



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XX - N° 520

Bogotá, D. C., viernes, 22 de julio de 2011

EDICIÓN DE 40 PÁGINAS

DIRECTORES:	EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariasenado.gov.co	JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 03 DE 2011 SENADO

por el cual se modifica la Constitución Política de Colombia, Título VII De la Rama Ejecutiva, Capítulo I Del Presidente de la República, artículo 189.

El Congreso de Colombia
 DECRETA:

Artículo 1°. Modifícase la Constitución Política de Colombia, Título VII De la Rama Ejecutiva, Capítulo I Del Presidente de la República, artículo 189, numeral 11, el cual quedará así:

“**Artículo 189.** Corresponde al Presidente de la República como jefe

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa.” decretos, resoluciones y órdenes de contenido administrativo, necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, cuya aplicación le corresponde al Gobierno Nacional. Antes de ser expedidas dichas reglamentaciones serán revisadas en un término máximo de treinta (30) días por las Comisiones Constitucionales Permanentes de Senado y Cámara que hubieren conocido del proyecto de ley, las cuales podrán presentar observaciones que deben ser incorporadas de manera previa a su promulgación.

En caso de coincidir el plazo antes mencionado con el receso legislativo, el Gobierno Nacional citará al Congreso a sesiones extraordinarias para que las Comisiones Constitucionales se reúnan con el fin de revisar las respectivas reglamentaciones y hacer las recomendaciones que considere pertinentes.

Artículo 2°. *Vigencia.* El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Aurelio Iragorri Hormaza,
 Senador de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

La finalidad fundamental del proyecto de acto legislativo es instituir el control del Órgano Legislativo sobre la función reglamentaria, ejercida por el poder Ejecutivo. Su alcance está centrado en el respeto y acatamiento al contenido material de la ley, por parte de quienes ejercen el poder reglamentario -Presidente, Ministros y órganos administrativos que promueven la política central del Estado. El instrumento es la *refrendación o negación* de los actos reglamentarios por el Congreso, según el Ejecutivo acate o vulnere el espíritu de la ley.

El artículo 189-11 superior, atribuye al Presidente de la República la potestad reglamentaria “para la cumplida ejecución de las leyes”. Esto es, *subordina categóricamente dicha función a la normatividad emanada del órgano legislativo;* este propone las pautas y orientaciones legales generales y aquella instrumenta las formas para

cumplirlas, *sin contravenir ni infringir sus disposiciones*, ya que es forzosa para todos, incluido el primer mandatario.

De lo antedicho se infiere que las Comisiones Constitucionales Permanentes de Senado y Cámara, en las que se han debatido los proyectos convertidos en ley, tengan la *facultad de refrendar, revalidar o negar* los decretos reglamentarios, resoluciones y órdenes de carácter administrativo emanados del órgano ejecutivo, cuando quiera que estos no atiendan a su contenido material, a los intereses y fines que regula o a los instrumentos que propone para su realización, contraviniendo su “espíritu” y obrando contra lo mandado.

Se colige imperativamente que: i) la ley formula valores y fines; y, ii) los medios para alcanzarlos debe adoptarlos la administración, esto es que la función reglamentaria deriva de la legislativa y exige su sometimiento.

El acto legislativo propuesto es un mecanismo idóneo para controlar las arbitrariedades y desafueros del Ejecutivo cuando, en ejercicio de la atribución reglamentaria, desconozca, modifique o tergiversar el contenido material de las normas aprobadas por el Congreso. La iniciativa no le confiere al Legislativo funciones de órgano verificador de la constitucionalidad, potestad asignada por la Carta al Consejo de Estado. Su finalidad es limitar los desafueros del ejecutivo cuando, al reglamentar, ignora las directrices trazadas por la ley. Se pretende institucionalizar un instrumento expedito, suficiente y apto que detenga con celeridad las desviaciones de la función reglamentaria.

De ahí que sea perentorio que el Congreso de la República disponga de un dispositivo rápido y oportuno para examinar y frenar los desmanes en los que incurra el Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria, de un instrumento expeditivo que le permita evitar con diligencia los excesos reglamentarios del Ejecutivo cuando contravenga el espíritu de las leyes aprobadas por las Cámaras Legislativas.

Con la aprobación de esta iniciativa, las reglamentaciones referidas se destacarán por la coherencia en su desarrollo y por la evidente aplicación del sentido dado por el legislador en el momento de desarrollar la normatividad.

No obstante, se considera que el aporte otorgado en estos casos por parte del Congreso al Ejecutivo, debe cumplir un rol asesor, presentando observaciones pertinentes, relevantes y advirtiendo cualquier tipo de errores, inconsistencias o inconveniencias respecto de la aplicación práctica de la reglamentación estudiada.

Por lo tanto, se propone que las Comisiones respectivas, presenten observaciones a los proyectos de reglamentación, para que a su vez el Gobierno Nacional incorpore dichas apreciaciones a los textos, antes de su expedición, cumpliendo así con el objetivo primordial de esta reforma constitucional,

encaminada a obligar al Ejecutivo a socializar los actos administrativos que reglamentarán determinada materia o cuestión.

Con el fin de brindar mayor celeridad al proceso de revisión adelantado por el legislativo, se ordena que dicho trámite no transcurra en más de treinta (30) días, con lo que se logrará mayor diligencia en el estudio de los actos administrativos, facilitando la labor del Ejecutivo. De igual manera en caso que el Congreso esté en receso legislativo, el Gobierno está facultado para citar al Congreso con el fin de que las Comisiones Constitucionales competentes se reúnan para conocerlos y evaluarlos, evitando así cualquier afectación a la actividad Legislativa o Ejecutiva.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

a. Poder constituyente y poderes constituidos

El poder constituyente exterioriza la soberanía de un pueblo; es la *competencia especialísima* encargada de dictar, modificar, *adicionar* y sustituir la norma constitucional.

Aludiendo a las normas constitucionales expresó Rousseau: “Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido en que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque *los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas*. En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente” (Cita de Sánchez Viamonte, Carlos. El Poder Constituyente. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957).

Los poderes constituidos se instituyen por el poder constituyente, obran por ministerio y de la forma como la Constitución prevé; son autoridades secundarias que organizan y operan el funcionamiento del Estado.

b. Supremacía de la Constitución

“La Constitución brilla en el más alto escalón de la jerarquía de un sistema y la superioridad con relación a las demás normas pasa a ser su carácter formal”. (Saa Velasco, Ernesto. Teoría Constitucional General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995).

La Constitución, por su naturaleza, tiene doble superioridad jurídica: i) de *contenido*, por cuanto ninguna norma válida perteneciente al mismo sistema puede tener un contenido contrario. Y, ii) *formal*, porque la modificación de un precepto constitucional exige requisitos y procedimientos diferentes a las reglas ordinarias.

Las normas constitucionales condicionan la validez de la ordenación jurídica y social. La Constitución es un conjunto de normas positivas que consignan preceptos políticos, sociales, económicos, religiosos, etc., que integran una síntesis de postulados, un resumen de principios e instituciones. Las normas ordinarias desarrollan las ideas contenidas en la Constitución, alientan vida a las instituciones establecidas y dan efectividad a sus enunciados.

