el riesgo de que estos puedan repetir tan reprochables conductas.

Sin embargo, en la práctica de poco han servido las penas drásticas que la legislación penal ha establecido en esta materia, dado que la ley procesal y el estatuto carcelario y penitenciario otorgan a los sindicados y condenados un conjunto amplio y generoso de beneficios tales como el derecho a la excarcelación, la detención domiciliaria, el principio de oportunidad, la libertad provisional, la condena de ejecución condicional, la redención de pena por trabajo y estudio, las salidas transitorias del establecimiento carcelario, etc. Estos beneficios se traducen en una reducción considerable del tiempo de condena y la posibilidad de gozar de la libertad durante el proceso y la condena. Así las cosas, la protección penal, tanto preventiva como punitiva, establecida a favor de los menores de edad se fue tornando nugatoria.

Con el propósito de corregir tan inaceptable distorsión, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006–[1] logró estable-

1 *Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306347 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad prevista en los artículos 307348, literal b), y 315349 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314350 de la Ley 906 de 2004.

cer una prohibición de conceder tales subrogados penales y beneficios procesales y administrativos a los sindicados y condenados por los delitos contra la vida, la libertad personal y sexual y el pudor sexual de menores de edad.

Así frente a la demanda de inconstitucionalidad parcial de este artículo, las consideraciones expresadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-738 de 2008, para la declaración de exequibilidad se sustentan en la interpretación de los fines y objetivos trazados para la Ley 1098 de 2006, como son la protección de los derechos de los niños y adolescentes, la garantía de su pleno desarrollo y la preservación de las circunstancias propicias para su crecimiento, en esta medida se afirma la necesidad de eliminar los beneficios penales.

Sin embargo, la Corte Constitucional con la sentencia analizada, sólo se refiere a las "razones indicadas en la parte considerativa de la providencia". Entre tales consideraciones para declarar exequible la norma en mención no figura el análisis de la posible violación del derecho a la igualdad, razón por la cual haber quedado abierto el espacio para la inaplicación de la citada disposición legal.

A su vez observamos recientemente algunas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales a inaplicar judicialmente esta norma, invocando para ello la inconstitucionalidad de la misma por violación del principio constitucional de igualdad. Ya se han registrado en el país algunas providencias judiciales que conceden tales beneficios a sindicados de delitos contra los niños, niñas y adolescentes, no obstante la rotunda prohibición legal de concederlos. Algunos funcionarios judiciales –jueces, tribunales y fiscales– inaplican la prohibición legal de concederlos, por considerar que tal limitación es contraria al derecho a un trato igualitario de todos los sindicados y penados.

Así frente a la carencia de todo fundamento constitucional, existe hoy el riesgo de que tan peregrina y desproporcionada tesis seudo-garantista sea acogida por un importante sector de la doctrina y se generalice en la práctica judicial, lo cual equivaldría a derogar en la práctica la referida norma protectora de los menores de edad. Ante tal riesgo corresponde al Congreso de la República hacer valer el mandato constitucional que erige a los niños, las niñas y los adolescentes, sujetos de especial protección constitucional. La única vía jurídica para impedir que la norma del Código de la Infancia y la Adolescencia se torne ineficaz es elevarla a canon constitucional y otorgarle una fuerza normativa que la haga directamente aplicable por todos los operadores jurídicos, tanto judiciales como administrativos competentes. Es preciso darle un blindaje constitucional a dicha norma y cerrarle el paso a cualquier estrategia hermenéutica que la torne ineficaz.

Para ello es necesario adicionar un inciso al artículo 44 de la Constitución, incorporando un principio que prohíba otorgar a los adultos, procesados y condenados por delitos contra la vida, la libertad personal o física y el pudor sexual de los menores de edad, los subrogados penales y demás beneficios procesales y administrativos que las leyes otorgan en esta materia.

2. **Trámite en la Comisión Primera**

Contando con el apoyo de los honorables Representantes de la Comisión Primera de la Cámara en la presentación del este proyecto de acto legislativo, seguros de las potestades de la iniciativa para la protección efectiva e integradora de las disposiciones internacionales y de la normatividad nacional, tomando como base lo estipulado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la sesión del 16 de septiembre del 2009 en la Comisión se aprobó en primer debate la presente iniciativa, frente a un pliego de modificaciones dirigido a incluir la expresión "niñas y adolescentes" en el título del proyecto de acto legislativo, para hacerlo acorde a las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006–, lo cual no presentó ningún tipo de discusión en el seno de esta comisión.

3. **Consideraciones Jurisprudenciales.**

La Corte Constitucional ha creado una línea jurisprudencial que afirma la prevalencia de los derechos de los niños a través de la protección integral e integradora de las disposiciones internacionales, presente en el artículo 44 de la Constitución Política, que establece que los derechos de los niños tienen prevalencia sobre los derechos de los demás, así mismo constituyen este marco de protección los artículos 42, 52 y 67.

