**Proyecto de Acto Legislativo \_\_\_\_\_\_ de 2018**

**“Por medio del cual se adiciona un parágrafo al artículo 44 y se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia para la protección de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales.”**

**El Congreso de Colombia**

**DECRETA:**

**Artículo 1°.** Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 44 de la Constitución Política de Colombia.

*“****PARÁGRAFO****: En todos los casos en los que resulten como víctimas de delitos sexuales los niños y niñas, se mantendrá la competencia en cabeza de los jueces penales de jurisdicción ordinaria.”*

**Artículo 2°.** Modifíquese el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia el cual quedara así;

***ARTICULO 250.*** *La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*

*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:*

*1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.*

*El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.*

*La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.*

*2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.*

*3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.*

*4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*

*5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.*

*6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.*

*7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.*

*8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*

***9. Ejercer la acción penal, en todos los supuestos de delitos sexuales en donde resulten como víctimas niños y niñas, promoviendo la protección de los mismos a través del proceso penal ordinario”***

*10. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

*El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.*

*En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.*

***PARÁGRAFO.****La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.*

***PARÁGRAFO 2o.*** *Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.*

**Artículo 3°.** El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que les sean contrarias.

**José Jaime Uscátegui Pastrana**

Representante a la Cámara por Bogotá D.C.

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Exposición de Motivos**

1. **Introducción.**

El presente Proyecto de reforma a la Constitución surge de la necesidad de reforzar la protección que -en el marco de un Estado Social de Derecho- como el colombiano debe garantizarse a la niñez. Así, y siendo consecuentes con los parámetros que desde la promulgación de la Norma Suprema venían constituyendo una línea clara, pero que, dada la realidad nacional actual se ha venido diluyendo, por lo que resulta más que pertinente reiterar la prevalencia del *principio del interés superior del menor*.

Son diversos los flagelos de los que son víctimas los niños y las niñas de Colombia, haciendo necesario que el Estado observe especial cuidado en la protección de sus derechos, lo anterior, ha llevando al desarrollo de una serie de medidas de protección y de manera complementaria al diseño de una Política Criminal, a través de la cual, se ha logrado en los últimos años (i) crear nuevos delitos para proteger a los menores, (ii) aumentar las penas de delitos ya existentes, (ii) privar a los autores de los delitos contra los menores de beneficios de índole penal, procesal y penitenciarios.

Con todo, puede afirmarse que uno de los fenómenos criminales, tal como se precisará en la exposición de motivos, que más afecta a los menores es el relativo a la violencia sexual, por lo que puede inferirse, que desconocer la competencia, al régimen jurídico penal ordinario, que se ha estructurado y reformado para lograr la prevalencia del interés superior del menor, llevaría a un retroceso en términos de garantías.

1. **Objeto del Proyecto**

En tal orden de ideas, se promueve la incorporación de: por una parte un parágrafo al artículo 44 de la Constitución que busca, determinar de manera incondicional la competencia a los jueces penales de la jurisdicción ordinaria teniendo como fundamento la prevalencia de los derechos de los niños, pero además, y como ya se mencionó que es este régimen jurídico el que se ha venido fortaleciendo en pro de nuestros niños y niñas, quitar la competencia a esta jurisdicción no podría sino derivar en un desconocimiento a las pautas dadas por el Estado colombiano (a través del desarrollo jurisprudencial y legal ) en el marco del proceso penal. Lo anterior, a través de la incorporación del siguiente parágrafo:

*“PARÁGRAFO: En todos los casos en los que resulten como víctimas de delitos sexuales los niños y niñas, se mantendrá la competencia en cabeza de los jueces penales de jurisdicción ordinaria.”*

Por otra, parte y a través de la modificación del artículo 250 de la Constitución y adicionándole un numeral, se pretende reafirmar que es en cabeza de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal señalando “*9. Ejercer la acción penal, en todos los supuestos de delitos sexuales en donde resulten como víctimas niños y niñas, promoviendo la protección de los mismos a través del proceso penal ordinario*”. Sólo así, se garantizará que no se dé un retroceso en términos de protección de víctimas y medidas de participación que a través de esta entidad se han consolidado.