Entre las reglas constitucionales y legales existe una doble vinculación: i) *formal*, porque la expedición de la ley ordinaria debe ajustarse al procedimiento prefijado en la Carta Fundamental. Y, ii) *material*, porque el contenido de la ley no puede reñir con el querer del constituyente.

Jurídicamente, la Constitución es el apoyo necesario de un orden normativo y en ella encuentran el motivo último de validez todas las normas que lo integran. “La Constitución es institución primaria y condicionante del nivel superestructural y se le reviste de permanencia y estabilidad mediante el atributo de la supremacía” (Saa Velasco, Ernesto. Ob. cit.).

c. División de los poderes constituidos

Uno de los principios clásicos acuñados por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, reza: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”; dicha máxima se encaminó a proteger eficazmente la libertad física y a servir de instrumento contra el despotismo reinante.

Los poderes constituidos son potestades permanentes, establecidas y regladas por la Constitución, obra del poder constituyente. Se les denomina “poderes públicos”. *El poder público es único* y su despliegue se reparte entre diversos órganos del Estado. De ahí que estas divisiones no conforman poderes independientes. Bajo la tipología tripartita, la división de traduce en órganos legislativo, ejecutivo y jurisdiccional. Sin perder de vista que el poder público es unitario, pero que su ejercicio se distribuye entre diferentes institutos que se aplican entre sí pesos y contrapesos que equilibran sus actividades, es sano establecer un instrumento constitucional mediante el cual el *Órgano Legislativo pueda controlar los desafueros reglamentarios del Gobierno* que, a menudo, van a contrapelo de la voluntad expresada en la ley.

d. Límites del Estado

Según la doctrina liberal, los linderos del Estado comprenden los *límites de los poderes y sus funciones*, nociones representadas como Estado de Derecho y Estado Mínimo, concebido el último como la menor injerencia gubernativa en el ejercicio de las libertades ciudadanas.

Por *Estado de Derecho* se entiende que los poderes públicos son regulados por normas constitucionales que se ejercen en el ámbito de las leyes que los regulan, otorgando al ciudadano el derecho a recurrir a un juez independiente para que reconozca o rechace el abuso o exceso de poder.

En *strictu sensu*, integran el Estado de Derecho los mecanismos constitucionales que impiden el ejercicio ilegítimo del poder. Tales instrumentos son: i) *El control del poder ejecutivo (Gobierno) por el legislativo (Congreso), Órgano al que le corresponde la orientación política.* ii) El control del Legislativo por una Corte Constitucional, que determina la exequibilidad de las leyes. iii) Un

Poder Judicial autónomo del Poder Político. Y, iv) Independencia relativa del gobierno local frente al gobierno central.

e. Aspectos formales de la ley

Formalmente la ley es una regla expedida por el órgano legislativo con cumplimiento de los requisitos, etapas y fases detalladas en la norma constitucional. Las solemnidades formales la revisten de cierta estabilidad y su derogatoria o modificación también debe respetarlas, es decir, el legislador tiene que acatar la “autoridad formal de la ley”.

El esquema general de la vía legislativa, es el siguiente: i) *Iniciativa*: presentación del proyecto; su origen puede ser inmanente (nace en el Congreso) o trascendente (sustentado por personas con capacidad constitucional para ello, pero diferentes al legislativo). ii) *Deliberación*: discusión pública del proyecto en debates reglamentados por la ley o el Estatuto del Congreso. La “representatividad” y la “deliberación” son calidades anexas históricamente al Congreso. iii) *Aprobación*: aceptación del proyecto discutido; exige mayorías comunes o especiales, según el caso. iv) *Sanción constitucional*: adhesión prestada a la ley por el Jefe de Estado o de Gobierno; *llama a la identidad de las voluntades legislativa y ejecutiva.* v) *Facultades de objeción y veto*: mecanismos que utiliza el Jefe del Estado o de Gobierno para negar la sanción constitucional. Mediante la objeción se abstiene de firmar un proyecto, por razones de conveniencia nacional o vicios de inconstitucionalidad, y obliga a la reconsideración legislativa. El proyecto vetado se archiva definitivamente, siendo una potestad extrema del Gobierno para regentar al Congreso. Y, vi) *Promulgación*: acto por el cual la autoridad establecida por la Constitución reconoce la existencia de una ley, le imprime fuerza ejecutiva y dispone su publicación en el *Diario Oficial*.

f. Decretos reglamentarios y función administrativa

Materialmente, la función reglamentaria tiene por objeto realizar actos jurídicos subjetivos. *Formalmente*, consiste en ejecutar las acciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y lograr el bien común de los asociados. Los *decretos reglamentarios* se expiden en gracia a la *facultad del Ejecutivo para hacer cumplir la ley*, de manera directa, sin deliberación pública ni proceso de formación.

“Se distinguen de la ley en que no estatuyen, como esta, de un modo permanente y general (...). Hacer cumplir los mandatos de las autoridades constituidas y las disposiciones de las leyes, es vigilar y guardar el orden público, que consiste justamente en la observancia de esas leyes y mandatos. Mantener y defender el orden es, pues, el primer atributo del poder ejecutivo. Para hacer ejecutar son necesarios los medios de ejecución” (Linares Quintana, Segundo V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Buenos Aires, Ediciones Alfa, 1963).

“La función administrativa se exterioriza a través de actos y hechos concretos de los gobernantes bajo las directrices de un fin preestablecido en la ley o confiado directamente por una norma constitucional” (Saa Velasco, Ernesto. Ob. cit.).

Un acto gubernativo es la expresión de una potestad otorgada por la Constitución a quienes ejercen el poder político. Un hecho es una acción de los gobernantes para lograr la efectividad del acto o del fin. *La formulación del valor o del fin y los medios de ejecución corresponden a la ley; dichos medios son adoptados por la administración.* La administración tiene la técnica para acometer con rapidez, seguridad y acierto. La función administrativa realiza los intereses que animan al Estado y a la eficiencia de este en el cumplimiento de sus fines.

III. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

“Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes, y ejercer control político sobre el Gobierno y la administración”.

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”.

“Artículo 374. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

“Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente”.

IV. FUNDAMENTOS LEGALES (Ley 5ª de 1992)

“ARTÍCULO 218. Órganos Constituyentes. La Constitución Política puede ser reformada por el Congreso de la República, una Asamblea Constituyente o el pueblo mediante referendo”.

“ARTÍCULO 219. Atribución Constituyente. Las Cámaras Legislativas tienen, como órgano constituyente, las atribuciones de enmendar las disposiciones e instituciones políticas consagradas en el cuerpo normativo constitucional, mediante el procedimiento dispuesto expresamente en la misma Ley Fundamental y reglamentado con la máxima autoridad en la presente ley”.

“ARTÍCULO 221. Acto Legislativo. Las normas expedidas por el Congreso que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales, se denominan Actos

Legislativos, y deberán cumplir el trámite señalado en la Constitución y en este Reglamento”.

“ARTÍCULO 223. Iniciativa Constituyente. Pueden presentar proyectos de acto legislativo:

(...)

