



11000/481691

Bogotá D.C.,

Doctora
ADRIANA MAGALI MATIZ VARGAS
Representante a la Cámara
Congreso de la República
Carrera 7 No. 8-68
Ciudad

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras
Al contestar cite No. : S-2018-710397-0101
Fecha: 2018-11-29 18:13:10
Enviar a: CONGRESO DE LA REPUBLICA
No. Folios: 4

ASUNTO: Concepto sobre el Proyecto de Acto Legislativo 066 de 2018: *"Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable"*

Respetada Representante:

Por medio del presente, me permito dar respuesta a la solicitud de concepto radicada en esta entidad frente al Proyecto de Acto Legislativo 066 de 2018: *"Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable"*.

De manera general, resulta oportuno señalar que el ICBF apoya las iniciativas legislativas que como la presente, tienen como objeto el endurecimiento de las penas para quienes sean responsables de actos violentos contra niños, niñas y adolescentes, particularmente, de la imposición de la pena de cadena perpetua para los perpetradores de delitos atroces contra niños, niñas y adolescentes como una sanción ejemplar y disuasiva.

No es para menos, la afectación de esta clase de delitos, en donde el desequilibrio de poder, temor y vulnerabilidad son latentes, en especial en aquellos delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales de los niños, afectan de forma significativa tanto de manera individual como a la sociedad entera y merecen una sanción penal proporcional a la gravedad de la conducta cometida.

Con base en lo anterior, de manera general me permito presentar las siguientes consideraciones sobre el tema en cuestión:

Frente a la viabilidad jurídica de la iniciativa legislativa, es preciso señalar que en concordancia con los diversos instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y frente a los cuales se ha comprometido el Estado Colombiano, nuestra Constitución Política reconoce y concede una *protección integral y prevalente* a los niños, niñas y adolescentes, fundada en principios y garantías constitucionales que promueven el respeto y la prevalencia de sus derechos fundamentales.

Es así como en el artículo 44¹ de la Constitución Política de Colombia consagra expresamente que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son fundamentales y prevalecen respecto a los derechos de los demás. De la misma manera, señala la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos en virtud del principio de interés superior. Por su parte, el artículo 45² constitucional establece el derecho a la protección y la formación integral del adolescente.

El artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño³ determina 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"*. De igual forma, establece que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño su protección y el cuidado⁴.

Con base en los preceptos señalados, la Ley 1098 de 2006 mediante la cual se expidió el Código de Infancia y la Adolescencia define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como *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* y, dispone que los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho son titulares, entre otros, de los derechos a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

Bajo esta premisa, en Sentencia T – 1015 de 2010, la Corte Constitucional hizo énfasis en la calidad de los menores de 18 años como *sujetos de protección constitucional reforzada* y en dicha oportunidad reiteró:

"[L]a jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, lo que implica que la satisfacción de sus derechos e intereses constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los menores [de edad]."

¹ Constitución Política, **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."*

² Constitución Política, **ARTICULO 45**. *El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.// El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.*

³ Aprobada por Colombia mediante Ley 12 de 1991.

⁴ Convención Sobre los Derechos del Niño. Artículo 3º.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T – 1015 de 7 de diciembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Conforme con lo expuesto, es claro que aquellas iniciativas legislativas que directa o indirectamente adopten medidas relacionadas con niños, niñas y adolescentes, deben estar fundamentadas en los principios de interés superior del niño⁶, protección integral⁷, prevalencia de sus derechos y corresponsabilidad⁸, pues estos principios hacen parte del esquema de protección y reconocimiento efectivo de los derechos de la niñez y la adolescencia, y se constituyen en garantías constitucionales que se deben materializar en toda disposición que se adopte en relación a este grupo de especial atención constitucional.

Ahora bien, cuando se trata de delitos sexuales donde la víctima es un niño, niña o adolescente, el Estado dentro de su función garantista ha implementado un sistema de protección a su favor, mediante el cual se ha restringido e incluso prohibido la aplicación de ciertos subrogados penales a favor del condenado⁹.

En relación con la prohibición de otorgar beneficios judiciales y administrativos, es importante destacar que jurisprudencialmente se ha reconocido que el legislador puede negar el otorgamiento de beneficios judiciales o administrativos cuando se trate de delitos considerados como especialmente graves. Particularmente, en Sentencia C - 073 de 2010, la Corte Constitucional realizó el estudio de constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, por medio del cual se excluye de beneficios y subrogados penales a quienes sean condenados por el delito de terrorismo e hizo las siguientes consideraciones:

⁶ Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 8. (...) 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.

⁷ Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 7. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. Además la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica Aprobada mediante Ley 16 de 1972," consagra que "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 en igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Aprobado mediante Ley 74 de 1968. establece "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".

⁸ El artículo 44 de la Constitución Política establece la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Según esta norma, es obligación de todos garantizar el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral. Sobre la definición del término corresponsabilidad, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 10 dispone: "Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Aprobado por Colombia mediante Ley 74 de 1968. dispone 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."