1. **SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR:**
	1. **Planteamientos de la Corte Constitucional sobre el Principio Del Interés Superior Del Menor.**

La prevalencia de los derechos de los niños y niñas ha sido reconocida y abordada por las diferentes Cortes Nacionales y en igual sentido por instancias internacionales de Derecho Humanos. En primer lugar la Corte Constitucional, partiendo del artículo 44 superior[[1]](#footnote-1) ha indicado que los derechos de los niños deberán prevalecer sobre los derechos de los demás, esto, bajo el entendido de su condición de indefensión[[2]](#footnote-2) y vulnerabilidad[[3]](#footnote-3) materializando el principio del interés superior del menor[[4]](#footnote-4) entendido además como criterio de interpretación jurídica[[5]](#footnote-5).

Dicho principio ha sido definido como aquel, según el cual al menor “se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”[[6]](#footnote-6)

Frente a las principales características del mencionado principio, se dice que el mismo debe ser: (i) **real**, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (ii) **independiente** en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (ii) **relacional**, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; y finalmente, (iv) **integral** atendiendo a la personalidad del menor.[[7]](#footnote-7)

En consecuencia, el menor se hace acreedor de un trato preferente ligado a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección, de la cual se deriva además la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se encuentra.[[8]](#footnote-8)

Esto ha llevado a que se estructure como uno de los fines esenciales del Estado el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños y niñas, atendiendo a las condiciones especiales requeridas por estos para su crecimiento, formación, y garantizando el desarrollo de su personalidad al máximo grado.[[9]](#footnote-9) Para lo anterior el Estado, buscando establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños, tendrá que analizar situaciones concretas, atendiendo consideraciones tantofácticas, como jurídicas.[[10]](#footnote-10)

Adicionalmente, ha señalado la Corte Constitucional que se tendrá que propender la Protección del menor frente a riesgos prohibidos, en los siguientes términos: *“Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”.[[11]](#footnote-11)*

A tales fines, se ha constituido el interés superior del menor de edad como instrumento protector de niños, niñas y adolescentes, frente, al abuso sexual pero además reitera la Corte, la protección deberá ser frente a todo tipo de conductas que amenacen su ser, como: la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12); la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas (C.P., art. 17), cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), toda forma de abandono, violencia física o moral, **abuso sexual**, explotación económica (C.P., art. 44); y cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte, ninguna de las enunciaciones citadas agota un catálogo taxativo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas particulares para los menores; pues, éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.[[12]](#footnote-12)

El anterior señalamiento motiva de manera especial la presentación del presente Proyecto de Acto Legislativo, pues este mismo Tribunal ha reiterado que todas las actividades administrativas y judiciales que se adelanten en relación con los niños y las niñas deben regirse por los principios de prevalencia de la protección de los derechos de los niños y la búsqueda de su interés superior.[[13]](#footnote-13)

* 1. **Planteamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el Principio Del Interés Superior Del Menor.**

Para la Corte Suprema de Justicia, esta protección especialísima del interés superior del menor, “*derivada del mandato constitucional y de los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, se impone a todas las autoridades públicas así como a los particulares, lo cual implica necesariamente que no solo el legislador está obligado a respetar esta garantía en la elaboración de las leyes, sino que el juez constitucional, dentro del análisis de casos sometidos a su examen, debe hacerla prevalecer incluso frente al derecho de los demás o de otros bienes protegidos constitucionalmente*”[[14]](#footnote-14)

 Incluyendo: por una parte la prevalencia del interés del menor; por otra, la garantía de la adopción de medidas de protección que su condición requiere; y finalmente, la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad, por lo que infiere, que frente a los poderes públicos, esta prevalencia además limita las competencias.[[15]](#footnote-15)

Lo anterior, teniendo como principios básicos que orientan, la ponderación en todos los supuesto la Doctrina de la Protección Integral a los niños, niñas y adolescentes, consolidada a partir de la Convención sobre Derechos del Niño: (i) la igualdad y no discriminación; (ii) el interés superior de las y los niños; (iii) la efectividad y prioridad absoluta; y (iv) la participación solidaria”.[[16]](#footnote-16)