2. Diez (10) miembros del Congreso”.

V. CONCLUSIÓN

El proyecto de acto legislativo pretende encausar el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, centrando su alcance en el *respeto y acatamiento al contenido material de la ley.* El mecanismo adoptado por el Legislador es la *refrendación o negación* de los actos reglamentarios, según respete o contravenga el espíritu de la ley. De ahí que las Comisiones Constitucionales Permanentes que han conocido los proyectos queden facultadas para refrendar o negar el contenido de las reglamentaciones, deviniendo lo expresado en que *la función reglamentaria deriva de la legislativa y exige su sometimiento,* limita los desafueros del Ejecutivo y detiene sus desviaciones, sin que implique asignar al Congreso atribuciones de guardián de la constitucionalidad.

El poder público es único, distribuyéndose su ejercicio entre diversos órganos del Estado que se aplican entre sí pesos y contrapesos que equilibran sus actividades. En consecuencia, es indispensable establecer un dispositivo constitucional que permita al Legislativo meter en cintura *los desafueros reglamentarios del Gobierno,* impidiendo el ejercicio ilegítimo del poder.

La sanción presidencial refleja la *identidad de las voluntades legislativa y ejecutiva* (C.N., art. 165) y conlleva a la *promulgación* de la ley. Durante el proceso de formación de las leyes el Gobierno puede negar la sanción mediante la *objeción parcial o total* de un proyecto (C.N., art. 167). Pero sancionada la ley, los *decretos reglamentarios* expedidos en gracia a la facultad del Ejecutivo para hacerla cumplir no pueden vulnerar ni contravenir su espíritu. Tal es, en esencia, el contenido del acto legislativo sometido a vuestra consideración.

Honorables Congresistas, atentamente,



AURELIO IRAGORRI HORMAZA
Senador de la República

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación leyes

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2011

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2011 Senado, *por el cual se modifica la Constitución Política de Colombia, Título VII de la Rama Ejecutiva, Capítulo I del Presidente de la República, artículo 189*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo, es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2011

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 04 DE 2011 SENADO

por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 114 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno, la administración y, cuando sea procedente de conformidad con la ley que regule la materia, respecto de los particulares.

El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

Artículo 2°. El artículo 180 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 180. Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1°. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria y el nombramiento por el Gobierno en el cargo de Ministro o Embajador.

Parágrafo 2°. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.

Artículo 3°. El artículo 185 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

Los congresistas no podrán ser inculcados, procesados, capturados, detenidos o privados de la libertad, sin la previa autorización de la Cámara respectiva, salvo flagrante delito. Para lo anterior será necesaria una mayoría de los votos de la Cámara respectiva. Si el levantamiento de la inmunidad es aprobado, el congresista perderá su investidura y quedará inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. Si el levantamiento de la inmunidad es negado, el congresista sólo podrá ser inculcado, procesado y juzgado, hasta la terminación de su periodo o hasta el momento de la terminación de su investidura.

Artículo 4°. El artículo 234 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.

La ley reglamentará la división de la sala penal en dos salas, de manera que se garantice el derecho a la doble instancia y lo relativo a la rotación de los magistrados en las mismas.

Artículo 5°. El artículo 235 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. Actuar como tribunal de casación.
2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174 por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3.
3. Juzgar a los miembros del Congreso, previa autorización de la Cámara respectiva de conformidad con el artículo 185, salvo flagrante delito.
4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.
5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional.

6. Darse su propio reglamento.
7. Las demás atribuciones que señale la ley.

Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Artículo 6°. El artículo 251 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional.
2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.
3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.
4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

5. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Artículo 7°. El artículo 277 de la Constitución Política quedará así:

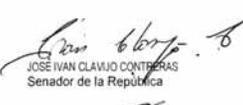
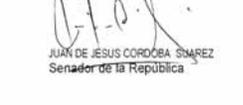
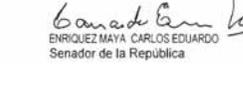
Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.

9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.

10. Investigar disciplinariamente y acusar si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional.

11. Las demás que determine la ley.

 JUAN MANUEL CORZO R. Senador de la República	 HERNÁN FRANCISCO ANDRADE SERRANO Senador de la República
 CARLOS EMILIO BARRIGA PENARANDA Senador de la República	 EFRAÍN JOSÉ CEPEDA SARBIA Senador de la República
 CARLOS RAMIRO CHAVARRO CUELLAR Senador de la República	 JOSÉ IVÁN CLAVIJO CONTRERAS Senador de la República
 JUAN DE JESÚS CORDOBA SMEZZ Senador de la República	 CESAR TUCÍO DELGADO BLANDÓN Senador de la República
 ENRIQUEZ MAYA CARLOS EDUARDO Senador de la República	 NORA MARÍA GARCÍA BURGOS Senadora de la República



ROBERTO VICTOR GERZÉN ECHEVERRÍA
Senador de la República



JUAN MARIO LASERNA JABAMILLO
Senador de la República



JUAN SAMY MÉNDEZ MARÍN
Senador de la República



PAREDES AGUIRRE MYRIAM ALICIA
Senadora de la República



JORGE HERNANDO PEDRAZA GUTIÉRREZ
Senador de la República



LILIANA MARÍA RENDÓN ROLDÁN
Senadora de la República



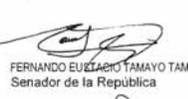
JOSÉ DARÍO SALAZAR CRUZ
Senador de la República



LUIS EMILIO SIERRA GRAJALES
Senador de la República



OLGA LUCÍA SUÁREZ MIRA
Senadora de la República



FERNANDO EUZABIO TAMAYO TAMAYO
Senador de la República



VILLEGAS VILLEGAS GERMAN
Senador de la República



ZAPATA CORREA GABRIEL
Senador de la República

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. La doble instancia en los procesos penales y disciplinarios en contra de aforados constitucionales

En virtud del bloque de constitucionalidad, prevalecen en el orden interno los Tratados Internacionales relativos a los Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia (artículo 93 CN). De conformidad con esta doctrina, la protección de las garantías y derechos fundamentales que constituyen a la vez Derechos Humanos, como lo es la garantía a la doble instancia, gozan del mismo grado jerárquico que una disposición de orden constitucional, y son por lo tanto de obligatorio cumplimiento.

Paradójicamente, la mencionada garantía aplica sólo para unos cuantos en nuestro ordenamiento interno, pues los parlamentarios son procesados en única instancia sin derecho a recurrir el fallo condenatorio.

La Comisión Preparatoria de Reforma Constitucional de la Justicia Penal, la cual sesionó en el año 2002 con el fin de presentar el Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, presidida por el Fiscal General de la Nación y compuesta por ilustres representantes del Gobierno y de la Academia, discutieron la instalación de la segunda instancia en los procesos penales y disciplinarios contra los aforados. El entonces Coordinador de las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, señaló con gran acierto: “El fuero no es castigo sino una protección; una garantía, pero no una garantía contra los errores. Otros funcionarios con fuero tienen segunda instancia. El fuero no debe propiciar no contemplar la segunda instancia”¹.

¹ Intervención del ex Coordinador de las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, Guillermo Mendoza Diago, Comisión Preparatoria de Reforma Constitucional de la Justicia Penal (CPC), Acta número 6, febrero 27 de 2002 en *Reforma Constitucional de la Justicia Penal, Actas de la Comisión preparatoria y Documentos de trámite legislativo Tomo I*, Corporación Excelencia en la Justicia, septiembre de 2002, pp. 105 y ss.