⁹ Artículo 324. Causales. Modificado por el art. 2, Ley 1312 de 2009, parágrafo 3. Este parágrafo fue declarado CONDICIONALMENTE exequible en el entendido que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos. Sentencia C-936 de 2010.

(...) La exclusión de beneficios y subrogados penales, en términos de la sentencia en comento, es una decisión del poder legislativo que busca hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que afecta, de forma grave, bienes jurídicos especialmente valiosos desde la perspectiva constitucional, como la vida, la dignidad humana, la seguridad personal y la integridad física. Bajo esta lógica, "sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo 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.

En este orden ideas, la decisión en comento insiste en que "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. || Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador a favor del imputado, no puede entonces contrariarse el sentido de la pena, que comporta la repuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia que consiste en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias (...)"

Aunado a lo anterior, en dicha sentencia se hizo mención a la limitación que ha establecido el legislador para la concesión de beneficios y subrogados penales para los casos de conductas que afecten gravemente a la sociedad, tales como el homicidio, las lesiones personales bajo modalidad dolosa, los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro, cuando quiera que se cometan contra niños, niñas y adolescentes.

Así las cosas, resulta claro que bajo nuestro marco constitucional y legal, los niños, niñas y adolescentes gozan de una *protección constitucional reforzada* y en ese sentido, el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa para garantizar el efectivo goce de sus derechos, en tanto que es una manifestación de su competencia fijar la política criminal del Estado. Como una forma de materializar esta potestad, se ha establecido la negación de beneficios penales, lo cual se ajustan a nuestro ordenamiento jurídico cuando se trata de delitos considerados particularmente graves para la sociedad, como por ejemplo aquellos que vulneren derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, sobre los cuales la sociedad reclama una sanción justa y proporcional de acuerdo con la gravedad del delito cometido.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de implementar como condena la prisión perpetua, si bien el artículo 34 de la Norma Superior prohíbe este tipo de sanciones, no se puede desconocer que en nuestro marco constitucional hemos adoptado una serie de tratados que permiten revisar el tema y por ello es preciso reseñar lo siguiente:

El artículo 93 de la Carta Magna consagra que *los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*. Bajo este prisma, el Congreso de la República, mediante Ley 742 del 5 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial número 44.826 del 7 de junio de 2002, aprobó el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", el cual, hace parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

Este Estatuto, en su artículo 77, al referirse a las penas aplicables, dejó claro que, cuando así lo justifique la extrema gravedad y las circunstancias del delito, la Corte Penal Internacional está en plena libertad de imponer la reclusión a perpetuidad. Así pues, de la simple lectura del Estatuto de Roma, adoptado por Colombia, se puede concluir que, bajo los presupuestos que señale esta disposición, existe la posibilidad de sancionar con prisión perpetua aquellos delitos de gran impacto; claro está, previa habilitación de la Constitución Política y el control de constitucionalidad que en su momento imparta la Corte Constitucional como guardián de la misma.

En esta línea, en el ámbito internacional, se ha considerado que los delitos sexuales contra menores de 18 años de edad revisten el carácter de extrema gravedad por cuando generan en sus víctimas un alto impacto que atenta contra los derechos fundamentales, en donde el desequilibrio de poder, temor y vulnerabilidad es evidente. Aseveración que se constata si se tiene en cuenta el preocupante panorama que representa el número ascendiente de niños, niñas y adolescentes en Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos – PARD – por motivos de violencia sexual. Hechos que sin duda alguna han generado repercusiones sociales por cuanto se menoscaban los derechos de quienes representan el futuro de la sociedad.

Como precedentes encontramos que en países como Chile¹⁰, Argentina¹¹, Italia¹² y Perú¹³ esta sanción ha sido implementada como medida de protección y prevención a efectos de castigar severamente delitos de alta connotación social y pública. Sanción que imponen bajo la modalidad de *revisable*, lo que significa que existe la posibilidad de que la condena se revise en un determinado plazo y dependiendo las circunstancias se concedan beneficios.

¹⁰ Código Penal de Chile. Artículos 21, 32 y 141. La pena *presidio perpetuo calificado* no permite al condenado acceder a ningún beneficio por el plazo de 40 años y esto sólo con la aprobación por mayoría de los miembros en ejercicio de la *Corte Suprema de Chile*. Se encuentra contemplado como la pena más alta sólo para algunos delitos, en los cuales se encuentra el *secuestro con homicidio o violación* (art. 141 del CP).

¹¹ Código Penal de la Nación de Argentina. Reclusión perpetua o prisión perpetua.

¹² Código Penal Italiano. Artículos 17 y 22.

¹³ Código Penal de Perú. Artículo 29. "La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua".