* 1. **Planteamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Principio Del Interés Superior Del Menor.**

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la prevalencia del interés superior del niño, se desprende tanto, del mismo el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que los niños y niñas requieren “cuidados especiales”, como, del artículo 19 de la Convención Americana que señala que los menores deben recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”.[[17]](#footnote-17)

El principio del interés superior del niño demanda los diferentes Estados de manera imperiosa[[18]](#footnote-18), La prevalencia del interés superior del niño, entendiéndola como *“la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad*[[19]](#footnote-19)

En tal orden de ideas, los Estados están obligados a “a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, ‘el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad’, con derecho a ‘la protección de la sociedad y el Estado’, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana”[[20]](#footnote-20)

Queda claro entonces, que el principio del interés superior del menor no sólo orienta la interpretación de las normas sino que, constituye un mandato que obliga a los Estados a adoptar medidas eficaces que permitan la protección de la niñez y la prevalencia de sus derechos, en todos los ámbitos. Es por eso que, Colombia –además de otras medidas- ha diseñado una Política Criminal ponderada a favor de la infancia, y desarrollando las medidas, procedimiento y protocolos necesario para cuando estos sean víctimas de los diferentes delitos.[[21]](#footnote-21)

1. **LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DE DELITOS EN COLOMBIA.**
	1. **Especial Referencia a los delitos Sexuales.**

Según Medicina Legal, el año 2017 será recordado como el año que presentó mayores casos por presuntos delitos sexuales en el país, frente a lo registrado durante la última década. Atendiendo un total de 23.798 casos, de los cuales el 86,83% de los se cometieron contra niños, niñas y adolescentes. Luego, si se analiza desde la distinción sexual, hay un hallazgo en el que el 85,4% de las víctimas fueron mujeres[[22]](#footnote-22).

****

**Tabla 1: Datos tomados Revista Forensis. Vol. 19, Nº 1. ISSN 2145-0250. 2017.**

El 56,52% de los casos se cometieron contra niños y niñas entre los 5 y 13 años; es decir, solo contra esta población hubo 13.450 casos. [[23]](#footnote-23)

1. **POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA FRENTE A LOS DELITOS SEXUALES CONTRA LOS MENORES.**

Como se indicó, el fortalecimiento del sistema penal, procesal penal y penitenciario en pro del Interés Superior del Menor se ha venido desarrollando, de manera general y paulatina, en torno a, básicamente: la creación de nuevos delitos, el aumento de las penas de los delitos ya existentes, la privación de beneficios penales y procesales para quienes cometen estos delitos y la restricción del régimen penitenciario, adicionalmente se han exigido el diseño de protocolos para la atención del menor como víctima y testigo de delitos.

* 1. **Núcleo normativo penal básico frente a los actos de violencia sexual en contra de los menores en Colombia.**

De manera particular, y en tratándose de la violencia sexual en contra los menores, lo primero sea indicar que el núcleo punitivo general de estos comportamientos se encuentran descritos típicamente en los artículos 138 A[[24]](#footnote-24) (**acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años**), el 139 A[[25]](#footnote-25) (**actos sexuales con persona protegida menor de catorce años**), lo anterior siempre y cuando la conducta sea cometida, tal como lo señala el Título II, con ocasión y en el desarrollo de un conflicto armado.