Así, en la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, el cual se convertiría en el Acto Legislativo 3 de 2002, se expuso la necesidad de reformar el sistema de investigación y juzgamiento en contra de los miembros del Congreso, con el fin de adecuarlo a los postulados de un sistema acusatorio. La instalación de la doble instancia constituyó uno de los vértices de dicha propuesta:

“Como consecuencia necesaria de la reforma al sistema de procesamiento criminal aparece la modificación del sistema de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso de la República, para adecuarlo a los principios del sistema acusatorio y, además, garantizar el respeto del principio de la doble instancia. En consecuencia, deberá replantearse el rol, hoy en día inexistente, de la Fiscalía General en este tipo de procesos, lo mismo que reestructurar el funcionamiento de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia para poder garantizar la doble instancia”².

Posteriormente, en las discusiones al interior de las sesiones de la Comisión Constitucional Redactora creada por el Acto Legislativo 3 de 2002, se presentaron preocupaciones e insatisfacciones frente a la no inclusión de la garantía de la doble instancia contra los parlamentarios.

El doctor Yesid Ramírez, Presidente en ese entonces de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que en el tránsito que sufrió en las Cámaras el Proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2002, se decidió que los procesos penales adelantados en contra de los Parlamentarios se siguieran haciendo en *“única instancia, perviniendo excepcionalmente en el nuevo procedimiento penal colombiano una especie de viejo sistema inquisitivo”³.*

El abogado Jaime Lombana, asesor del Senador Germán Vargas, manifestó que aunque el tema de la doble instancia para los procesos penales de los aforados había sido descartado en el Congreso de la República cuando se aprobó el Acto Legislativo 03 de 2002, dejaba constancia académica de que probablemente la decisión había sido errada pues había debido consagrarse el principio de la doble instancia también para los parlamentarios.

El Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema manifestó su preocupación frente a la forma en que había quedado regulada la doble instancia. Advirtió que el eficientismo no debía menoscabar el garantismo, y que teniendo en cuenta que los tratados internacionales, el bloque de constitucionalidad y los artículos 29 y 31 de la Carta Política hablan del recurso de apelación sin ningún tipo de obstáculo, se podría llegar a producir la interposición de acciones de tutela⁴.

² *Gaceta del Congreso* 134, 26/04/2002.

³ Acta número 5, 14 de febrero de 2003, en <http://www.cispa.gov.co/>

⁴ Acta número 8, 7 de marzo de 2003, *Ibidem*.

1.1. Consagración de la garantía en instrumentos internacionales de Derechos Humanos

Lo cierto es que los tratados de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y referencias comparadas consagran la garantía de la doble instancia sin ninguna limitación para los aforados constitucionales ni para ningún tipo de ciudadano. Veamos.

Nuestra Constitución Nacional adopta la garantía de la doble instancia contra los fallos condenatorios en los artículos 29 y 31:

“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

“Artículo 29. Inciso 4°. ... Quien sea sindicado... a impugnar la sentencia condenatoria...”.

Así mismo, tratados internacionales ratificados por Colombia y que forman parte del Bloque de constitucionalidad también consagran esta garantía. La Convención Americana de Derechos Humanos establece en derecho de recurrir el fallo en el artículo 8.2.h, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) consagra en el artículo 14.5 el derecho de someter a un tribunal superior todo fallo condenatorio:

“Artículo 8°. Garantías Judiciales, 2. ...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Artículo 14. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Así mismo, el Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1984), establece en su artículo 2° el derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal:

“Artículo 2°. Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal.

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por la ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”.

Normas de derecho blando, como las Reglas de Mallorca (1990), establecen el derecho a un recur-

so ante aquellas medidas que afecten los derechos a la libertad, propiedad e intimidad (artículo 37) y consagran el derecho de recurrir el fallo condenatorio en dos circunstancias: como el derecho de todo condenado (artículo 35) y como el derecho de impugnar sentencias en firme fundadas en un error debido al desconocimiento de hechos que prueben la inocencia del condenado (artículo 38).

La doble instancia no sólo se encuentra consagrada en el derecho internacional de los Derechos Humanos. El Derecho Internacional Humanitario también ha tenido en cuenta esta importante garantía al consagrarla dentro de las reglas de procedimiento de Tribunales internacionales. Así, el Estatuto de Roma (1998) establece en los artículos 64, 74, 81 num. 1 lit. b) y 83 la Sala de Apelaciones en Primera y Segunda instancia para las actuaciones de la Corte Penal Internacional y el Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia establece en el artículo 25 la Cámara de Apelaciones.

También podemos traer a colación unas cuantas referencias comparadas como el Código de procedimiento penal de Nicaragua de 2001, que establece el Derecho a impugnar las resoluciones que les causen agravio, adoptadas por los órganos judiciales (artículo 17).

El Acto de Procedimiento Criminal (Acto de 1975) de Escocia establece en su Sección 228 que cualquier persona condenada podrá apelar ante la Alta Corte y que mediante dicho recurso una persona *“puede someter a la revisión de la Alta Corte un grave error judicial “miscarriage of justice”⁵ en el procedimiento en el cual fue condenado, incluido el error respecto de la existencia y significado de material evidenciario adicional que no fue tenido en cuenta en el juicio y que razonablemente no era posible obtener para el mismo”.*

Las Reglas Federales de Procedimiento Criminal de EE.UU. (2010) también consagran en la Regla 32 que el acusado tiene derecho a apelar y que si es declarado inocente de los cargos y fuere condenado, después de la sentencia, la Corte deberá aconsejarlo sobre su derecho de apelar la condena.

En respuesta a estas normas, tratados y declaraciones de principios, nuestra legislación penal ha establecido la doble instancia, primero, como norma de procedimiento penal: la Ley 600 de 2000 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, señala que las sentencias y providencias interlocutorias podrán ser apeladas, salvo las excepciones que consagre la ley (artículo 18). Y posteriormente como norma rectora: la Ley 906 de 2004, Nuevo Código de Procedimiento Penal, más responsable con la consagración de esta impor-

⁵ El concepto de grave error judicial no se encuentra definido en el estatuto escocés, pero cubre aspectos tales como instrucciones erradas por parte del juez a los miembros del jurado o decisiones erradas en la admisibilidad de elementos materiales probatorios, así como un quebrantamiento de la “justicia natural”. TEDH, Granger vs Reino Unido 28 sentencia del de marzo de 1990, párr. 26.

tante garantía, establece que “Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación...” (artículo 20).

1.2. Alcance de la garantía

El derecho a la doble instancia, ha sido considerado como una *garantía primordial* y una *pieza angular en un Estado de derecho*, ya que permite el ejercicio pleno de otras garantías tales como el derecho de defensa, de contradicción y del debido proceso.

Así, la Corte Constitucional ha señalado: “El principio de la doble instancia, garantizado constitucionalmente (artículo 31 C.P.), se constituye en una *pieza angular dentro del Estado de derecho*, pues a través de él se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de **defensa y de contradicción**, ambos integrantes del denominado *debido proceso*”⁶.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana manifestó: “La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una *garantía primordial* que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”⁷.