3.2 Jurisprudencia sobre Subrogados Penales

Como se menciona la Sentencia C-762 de 2002 la finalidad de la exclusión de beneficios y subrogados penales no afecta, compromete o desconoce los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, por el contrario lo

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324351, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.
4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.
5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.
6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461356 de la Ley 906 de 2004.
7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348357 a 351358 de la Ley 906 de 2004.
8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.
Parágrafo Transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600363 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso 1° de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.

que se busca es *evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional*.

Con ello la jurisprudencia constitucional, ha determinado la libertad del legislador para coadyuvar en la fijación de los lineamientos de la política en materia criminal con miras a posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas, haciendo uso de esta libertad establecer la eliminación de beneficios y subrogados penales responde al diseño de una política criminal que, interpretando la realidad del país, está direccionada a combatir las peores manifestaciones delictivas.

"*Ciertamente, en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico una amplia gama de beneficios y subrogados penales, y los mismos resulten aplicables a todas las categorías de delitos en forma indiscriminada, la lucha que se promueva contra aquellos puede resultar infructuosa, pues la pena, que 'constituye lo justo, es decir, lo que se merece', pierde su efectividad y proporcionalidad cuantitativa frente al mayor daño que determinados comportamientos causan a la comunidad. Por eso, resulta ajustado a la Constitución Política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal".*

La Corte en igual sentido en la Sentencia C-805 de 2008, al establecer el estado de cosa juzgada constitucional con respecto a la Sentencia C-425 de 2008, se puede extraer los siguientes apartes:

"54. *Los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena y los beneficios con los cuales se sustituye una pena restrictiva por otra favorable, han sido regulados en los diferentes estatutos procesales en provecho de las personas que han sido condenadas en los casos expresamente definidos por la ley. Como lo ha advertido la Corte, estos beneficios tienen como fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente.*

55. Ahora bien, al igual que sucede con la imposición de medidas de aseguramiento, los requisitos para decretar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional y los beneficios a favor del condenado hacen parte de la libertad de configuración normativa del legislador porque constituyen elementos fundamentales del debido proceso penal y responden a las evaluaciones propias de la política criminal del Estado.

Así, se observa en las normas legales que regulan los subrogados penales y los beneficios a favor del condenado (artículos 63 a 68 de la Ley 599 de 2000 y 465 a 476 de la Ley 906 de 2004), que el legislador ha utilizado diversas pautas para aplicarlos, dentro de los cuales se encuentran criterios subjetivos que surgen de la personalidad del sentenciado y criterios objetivos que se verifican con la constatación de la pena impuesta y de su cumplimiento efectivo; todos ellos dirigidos a suponer que no existe necesidad de continuar con la pena, o que no se requiere imponer su ejecución, o que no resulta necesaria la restricción de la libertad en los términos más gravosos porque existen elementos de juicio suficientes para concluir que la limitación de los derechos del sentenciado ha cumplido su función de reinserción a la sociedad.

Dentro de los criterios de valoración de la personalidad del condenado, el legislador ha señalado la existencia de antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, de tal suerte que si estos resultan favorables en el sentido general de aceptación social, el sentenciado puede tener derecho a que se le concedan los beneficios indicados en la ley. Pero, de la misma manera, de la valoración sobre la personalidad del condenado, o de la gravedad de la conducta punible, o de la buena conducta del sentenciado, el juez puede concluir que la pena aún es necesaria o que debe mantenerse la rigidez de la medida restrictiva de la libertad.

Con las anteriores consideraciones resulta necesario reafirmar las facultades de configuración legislativa en materia procesal, que permite determinar tratamientos diferenciales sobre los procedimientos sancionatorios y medidas punitivas, en el otorgamiento o negación de los beneficios con los subrogados penales, frente a prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, respetando con ello los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acatando los principios constitucionales.

4. Evaluación del Proyecto

Para ratificar la importancia de que a los mayores de edad que sean procesados o condenados por delitos contra la vida, la libertad personal y sexual y el honor sexual de los niños, de las niñas y de los adolescentes, no sean beneficiados con los subrogados penales y los beneficios procesales y administrativos que la ley otorga en materia penitenciaria y carcelaria, quisimos basarnos en la hipótesis que su negación es necesaria por el reproche social a los actos penales realizados, muchas veces, bajo el lecho familiar de muchos menores, donde la detención domiciliaria sólo ayuda a empeorar la situación de las víctimas.

Para ello, tomamos las estadísticas proporcionadas por el informe Forensis 2008, "Datos para la Vida", instrumento de análisis proporcionado por la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Fondo de Previsión Vial, que pretende desarrollar una recopilación estadística y analítica de las lesiones de causa externa en Colombia con el objetivo de sensibilizar sobre la real dimensión del problema y motivar la definición y diseño de políticas públicas de intervención y prevención del hecho violento.