En el título IV –Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales-[[26]](#footnote-26) encontramos disposiciones similares, excepto por la circunstancia especifica relativa al conflicto armado, esto son los supuestos de hecho contemplados en los artículos 208[[27]](#footnote-27) y 209[[28]](#footnote-28), pero también, y en búsqueda otorgar una mayor protección al menor un delito de Estímulo a la prostitución de menores (artículo 217 del CP) y los tipos penales de reciente incorporación como lo son Proxenetismo con menor de edad (artículo 213-A) y Demanda de Explotación Sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (artículo 217-A) ambos incorporados por la Ley 1329 de 2009, además de otras figuras como el de pornografía con menor de 18 (artículo 218 del CP) y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (artículo 219-A. )

Dicho lo anterior, se debe aclarar que se hará, énfasis de manera concreta a los delitos de actos sexuales abusivos y accesos carnales violentos con menores de 14 años por ser estos los comportamientos que -como se demostró estadísticamente- son los que más afectan a los niños y niñas en Colombia. En tal orden de ideas las líneas ulteriores se ocuparán, en primer lugar, de las reformas que se han propuesto en los últimos años; en segundo lugar, de los logros que sobre esta materia se han alcanzado para, finalmente, resaltar los principios de Política Criminal que orientan la propuesta del presente Proyecto de Acto Legislativo.

* 1. **Las pretendidas reformas en materia de violencia sexual en los últimos años.**

Sobre esta materia, en el año 2004 fueron radicados cinco Proyectos de Ley, el primero de ellos el 145 de 2004 del Senado[[29]](#footnote-29), radicado el 20 de octubre de este año y por medio del cual se buscaba la reforma del Código Penal para garantizar la protección sexual de los menores de edad, en lo concerniente a la agravación de las penas contra la violencia y el abuso sexual a menores de edad[[30]](#footnote-30). El segundo, el 221 de 2004 de Cámara[[31]](#footnote-31) se presentó el 5 de noviembre buscando nuevamente la reforma del Código Penal frente a la agravación punitiva, [[32]](#footnote-32) ambos proyectos con similar estructura en su articulado, en donde se determinaba:

1. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de once (11) años a veintitrés (23) años.
2. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de edad o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de seis (6) años a doce (12) años.
3. Circunstancias de agravación punitiva: se aumentarán las penas de una tercera parte a la mitad cuando la conducta (1) se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero, y (2) el responsable sea integrante de la familia de la víctima. Cuando los delitos se realicen en persona menor de edad, las penas se aumentarán al doble.

El tercer Proyecto, 162 de 2004 de Cámara[[33]](#footnote-33) el cual buscaba reforzar el régimen penal frente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos en menores de edad, a través de: Por una parte, prohibir las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; así como la aplicación de subrogados penales de la pena privativa de la libertad o suspensión condicional de la ejecución de la pena, o libertad condicional. excepto los beneficios por colaboración.

Por otra parte, se aclaraba que los delitos a los que se hacían referencia, y en tal medida perdían los beneficios eran: acceso carnal violento, acto sexual violento a menores de edad, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años, inducción a la prostitución y constreñimiento a la prostitución, en donde la víctima sea menor de 18 años, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores y utilización de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. No obstante, este Proyecto de Ley se archivó por tránsito de legislatura el 20 de junio de 2005.

El cuarto Proyecto presentado en esta anualidad fue el 239 de 2004[[34]](#footnote-34) Cámara por medio del cual se pretendía la modificación de los delitos contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Penal y aumentar las penas, este Proyecto fue radicado el 23 de noviembre de 2004 y archivado por tránsito de legislatura: 20 de junio de 2005, e incorporaba como novedad una agravación punitiva en el siguiente sentido “*las penas de los anteriores delitos aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando (1) se realice a un hijo, hijastro o menor al cuidado del adulto; (2) el responsable sea de la familia de la víctima; (3) la víctima quede en embarazo; (4) la víctima contraiga alguna ETS*.”

El quinto y último Proyecto fue radicado el 15 de diciembre de 2004 este es el 829 de 2004 de Senado[[35]](#footnote-35) que, buscaba la agravación de las penas contra la violencia y el abuso sexual a menores de edad estableciendo que se aumentarán las penas de una tercera parte a la mitad cuando “la conducta (1) se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero, y (2) el responsable sea integrante de la familia de la víctima. Cuando los delitos se realicen en persona menor de edad, las penas se aumentarán al doble.” El mismo alcanzó a ser aprobado en segundo debate y archivado por tránsito de legislatura el 21 de junio de 2006.