La Comisión Interamericana aclaró que la garantía permite el ejercicio del derecho de defensa en la medida en que refuerza la protección contra el error judicial:

“... *el derecho del inculpaado de delito de recurrir del fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa. La oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso penal refuerza la protección en contra del error judicial.*

La Comisión observa que el artículo 8.2.h se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a

*la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas”*⁸.

Y manifestó que ante la imposibilidad de apelar una sentencia adversa, se estaría minando la efectiva defensa en juicio, y por lo tanto el debido proceso:

“*Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal. El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa*”⁹.

Es claro que la aplicación de la garantía de la doble instancia no sólo rige para procesos penales, sino también para procesos disciplinarios. La Corte Interamericana ha señalado:

“*La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 (artículo 8.2.h consagra la doble instancia) del artículo 8º de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes*”¹⁰.

1.3. Las limitaciones a la doble instancia no pueden afectar la esencia misma del derecho

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana, han establecido que los Estados cuentan con un amplio poder discrecional en la regulación del derecho a un doble grado de jurisdicción. Sin embargo, hacen énfasis en que la limitación a dicha garantía no pueden afectar la esencia misma del derecho.

Así, ha señalado la Corte Interamericana: “De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los Derechos Humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un **recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el**

⁸ Comisión IDH, Juan Carlos Abella vs. Argentina (1997), párr. 261. Reporte n° 55/97, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137f.htm>

⁹ Ibídem párr. 252.

¹⁰ CIDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2001), párr. 125. En este caso se declaró responsable a Panamá por una decisión de naturaleza disciplinaria mediante la cual se despidió a trabajadores supuestamente vinculados con el movimiento del Coronel Eduardo Herrera Hassán, sin el debido respeto de las garantías judiciales.

⁶ Corte Constitucional, S 37/96, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ CIDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), párr. 158.

ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”¹¹.

La Corte Europea, por su parte, estableció que el doble grado de jurisdicción puede incluir la revisión de los aspectos de hecho y/o de derecho de una sentencia. También ha observado que las limitaciones a dicho derecho deben estar en consonancia con el derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6.1¹², perseguir una finalidad legítima y no quebrantar la esencia misma del derecho¹³.

Así, en el caso Juan Carlos Abella vs. Argentina (1997), la Comisión Interamericana consideró que el recurso extraordinario, único recurso disponible contra sentencias dictadas de acuerdo al procedimiento que establece la Ley 23.077, no satisfizo los presupuestos consagrados en el artículo 8.2.h de la Convención Americana:

“De lo expuesto, se entiende que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desciertos de gravedad extrema. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el recurso extraordinario no abarca la revisión del procedimiento, y que la doctrina de la arbitrariedad impone un criterio particularmente restrictivo para analizar su procedencia, en la práctica, el recurso extraordinario no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez. Es un recurso de extensión, limitado y extraordinario, de restringida procedencia, por lo que no satisface la garantía del inculpadó a impugnar la sentencia”. (Párr. 269.)

¹¹ CIDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), párr. 158.

¹² **“Artículo 6°. Derecho a un proceso equitativo.** 1 Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencias puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

¹³ TEDH, Krombach vs. Francia (2001).

La Comisión Interamericana se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la garantía contenida en el artículo 8.2.h a raíz de las disposiciones del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica las cuales exceptuaban de la posibilidad de revisión por tribunal superior las condenas penales menores a ciertos montos de prisión, inhabilitación, internación de seguridad o multa. La Comisión declaró la existencia de la violación al artículo 8.2.h en dichos casos, y recomendó al Estado hacer plenamente efectiva la garantía judicial mencionada. Dicha recomendación fue acogida mediante la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante la cual se reconoció la preeminencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre dicho Código, y declaró en consecuencia la inconstitucionalidad de dichas limitaciones¹⁴.

El Tribunal Europeo en el caso Krombach vs. Francia (2001), estableció, por primera vez, la violación del artículo 2.2. del Protocolo 7 a la Convención Europea, debido a que el recurrente no pudo ejercer recurso alguno o siquiera hacer controlar mediante el recurso extraordinario de casación la legalidad de una decisión de la Corte Penal “Cour d’assis”, tras la cual se profirió una sentencia condenatoria en su contra. La decisión francesa se basó en el artículo 636 del Código de Procedimiento Criminal, que suprimía estas garantías al procesado que era declarado en contumacia.

Es imperativo adecuar el procedimiento penal contra los aforados, so pena de que Colombia se vea condenada ante instancias internacionales por violaciones similares.

2. Separación entre la función de investigación y la de acusación

La Exposición de Motivos al Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, abordó con detenimiento la necesidad de separar las funciones de investigación y juzgamiento del mismo órgano. En esa ocasión se estableció que:

“Independientemente de las razones que llevaron al Constituyente del 91 en su momento a establecer el fuero pleno para los parlamentarios, es inconcebible y resulta incoherente que paralelamente al derecho internacional vigente relativo a los Derechos Humanos, y a los cambios que se están promoviendo a nivel nacional e internacional para modernizar los diferentes sistemas penales con el establecimiento de un sistema acusatorio puro, se mantenga en Colombia uno totalmente inquisitivo para los procesos penales que se surtan en contra de los congresistas, por ser un mismo órgano el que los investiga y juzga”¹⁵.

También se discutió cómo dicha concentración de funciones en un mismo órgano -la Corte Su-

¹⁴ Informe N° 24/92, OEA/Ser.L/V/II.82, Doc. 20, 2 octubre de 1992, párr. 30.

¹⁵ *Gaceta del Congreso* 134, 26/04/2002.

prema de Justicia- afectaba los derechos del procesado, “ya que en los procesos penales que se surtan en contra de los miembros del Congreso, la Corte impulsa la investigación teniendo que evaluar la hipótesis que ella misma ha elaborado como investigador, examinando el peso de su propia investigación y decidiendo sobre los derechos del imputado, al tiempo que dirige el proceso como juez”. Lo anterior, en total desmedro del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. La imparcialidad judicial -aplicable no sólo a los jueces, sino a todo funcionario que ejerce funciones judiciales- se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, ya que “él está interesado en el resultado de la investigación. Su función primordial es investigar los delitos y acusar a los presuntos transgresores de la ley penal ante los jueces de la República, lo cual es incompatible, con la función de garantizar las libertades del procesado. Si a una misma persona se le asignan las funciones de investigar y proferir providencias de contenido judicial, cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, porque ellas se contraponen. Es que resulta poco creíble que un funcionario o entidad sea capaz de considerar a alguien como eventual responsable de un delito, y lo llame a indagatoria, para luego, pocos días después, ese mismo funcionario o entidad determine imparcialmente si el investigado debe ser detenido o puesto en libertad. (...) Casi nadie es un buen evaluador de sus propias investigaciones”¹⁶. “No en vano se ha dicho: Salvo raras excepciones, el funcionario instructor se deja guiar, sin darse cuenta él mismo de lo que le pasa, por aquel hábito mental que le hace considerar la acusación, esto es, la suposición de la culpabilidad del sindicado, no como una hipótesis, sino como un teorema, cuya verdad se trata de demostrar a todo trance. El funcionario considera innecesarios, ociosos o ridículos, todos los requisitos que tienden a garantizar la verdad; ¿para qué garantizar la verdad si se sabe de antemano? Todo indicio de inocencia se rechaza como un peligro de error, como un obstáculo para la anhelada demostración de su teorema. La demostración de su hipótesis se convierte para el funcionario en asunto de amor propio, de honor, sobre todo cuando se trata de un proceso ruidoso”.