Al analizar el cuadro 1, el número de dictámenes sexológicos en menores de edad fue de 16.120 (85,7%), siendo las niñas de 10 a 14 años (31.5%) las más afectadas y en los niños los más afectados fue el grupo de los de 5 a 9 años (36.8%).

Cuadro 1. Casos y tasas de delito sexual según edad y sexo. Colombia, 2008

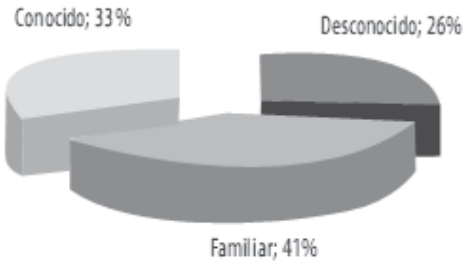
Edad	Mujeres	Tasa mujeres	Hombres	Tasa hombres	Total casos	Total tasa
0-4	1.945	93	526	24	2.471	58
5-9	3.784	176	1.241	56	5.025	115
10-14	5.608	256	846	37	6.454	144
15-17	1.990	155	180	13	2.170	82
18-19	614	75	45	5	659	39
20-24	856	44	60	3	916	23
25-29	497	28	32	2	529	15
30-34	244	15	14	1	258	8
35-39	141	9	10	1	151	5
40-44	104	7	7	1	111	4
45-49	41	3	6	0	47	2
50-54	22	2	5	0	27	1
55-59	14	2	6	1	20	1
60-64	6	1	1	0	7	1
65-69	8	2	3	1	11	1
70-74	9	2	2	1	11	1
75-79	2	1	0	0	2	0
80 y más	9	3	1	0	10	2
Subtotal	15.894	71	2.985	14	18.879	42
Indirectas	1.936		387		2.323	
Total	17.830	71	3.372	14	21.202	48

Fuente: INMLCF/DRIP/SIRDEC

Fuente: FORENSIS, Capítulo Delitos Sexuales en Colombia, 2008. Página. 159.

Por cada niño, se atienden 4,2 niñas y por cada persona adulta se atienden 5,8 menores de edad, lo que evidencia la problemática tan grave contra la niñez. Esto se ahonda con el escenario donde más se presenta la agresión sexual, como es la vivienda, utilizada en un porcentaje del 62,2% y por ello son los familiares y conocidos los principales agresores, como establece en la figura 3.

Figura 3. Posible Delito sexual según posible agresor. Colombia, 2008



Fuente: INMLCF/DRIP/SIRDEC

Fuente: FORENSIS, Capítulo Delitos Sexuales en Colombia, 2008. Página. 161.

Para resumir el agravante expuesto anteriormente, al agrupar por la relación con la víctima, estos posibles agresores, se encuentra coincidencia entre el mayor porcentaje de escenario del hecho, que fue la vivienda (62,23%) y posible agresor familiar (41%) o conocido (33%), que al sumarlos el porcentaje de agresor que conocía a la víctima es 74%.

Por las anteriores consideraciones el legislativo debe blindar constitucionalmente para coadyuvar al Gobierno Nacional en la garantía la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, luchando contra los crímenes sexuales, contra el abuso y el comercio sexual.

6. Proposición

De acuerdo con las anteriores consideraciones, solicitamos a la honorable Plenaria de la Cámara de Representantes, dar segundo debate al Proyecto de ley número 104 de 2009 Cámara, "por la cual se adiciona el artículo 44 de la Constitución Política a fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos", conforme al texto aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

Cordialmente,

William Vélez Mesa, Coordinador; *David Luna Sánchez, Germán Viana Guerrero, Gustavo Puentes Díaz*, Ponentes.

TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE, PRIMERA VUELTA DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 104 DE 2009 CAMARA

por el cual se adiciona el artículo 44 de la Constitución Política a fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 44 de la Constitución Política con un nuevo inciso que tendrá el siguiente texto:

(...)

"Los mayores de edad que sean procesados o condenados por delitos contra la vida, la libertad personal y sexual y el honor sexual de los niños, de las niñas y de los adolescentes, no podrán ser beneficiados con los subrogados penales y los beneficios procesales de detención domiciliaria, excarcelación, aplicación del principio de oportunidad y demás beneficios administrativos que la ley otorga en materia penitenciaria y carcelaria".

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación y tendrá aplicación directa por los órganos judiciales y administrativos competentes.

En los anteriores términos fue aprobado el presente proyecto de acto legislativo, según consta en el acta número 9 del 16 de septiembre de 2009, así mismo fue anunciado para discusión y votación el día 15 de septiembre de 2009, según consta en el acta número 8 de esa misma fecha.

El Secretario Comisión Primera Constitucional,

Emiliano Rivera Bravo.

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2009