En el año 2005, se radicaron dos Proyectos de Ley el 032 de 2005[[36]](#footnote-36) (archivado en cuarto debate el11 de diciembre de 2006) y 037 de 2005 Senado[[37]](#footnote-37) (archivado por tránsito de legislatura el 20 de junio de 2006). El primero de ellos con miras a eliminar los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos en menores de edad; y el segundo, a modificar el artículo 211 del Código Penal incorporando como pena para los reincidentes la castración química en los siguientes términos:

“1. En los casos en que se incurra en acto sexual violento de manera reincidente a menor de edad o quien se encuentre en estado de indefensión, además de la pena privativa que se le imponga, se le aplicará, por solicitud del confeso, el procedimiento de castración química.

2. La solicitud de castración química la debe presentar quien la vaya a recibir. En caso de enajenación mental, el padre, madre o esposo(a) podrá autorizarla.

3. Quien no se practique la castración química y sea reincidente en este tipo de delitos no tendrá derecho a fianza, indulto, perdón condicional, libertad condicional o disminución de la condena.”

Para el 2007, también fueron dos los proyectos de Acto Legislativos presentados el 063 de 2007 Senado “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000, se crea la pena de registro público obligatorio para las personas condenadas por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y el delito de incesto cometidos en menores de edad”[[38]](#footnote-38). Y el 100 de 2007 Cámara[[39]](#footnote-39) que pretendía crear como delito autónomo el tipo penal de ‘asedio sexual a menores de edad’.[[40]](#footnote-40) Ambos proyectos fueron archivados por tránsito de legislatura.

En el año 2013, a través del Proyecto de Acto Legislativo 036[[41]](#footnote-41) se pretende modificar el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, para permitir la Prisión Perpetua Revisable a partir de los 40 años de prisión cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro o explotación sexual, sea un menor de 14 años o menor de 18 años con discapacidad[[42]](#footnote-42).

Posteriormente, se presenta en el 2016 el Proyecto de Acto Legislativo 12 de 2016 Senado[[43]](#footnote-43) -Ley Yuliana Samboní- mediante el cual se pretende, nuevamente, la modificación del artículo 34 de la Constitución Nacional buscando la implementación de la Prisión Perpetua Revisable cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro, explotación sexual o feminicidio sea un menor de 14 años o menor de 18 años con discapacidad, sin embargo, este proyecto se archivó por vencimiento de términos el 16 de diciembre de 2016.

A través del Proyecto de Ley 228 de 2017[[44]](#footnote-44) Cámara se pretendió crear e implementar un régimen de inhabilidades para ejercer profesiones, oficios y empleos relacionados con la educación, orientación, cuidado e instrucción de menores de edad por delitos sexuales, este Proyecto fue archivado por tránsito de legislatura el 21 de junio de 2017.

Finalmente, el pasado 26 de julio se presentó el Proyecto de Ley 51 de 2018 Cámara[[45]](#footnote-45) que busca implementar el procedimiento de castración química obligatoria como complemento a la pena privativa de la libertad en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en menor de 14 años buscando:

“1. Prisión de 12 a 20 años a quien realice acceso carnal con otra persona mediante violencia. Si la conducta recae sobre menor de 14 años, una vez decretada la extinción de la pena de prisión, el sentenciado deberá someterse a castración química.

2. El que realice acto sexual diverso al acceso carnal violento incurrirá en prisión de 8 a 16 años. Si la conducta recae sobre menor de 14 años, una vez decretada la extinción de la pena de prisión, el sentenciado deberá someterse a castración química.

3. Por acceso carnal abusivo con menor de 14 años se tiene una pena de 12 a 20 años de prisión, mientras que los actos sexuales con menor de 14 años tienen una pena de 9 a 13 años de prisión. Ambos tienen la misma obligación de castración química mencionada en los puntos anteriores.”

Lo anterior, muestra cómo se ha pretendido reforzar el régimen penal ordinario en esta materia.