Justamente para evitar la situación anterior, varios instrumentos de Derechos Humanos y convenios y principios de derecho blando prohíben la participación de los jueces en etapas anteriores al proceso. Por citar algunas normas, Las **Bases para un CPP para Iberoamérica (1988)**, establecen que: “Artículo 32. El juicio oral se celebrará ante un tribunal integrado por jueces o magistrados que no hayan participado en la instrucción, ni como instructores ni como sala de Tribunal de recursos durante la misma, a los efectos de proteger su imparcialidad...”. En sentido similar, **Reglas**

de Mallorca (1990) establecen que “no podrán formar parte del Tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa”. (Artículo 4.2).

Estas últimas también señalan que “las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora”. (Artículo 2. 1)

La **Recomendación número R (2000) 19 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la función de la fiscalía en el sistema de justicia penal**, establece el deber de los fiscales de actuar de forma imparcial y objetiva:

“**Relación entre los fiscales y los jueces de un tribunal. 20.** Los fiscales deben ser objetivos y justos durante los procedimientos judiciales. En particular, deben asegurar que todos los hechos relevantes y argumentos legales necesarios para la justa administración de la justicia sean proporcionadas al tribunal.”

“**Deberes del fiscal hacia los individuos. 24.** En cumplimiento de sus deberes, los fiscales deben, en particular: a. Desempeñar sus funciones en forma equitativa, imparcial y objetiva...”.

El PIDCP (1966), señala que “... Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”. (Artículo 14. 1.) y el **Pacto de SJ (1969)**, que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...” (artículo 8.1).

Sobre la imparcialidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con una clara influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que la imparcialidad se puede revisar en su aspecto subjetivo y en su aspecto objetivo, siendo este último la exigencia de que “el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso”¹⁷. La participación del juzgador en etapas anteriores del proceso constituye a toda costa una duda razonable sobre la imparcialidad de dicho juez.

El Tribunal Europeo consideró que ante la duda de la imparcialidad del juzgador, debe abstenerse de conocer del caso, pues queda menoscabada la confianza que los ciudadanos han depositado en los tribunales: “... todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.”

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Informe N° 5/96, Caso 10.970, Perú, 1° de marzo de 1996.

*...Es suficiente constatar que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda*¹⁸.

El quebrantamiento del derecho a la igualdad

El actual sistema de procesamiento criminal contra los Congresistas también exige de una rápida reforma, en aras de proteger el derecho de estos funcionarios a la igualdad.

En la exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 se señaló lo anterior: *“con base en ese precepto, es evidente que el esquema actual de juzgamiento de los representantes y senadores atenta contra el derecho a la igualdad, ya que no se encuentra argumento sobre la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de hacer ninguna distinción frente a otros altos funcionarios diferentes de los miembros del Congreso de la República, que igualmente gozan de fuero constitucional... es más pareciera que se tratara de un caso de discriminación contemplado desde la propia Constitución Política, que es urgente modificar en aras del respeto pleno a las garantías fundamentales de cualquier procesado*¹⁹.

En el año 2008, la Corte Constitucional perdió una oportunidad valiosísima para cuestionar el sistema que hoy día buscamos modificar. En una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 533²⁰ de la Ley 906 de 2004, los actores señalaron justamente que el precepto demandado vulnera el derecho a la igualdad, al consagrar un trato diferente para el procedimiento aplicable a la investigación y juzgamiento de los Congresistas por la Corte Suprema de Justicia, el cual *“no encuentra una verdadera y razonada justificación, siendo por tanto la medida adoptada por la Ley, desproporcionada y contraria a los preceptos constitucionales*²¹.

Las razones que expone la sentencia para defender la consagración del artículo 553 son una muestra de la pobreza argumentativa de quien busca defender el actual sistema de investigación y juzgamiento de los parlamentarios.

Señaló la Corte en ese entonces, que el hecho de ser investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (artículo 234 *ib.*) mediante un procedimiento de única instancia, generaba a favor de los parlamentarios dos ventajas: *“la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores”*.

El extremo eficientismo y la economía procesal no puede tener como contraprestación la negación de las garantías fundamentales, en especial cuando está de por medio el bien más preciado para el ser humano: su libertad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha señalado que no se puede buscar la celeridad a toda costa, máxime cuando los Derechos Humanos existentes en el curso del procedimiento penal se ven sacrificados. Por otro lado, afirmar que el juicio ante la Corte Suprema en única instancia permite escapar de los errores cometidos por jueces o tribunales inferiores es como afirmar que los magistrados de las altas Cortes no son seres mortales dignos de cometer errores o incurrir en imprecisiones. Justamente por la complejidad de los casos sometidos a su competencia, resulta sano y conveniente someter sus decisiones a una segunda opinión.

Más adelante agrega la Corte en su decisión: *“Tales garantías que revisten el procedimiento que adelanta la Corte Suprema de Justicia frente a los altos aforados, en modo alguno perjudica a sus beneficiarios, como reseñó esta corporación en la sentencia previamente referida, donde se consideró que ser juzgado por el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria es “la mayor aspiración de todo sindicado”*.

La *“mayor aspiración de todo sindicado”* es ser sujeto de un procedimiento penal respetuoso de los derechos fundamentales y garantías judiciales consagradas en nuestra Constitución y en los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia. El acceso a un Tribunal imparcial y el ejercicio del derecho a recurrir el fallo en caso de que este resulte adverso, constituyen sin lugar a dudas, una de las mayores aspiraciones de todo sindicado.

Los actores alegaron la violación del derecho a la igualdad de los parlamentarios respecto de otros aforados constitucionales que sí gozan de un sistema de procesamiento criminal de corte acusatorio como lo dispone la Ley 906 de 2004, a pesar de gozar también de fuero constitucional. La Corte Constitucional zanja esta discusión afirmando algo que nunca fue objeto de controversia, la justificación en la existencia del fuero constitucional. Así mismo, trae nuevamente a colación las rebuscadas

¹⁸ Caso Piersack vs. Bélgica, del 1º de octubre de 1982, párrs. 30 num. a y 31. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia: 1959-1983*, publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1981, p. 876. Hechos: En el caso concreto el señor Van de Walle presidió, en noviembre de 1978, la Audiencia de Brabant, de acuerdo con la designación de la sala del Tribunal de Apelación de Bruselas para adelantar el juicio contra el señor Piersack. Van de Walle contó con amplios poderes discrecionales, dentro de los cuales estaba decidir con los otros jueces sobre la culpabilidad del acusado una vez el jurado decidiera el veredicto. Previamente, hasta noviembre de 1967, Van de Walle había dirigido la Sección B del departamento del Ministerio Público (Fiscalía General) en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor Piersack. En este cargo jugó un cierto papel influyente en el procedimiento.

¹⁹ *Gaceta del Congreso* 134, 26/04/2002.

²⁰ *Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.*

Los artículos 531 y 532 del presente código, entrarán en vigencia a partir de su publicación.

“Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema: 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso”.