Conforme lo anterior, para esta entidad el Estatuto de Roma habilita a los países partes a imponer la cadena perpetua en aquellos delitos que por su gravedad merecen un castigo drástico; tratado internacional que se ajusta a la Constitución, tal y como fue declarado por la Corte Constitucional en Sentencia C-578 de 2002. Medida que se torna concordante con la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; máxime si se tiene en cuenta que la misma Corte¹⁴ ha considerado que “[E]l legislador colombiano puede ir más allá de lo regulado por el Estatuto de Roma. En determinados casos, y actuando con base en su facultad de configuración normativa y su deber de protección de bienes jurídicos (art.2 Superior), el legislador colombiano puede extender la protección de las víctimas a ciertos casos no regulados por el Estatuto de Roma (vgr. genocidio contra grupos políticos), sin que por ello se desconozca el objeto y fin del tratado internacional”.

Sobre este mismo punto, en sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha señalado que los Estados gozan de un margen de apreciación cuando se trata de justicia criminal y establecimiento de penas; siendo indispensable, cuando se imponga una sentencia de prisión perpetua, que la misma pueda ser revisada de forma periódica¹⁵, tal como se encuentra planteado en la iniciativa en comentario.

Así entonces, se considera que la facultad de imponer la pena privativa de la libertad más drástica por su carácter de indefinida es razonable y tiene como propósito garantizar que las conductas delictivas cometidas contra niños y niñas sean sancionadas de manera ejemplar en virtud del principio constitucional de prevalencia de sus derechos, y del deber de protección especial que le asiste al Estado, lo que ha toda luz resulta proporcional y congruente, acorde con una política criminal drástica contra los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

Sin perjuicio de lo anterior y con el ánimo de fortalecer el proyecto de acto legislativo, debe anotarse que el ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos humanos, si bien no proscribiera este tipo de castigos, contiene disposiciones en diferentes tratados relacionadas con los fines que deben ser atendidos en la imposición de sanciones de naturaleza penal.

Así, a manera de ejemplo, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica lo siguiente: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. De esta forma, al momento de proponer el establecimiento de una condena perpetua debe señalarse dentro de la exposición de motivos las razones por las cuales los fines de la pena pueden ser moderados para los delitos cuya punición se pretende.

Precisamente en relación con la cadena perpetua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los castigos radicalmente desproporcionados son contrarios al artículo 5 de la Convención Americana¹⁶. Para tal efecto, considerando que se trata de ofensas sexuales contra niños, niñas y adolescentes, dentro del análisis de proporcionalidad

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2012.

¹⁵ Casi Vinter y otros v. Reino Unido y Kafkaris v. Chipre. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹⁶ Caso Mendoza v. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos

de la pena, puede acudir al concepto del corpus iuris de protección de sus derechos que obliga a los Estados a adoptar disposiciones para su protección especial y prevalente.

En ese sentido, si bien es posible el establecimiento de este tipo de condenas, en la exposición de motivos del acto legislativo propuesto se echa de menos un estudio que permita realizar la conexión de causalidad entre la imposición de la cadena perpetua y la mitigación de los delitos relacionados con la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo sustenta gran parte de su análisis en la ineficiencia en el acceso a la justicia real y efectiva en la investigación y juzgamiento de esos casos, sin embargo no resulta clara la conexión entre la medida legislativa a adoptar de cadena perpetua revisable con esta problemática.

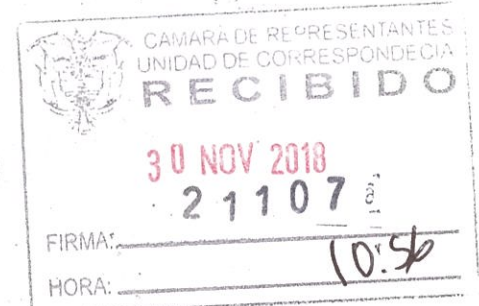
Al respecto, es preciso manifestar que se considera de suma importancia que se propicie un debate técnico y abierto sobre institutos punitivos y de política criminal para el tratamiento de agresiones a menores de edad como es el caso de la prisión perpetua revisable, pero sin olvidar que el problema de la prevención de las agresiones violencia contra los niños, niñas y adolescentes, demanda una política pública de Estado sostenible, que entienda que las acciones institucionales aisladas pueden resultar insuficientes para enfrentar el problema.

En los anteriores términos, se comparten las observaciones del ICBF a la iniciativa de ley puesta a consideración de esta entidad, esperando que los aportes realizados, sean de utilidad en la labor legislativa que usted preside.

Cordialmente,



JULIANA CORTÉS GUERRA
Subdirectora General (e)



Copia: AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO, Secretaria – Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, Congreso de la República, Carrera 7 No. 8-68

Aprobó: María Teresa Salamanca Acosta - Jefe Oficina Asesora Jurídica (E) // Juliana Cortes Guerra – Directora de Protección
Revisó: Andres Orlando Ortégón, Asesor de la Dirección General // Marcia Yazmín Castro Ramírez - Subdirectora de Restablecimiento de
Derechos // Paulo Realpe – Asesor, Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Nicolás Rubio – Oficina Asesora Jurídica // María Vindiana Espejo – Dirección de Protección