* 1. **Reformas realizadas al régimen penal ordinario para fortalecer la Política Criminal en casos de violencia sexual contra los menores.**

Puede resaltarse como una de las primeras medidas en esta materia la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia a través de la Ley 1098 de 2006 la cual busca garantizar estándares mínimos para que los menores de edad puedan tener un adecuado desarrollo personal, prevaleciendo el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

En lo relativo a los beneficios penitenciarios y procesales a perpetuadores de actos de violencia sexual en contra de menores, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su Art. 199, establece que los violadores de menores no podrán acceder a las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004; tampoco podrán acceder a 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; y no tendrán la posibilidad de casa por cárcel, siempre su condena será en establecimiento de reclusión y sin posibilidad de libertad condicional.

Adicionalmente, debe recordarse que, en el capítulo segundo de esta ley, se desarrollan todas las medidas para evitar la victimización secundaria (o revictimización a través del proceso penal, reconociendo: derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos (artículo 192); criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos (art. 193); audiencia en los procesos penales (artículo 194); facultades del defensor de familia en los procesos penales (artículo 195); facultades del defensor de familia en los procesos penales; (artículo 196); incidente de reparación integral en los procesos en que los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas; (artículo 197) y programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos (artículo 198).

De lo anterior puede evidenciarse que el Código de Infancia y adolescencia hace una remisión expresa al sistema procesal penal ordinario, y de no mantenerse la competencia en cabeza de los jueces penales instruidos por el imperio de la Ley 906 de 2004 y 599 de 2000, traería como consecuencia directa que esta norma que estuvo motivada por la ponderación a favor de los menores y la mayor protección que el Estado debía brindarles, tal como puede verse en su exposición de motivos[[46]](#footnote-46), resultara inaplicable y por ende, no podría quitársele a los procesados y condenados por este tipo de delitos los beneficios, pero además se dejaría a los menores sin las medidas de asistencia y acompañamiento como víctimas dentro del proceso.[[47]](#footnote-47)

Para el año 2007 a través de la Ley 1154 se modificó el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, estableciendo que cuando se trate de delitos contra la formación sexual de los menores de edad, la acción penal prescribirá en 20 años contados a partir de que la víctima alcance la mayoría de edad, con la modificación al artículo 83 del Código Penal se pretende que las personas que fueron abusadas siendo menores, y decidan siendo adultos denunciar, no encuentren en el sistema penal una barrera de impunidad .Similares medidas pueden observarse en varios países, tales como Alemania, Dinamarca, Bélgica, Suecia, entre otros.[[48]](#footnote-48)

Con la Ley 1236 de 2008 se modificó el Código Penal en los artículos que van desde el 205 al 219, exceptuando el 212 y 215. Los cambios que introduce la Ley se encuentran en los artículos 208 y 209, aumentando las penas del acceso carnal abusivo con menores de catorce años y de los actos sexuales con menor de catorce años. Los cambios son: En el texto original de la ley 599 de 2000 se estipulaba que en el caso de acceso carnal abusivo con menor de catorce años las penas iban de 4 a 8 años, y en el caso de los actos sexuales con menor de catorce años las penas eran de 3 a 5 años. Posteriormente, la Ley 890 de 2004, aumento las penas para el acceso carnal abusivo con menor de catorce iban de 64 a 144 meses (5 años y 4 meses a 12 años), y en el caso de los actos sexuales con menor de catorce años las penas eran de 48 a 90 meses (4 a 7 años y 6 meses).

La reforma aludida logró, que las penas para el acceso carnal abusivo con menor de catorce iban 12 a 20 años, y en el caso de los actos sexuales con menor de catorce años las penas eran de 9 a 13 años.

Con la Ley 1327 de 2009 se buscaba convocar a un referendo constitucional sometiendo a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, del artículo 34 Superior con fines de implementar la Cadena perpetua a violadores, no obstante, la misma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-397 de 2010.