²¹ CC, S C-545/08, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

“ventajas” que según ella tiene el sistema de juzgamiento actual de los congresistas:

“Esta corporación ha puntualizado, que los *procesos especiales que contra ellos se adelanten pueden apartarse de los procedimientos ordinarios, con fundamento en la propia Carta Política, sin que ello implique discriminación alguna. Al respecto, en la Sentencia C-245 de junio 3 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, se indicó que el propósito del fuero es “preservar la autonomía y la independencia legítimas de aquellos funcionarios a los que ampara”, agregando:*

Bajo tales supuestos, no puede equipararse la situación de los Congresistas, ni con los otros altos funcionarios del Estado, ni con todos los mayores de edad en general, al momento de ser investigados y juzgados penalmente, como quiera que la investigación por su mismo juez natural difiere de la de aquellos, sin que esto implique una discriminación o la vulneración de garantías procesales.

Debe recalarse que no es la misma situación la de una persona que es investigada por la Fiscalía General de la Nación o mediante el procedimiento especial ante el Congreso, que la de aquellos que son investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia en única instancia, pues estos últimos, como se indicó en precedencia, gozan además de las ventajas de la economía procesal y la probabilidad de que la decisión esté menos expuesta a error que ante otros despachos judiciales”.

Lo cierto es que el sistema de investigación y juzgamiento en única instancia en contra de los congresistas y la convergencia de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano -la Corte Suprema de Justicia- resulta innecesario, desproporcionado y desigual frente al tratamiento de otros aforados. Las garantías de la doble instancia y del derecho a un juicio imparcial reclaman la reforma de dicha ecuación.

2.1. La propuesta para Colombia

Para los procesos penales que se surten ante la Corte Suprema de Justicia, se entregará la función investigativa a la Fiscalía General de la Nación. La ley reglamentará la división de la sala penal en dos salas de manera que se garantice la doble instancia. También regulará lo relativo a la rotación de los magistrados en las mismas.

La Sala Penal se dividiría en dos salas. La primera, conformada por cuatro (4) magistrados, se encargaría de las decisiones en primera instancia. La segunda Sala estaría integrada por cinco (5) magistrados los cuales se encargarían de las decisiones de segunda instancia.

En los procesos disciplinarios, la etapa investigadora deberá ser adelantada por la actual estructura de la Procuraduría General de la Nación, garantizando la doble instancia, y la etapa de juzgamiento por los jueces administrativos de la República en primera instancia, y por los Tribunales Administrativos en segunda. Una reforma en los anteriores términos, además de garantizarle esos

derechos a los parlamentarios, implicaría eliminar la etapa “administrativa” de los procesos disciplinarios, en donde actualmente a un servidor público, al ser condenado disciplinariamente, se le abre la puerta para iniciar un procedimiento contencioso administrativo.

3. Establecimiento de una garantía de inmunidad “relativa”

De la existencia de una inmunidad “absoluta” de la Carta de 1886²², se pasó a la situación actual donde los congresistas pueden ser investigados, juzgados y condenados en cualquier momento, esto es, durante o después del ejercicio de su investidura, sin mayores requisitos. De nuevo, como en otros eventos señalados en la presente exposición de motivos, la Constitución de 1991, por pretender un remedio contra la situación preexistente, llevó a los parlamentarios al extremo totalmente opuesto: una situación de total indefensión frente a las veleidades, a los caprichos y -hay que decirlo- a las animadversiones políticas, de las altas Cortes, en este caso, la Corte Suprema de Justicia.

Prueba de ello es que son los congresistas de una línea política en particular los que han sido investigados y condenados, muchos de ellos con grandes dudas sobre su verdadera responsabilidad en los hechos investigados.

La Corte Suprema de Justicia ha llegado incluso al extremo de modificar, de manera restrictiva a los intereses de los procesados, su jurisprudencia (autos de 1° de septiembre, Radicado número 31.653, y 15 de septiembre de 2009, Radicado número 27.032) para poder reasumir la competencia en la investigación y juzgamiento de aquellos congresistas que prefirieron renunciar a investidura, no sólo por escapar de una Corte francamente politizada, sino a efectos de contar con la garantía de la separación de la función investigadora y la juzgadora y la doble instancia.

Esa situación, se insiste, ha derivado en una situación de indefensión, de clara afectación en la función legislativa, con evidente preponderancia para la rama judicial del poder público, en detrimento del necesario equilibrio e interacción entre todas las ramas, donde ninguna de ellas debe ejercer prelación o ubicarse en posición de superioridad respecto de las otras.

La autonomía, la independencia, el equilibrio de la rama legislativa frente a las otras ramas del poder público debe restablecerse.

Así las cosas, se instituye como garantía para la función legislativa, una inmunidad “relativa”, esto es, el requerimiento del levantamiento previo de la inmunidad parlamentaria, para que los congresistas puedan ser destinatarios de una investigación y juicio en materia penal, tan sólo durante el período en que dure la investidura del respectivo parla-

²² Artículo 107 Constitución 1886: “...Cuarenta días antes de principiar las sesiones y durante ellas, ningún miembro del Congreso podrá ser llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva...”.

mentario, permitiéndose el adelantamiento y sustanciación de la respectiva causa criminal, y donde no se incluyen los delitos flagrantes.

La inmunidad se levantaría previo visto bueno de la cámara respectiva con una mayoría que podemos estipular de la mitad, a las dos terceras partes de la totalidad de sus integrantes.

El privilegio parlamentario no es una institución extraña a las legislaciones de los países democráticos del orbe, de hecho, es el principio general y países como Colombia (donde no hay ningún nivel de inmunidad) serían la excepción a dicho principio. De hecho, no encontramos ningún país democrático en donde no haya siquiera un mínimo nivel de inmunidad. En Inglaterra se le conoce como el “freedom from arrest” y en Francia como la “inviolabilité”, en virtud de la cual los congresistas no pueden ser detenidos, salvo en caso de flagrante delito, ni procesados sin la autorización de la respectiva Cámara. El artículo 71 de la Constitución Española reconoce la inmunidad de diputados y senadores durante el periodo de su mandato, no pudiendo ser detenidos salvo en caso de flagrante delito, ni ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. El propio artículo establece un fuero especial para diputados y senadores, siendo competente en las causas contra los mismos la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 22 de julio de 1985, ha circunscrito la posibilidad de que las Cámaras denieguen la autorización para procesar a que ello se fundamente en la finalidad de la institución de la inmunidad parlamentaria, esto es, evitar que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular.

Veamos otros ejemplos:

Artículo 71 Constitución de España:

“...1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras...”

Artículos 69 y 70 Constitución de Argentina:

“...Artículo 69. Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Artículo 70. Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier

senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento...”

Artículo 111 Constitución de México:

“...Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe del Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 2 DE AGOSTO DE 2007).

Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculcado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 28 DE DICIEMBRE 1982).

Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 28 DE DICIEMBRE 1982)...”

Artículo 1º, segunda sección cláusula 5ª Constitución de los Estados Unidos de América:

“...La Cámara de Representantes elegirá a su presidente y demás funcionarios y será la única facultada para declarar que hay lugar para proceder en los casos de responsabilidades oficiales...” (impeachment).