En el 2016 a través de la Ley 1773 de 2016 se adiciona el artículo 116 A, y se modifican los artículos 68 A, 104, 113, 359 y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Aquí, resulta relevante lo atinente con los beneficios penitenciarios y procesales a los violadores, pues la Ley modifica el Art. 68A ampliando el catálogo de delitos que no se les concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los que son de colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, quedando incluidos los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario –en donde encontraríamos los ya mencionados 338 A y 139ª- y los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

La última y más reciente modificación se hace con la Ley 1918 de 2018 por medio del cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales contra menores y se crea el registro de inhabilidades, esto se materializa en la incorporación del artículo 219 C al Código Penal el cual establece:

“*ARTÍCULO 219-C. INHABILIDADES POR DELITOS SEXUALES COMETIDOS CONTRA MENORES. Las personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años de acuerdo con el Título IV de la presente ley; serán inhabilitadas para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad en los términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.”*

Dejando claro, que el régimen penal y procesal penal ordinario se ha venido fortaleciendo como se acaba de mostrar, desconocer su aplicación para optar por jurisdicciones de cualquier tipo de justicia transicional no sólo sería desconocer las conquistas que en materia jurídica se han logrado en pro de la prevalencia del menor, sino que, además, demostraría en un retroceso político criminal, argumentos que motiva este Proyecto de Acto Legislativo que además se encuentra acorde a los lineamientos de una política criminal articulada y coherente acorde a la Constitución y a los principios de un Estado social de derecho.

Para concluir, siguiendo con los lineamientos establecidos en la Corte Constitucional en Sentencia T-762 de 2015 la presente propuesta, se fundamenta en una política criminal que: (i) es reflexiva y no reactiva frente a los retos del contexto nacional pues se tiene en cuenta las particularidades del fenómeno de violencia sexual; (ii) evidencia un desarrollo estable, que se viene prolongando por más de una década con objetivos claros y a largo plazo; (iii) busca atacar graves falencias jurídicas, que de permitir el estado de cosas actuales derivan en perjuicio de los niños y niñas en Colombia.[[49]](#footnote-49)

En conclusión lo que se pretende, no es cambiar el diseño político criminal ni crear un nuevo lineamento sino, buscando la prevalencia del Interés Superior del Menor, ratificar y mantener los logros que sobre está materia han sido obtenidos a través de la Jurisdicción Penal ordinaria.

De los Honorables Congresistas,

**José Jaime Uscátegui Pastrana**

Representante a la Cámara por Bogotá D.C.

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

**Honorable Congresista Honorable Congresista**

1. Artículo 44 de la Constitución Política**:** 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T587 de 1998, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T979 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-3)
4. Este principio encentra sustento en el Derecho Internacional, derivándose, de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño. Amplíese en: Corte Constitucional Sentencia T044 de 2014 Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, Sentencia T557 de 2011. Magistrado ponente: María Victoria Calle [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, Sentencia T510 de 2003 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional Sentencia. T408 de 1995, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia C840 de 2010, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional Sentencia. T979 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-9)
10. Véase, Corte Constitucional. Sentencia T510 de 2003 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibid. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional, Sentencia C804 de 2009. Magistrado ponente: María Victoria Calle. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional, Sentencia T899 de 2010. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas: En igual sentido véase Sentencia T205/11 Magistrado ponente: Nilson Pinilla [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 3771 de 19 de marzo de 2014. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverri. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Rad. 16395 de 10 de octubre de 2017. Magistrado ponente: Ariel Salazar. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Rad. 17094 de 19 de octubre de 2017. Magistrado ponente: Ariel Salazar. [↑](#footnote-ref-16)
17. Opinión Consultiva OC 17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [↑](#footnote-ref-17)
18. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.  [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Interaméricana de Derechos Humanoss. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. *En el mismo sentido: Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 184; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del de 24 de agosto de 2010, párr. 257.*  [↑](#footnote-ref-19)
20. Opinión Consultiva OC 17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el mismo sentido general: Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 134; Caso de los Hermanos Gómez Paqui Yauri Vs. Perú́. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 163; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 152.  [↑](#footnote-ref-20)
21. Al respecto: UNODC, La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos. Ley modelo y comentarios, Nueva York. 2009. [EN LÍNEA]. <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice_in_matters_ES.pdf> [↑](#footnote-ref-21)
22. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Datos para la vida: Revista Forensis. Vol. 19, Nº 1. ISSN 2145-0250. 2017. Pág.,303. [EN LÍNEA] [http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/262076/Forensis+2017+pdf+interactivo.pdf/e3786e81-8718-b8d5-2731-55758c8ac7ff](http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/262076/Forensis%2B2017%2Bpdf%2Binteractivo.pdf/e3786e81-8718-b8d5-2731-55758c8ac7ff) [↑](#footnote-ref-22)
23. Ibid. Pág., 309. [↑](#footnote-ref-23)
24. ARTÍCULO 138A. ACCESO CARNAL ABUSIVO EN PERSONA PROTEGIDA MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo adicionado por el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1719_2014.html#2) de la Ley 1719 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, acceda carnalmente a persona protegida menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [↑](#footnote-ref-24)
25. ARTÍCULO 139A. ACTOS SEXUALES CON PERSONA PROTEGIDA MENOR DE CATORCE AÑOS.<Artículo adicionado por el artículo [3](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1719_2014.html#3) de la Ley 1719 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona protegida menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [↑](#footnote-ref-25)
26. Sin perjuicio de los concursos de delitos que se podrían encontrar con la vulneración de otros bienes jurídicos tutelados, como en el caso de la posibilidad de configuración de un concurso de conductas punibles como, por ejemplo, con el delito de incesto contemplado en el artículo 337 del CP. [↑](#footnote-ref-26)
27. ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. [↑](#footnote-ref-27)
28. ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años. [↑](#footnote-ref-28)
29. Gaceta del Congreso 644 de 2004. [↑](#footnote-ref-29)
30. Este Proyecto fue retirado por el autor el 26 de octubre de 2004. [↑](#footnote-ref-30)
31. Gaceta del Congreso 687 de 2004. [↑](#footnote-ref-31)
32. Retirado por el autor: 15 de diciembre de 2004 [↑](#footnote-ref-32)
33. Gaceta del Congreso 552 de 2004. [↑](#footnote-ref-33)
34. Gaceta del Congreso 759 de 2004. [↑](#footnote-ref-34)
35. Gaceta del Congreso 829 de 2004. [↑](#footnote-ref-35)
36. Gaceta del Congreso 478 de 2005. [↑](#footnote-ref-36)
37. Gaceta del Congreso 481 de 2005. [↑](#footnote-ref-37)
38. Gaceta del Congreso 374 de 2007. [↑](#footnote-ref-38)
39. Gaceta del Congreso 419 de 2007. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consiste en hostigar, perseguir o acosar sexualmente a menores de edad. La pena es prisión de 2 a 5 años. Si la víctima es menor de 12 años, la pena aumentaría de la tercera parte a la mitad de su duración inicial. [↑](#footnote-ref-40)
41. Gaceta del Congreso 582 de 2013. [↑](#footnote-ref-41)
42. Este Proyecto de Acto Legislativo fue radicado el 30 de julio de 2013 y retirado por el autor el 13 de noviembre de 2013. [↑](#footnote-ref-42)
43. Gaceta del Congreso 1104 de 2016. [↑](#footnote-ref-43)
44. Gaceta del Congreso 142 de 2017. [↑](#footnote-ref-44)
45. Gaceta del Congreso 567 de 2018. [↑](#footnote-ref-45)
46. Congreso de la República. Proyecto de Ley Estatutaria 085 de 2005C. [↑](#footnote-ref-46)
47. Como rebajas de penas por negociar con la Fiscalía, ni tampoco ningún otro de carácter judicial o administrativo, como lo es el principio de oportunidad, la libertad condicional, la casa por cárcel, entre otros. La pérdida de estos beneficios por parte de los violadores de menores, demuestra que la justicia trata de castigar de forma severa los actos cometidos contra menores, puesto que, como lo establece el Art 44 de la Constitución los derechos de los niños deben. [↑](#footnote-ref-47)
48. Congreso de la República. Proyecto de Ley 137 de 2006S. [↑](#footnote-ref-48)
49. Corte Constitucional Sentencia T-762 de 2015 [↑](#footnote-ref-49)