Artículo 1º, tercera sección cláusula 6ª Constitución de los Estados Unidos de América:

“...El Senado poseerá el derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones formuladas contra un alto cargo (impeachment). Cuando se reúna con este objeto, sus miembros deberán prestar un juramento o protesta. Cuando se juzgue al Presidente de los EE.UU., deberá presidir el acto el Presidente de la Corte Suprema. Y a ninguna persona se le condenará si no se alcanza un voto de dos tercios de los miembros presentes...”

Artículo 1º, tercera sección cláusula 7ª Constitución de los Estados Unidos de América:

“...En los casos de acusaciones formuladas contra un alto cargo (impeachment), el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del mismo de su cargo y la inhabilitación para ocupar

y disfrutar cualquier empleo honorífico, de confianza o remunerado, de los Estados Unidos; el individuo condenado quedará sujeto, no obstante, a que se le acuse, enjuicie, juzgue y castigue con arreglo a las leyes... ”.

Artículo 26 Constitución de Francia:

“...Ningún miembro del Parlamento podrá ser procesado, perseguido, detenido, preso o juzgado por opiniones o votos que haya emitido en el ejercicio de sus funciones.

En materia criminal o correccional ningún miembro del Parlamento podrá ser objeto de arresto o de cualquier otra medida privativa o restrictiva de libertad sin autorización de la Mesa de la Cámara de la que forma parte. No será necesaria esta autorización en caso de crimen o de flagrante delito o de condena definitiva.

Quedarán en suspenso la detención, las medidas privativas o restrictivas de libertad o la persecución de un miembro del Parlamento, durante la duración del período de sesiones si lo requiere la Cámara de la que forma parte.

La Cámara interesada se reunirá de pleno derecho en sesiones suplementarias para permitir, en caso necesario, la aplicación del apartado anterior... ”.

Artículo 68 Constitución de Italia:

“...Los miembros del Parlamento no podrán ser perseguidos por las opiniones que expresen ni por los votos que emitan durante el ejercicio de sus funciones.

Ningún miembro del Parlamento podrá ser sometido sin autorización de la Cámara a la que pertenezca a registro personal o domiciliario, ni podrá ser arrestado o privado de su libertad personal, ni mantenido detenido, salvo que se ejecute una sentencia firme de condena, o bien que sea cogido en flagrante delito.

La misma autorización será necesaria para someter a los miembros del Parlamento a interceptaciones, fuere cual fuere su modalidad, de conversaciones o comunicaciones así como para proceder a la incautación de correspondencia... ”

Como se puede ver, es Colombia un país que se quedó a la zaga en materia de protección a sus congresistas, se admite, por los excesos de la época de la Carta de 1886 donde en la práctica ninguno de ellos pudo ser objeto de persecución en materia criminal.

El fundamento de este privilegio radica en evitar que se persiga al parlamentario, impidiéndole el ejercicio de su función, por motivos políticos. Es de reconocer que siempre ha subsistido un debate sobre la justificación de la inmunidad, debido al eventual abuso de la denegación del permiso para procesar, lo que ha generado opiniones adversas a la institución. Se insiste, sin llegar al extremo de la inmunidad absoluta, Colombia debe implementar un procedimiento expedito para autorizar que las Cortes puedan investigar, acusar, juzgar y -si es el caso- condenar a un congresista una vez haya terminado su periodo electoral o una vez se haya terminado su investidura por un evento anterior.

Cosa curiosa, la práctica diaria de la Constitución de 1991 ha derivado en que los magistrados

de las altas Cortes y los altos dignatarios del Estado (aquellos que investiga la Comisión de Acusaciones) tengan una inmunidad absoluta *de facto* en la medida en que ninguno de esos altos dignatarios, ha sido condenado por conducta punible alguna.

El necesario equilibrio que debe existir entre las ramas del poder público, implica que ninguno de sus altos dignatarios debe ponerse en posición de preponderancia o de privilegio respecto de los otros, debiéndose mantener la autonomía de cada una de esas ramas, sin llegar a los extremos de la absoluta impunidad que existía bajo la Carta de 1886 para los congresistas.

Así las cosas, se propondrá, tal y como sucede en los países democráticos del planeta, la implementación de una inmunidad relativa, donde para poder procesar a un parlamentario se requiera una determinada mayoría de la cámara respectiva, donde si este levantamiento es negado se deberá, en aras de proteger la función legislativa y la independencia del Congreso de la República, iniciar el procesamiento penal contra dicho funcionario una vez haya terminado su periodo o finiquitado el ejercicio de su investidura.

4. El fortalecimiento de la Comisión de Acusaciones

La Comisión de Investigación y Acusación será modificada en sus procedimientos, como en sus facultades, y en su estructura, a efectos de que pueda cumplir eficientemente con la misión que se le encomendó mediante la Ley 5ª de 1992 en lo referente a la investigación y acusación de altos servidores del Estado. Así, se enfatizará en el fortalecimiento mediante la reforma de la Ley 5ª de 1992 de 2 aspectos:

4.1. Fortalecimiento de la oralidad y publicidad

Los procedimientos escritos y burocráticos, rezo del sistema inquisitivo, deben desaparecer del procedimiento penal contra los aforados constitucionales. La búsqueda de una mayor eficacia en estas instancias lo hace imperativo.

El procedimiento del *impeachment* en EE.UU., aunque no constituye un procedimiento penal²³, es un interesante referente para en el ejercicio sano y garantista del Congreso en sus funciones de investigación, acusación y juzgamiento de altos funcionarios.

Este procedimiento es adelantado por la Cámara de Representantes “House of Representatives” en contra del Presidente, el vicepresidente, los miembros de la Corte Suprema, los miembros de las comisiones constitucionales y Defensor del Pueblo, por violación culpable de la Constitución, traición, soborno, corrupción, y otros altos delitos

²³ Se trata de un procedimiento que busca destituir a un alto funcionario civil de su cargo, haya sido designado o elegido por votación popular, por quebrantamiento de códigos de ética o por la comisión de un delito. A pesar de que la causa de la investigación suele ser de índole penal, el procedimiento no constituye uno de tal naturaleza. Por lo anterior, una condena del Senado no impide el inicio de un procedimiento penal en contra del mismo funcionario.

o traición a la confianza pública²⁴. Busca, de manera similar al proceso por indignidad por mala conducta que puede adelantar nuestra Cámara de Representantes, destituir del cargo al funcionario que haya actuado deshonrando el ejercicio de sus funciones.

La Cámara de Representantes actúa como el ente acusador en el juicio que se adelanta ante el Senado, por un cuerpo de 11 miembros elegidos por voto mayoritario. Se aplican las reglas de procedimiento criminal “Rules of Criminal Procedure” de la Cámara respectiva.

El primer aspecto que podemos resaltar, es que el procedimiento puede ser impulsado por la denuncia de uno sólo de los miembros de la Cámara de Representantes. Esta denuncia, al igual que la que pueda elevar cualquier ciudadano (acompañada esta última de una caución “resolution of endorsement”), debe ser radicada en la oficina del Secretario General “Secretary General” y notificadas al ponente.

Es el Comité de Justicia el que evalúa si la denuncia constituye mérito suficiente para iniciar el procedimiento de *impeachment*. En caso positivo, el Comité da inicio a una audiencia. Aquí, el segundo aspecto interesante. En dicha audiencia se aplican las reglas de un verdadero procedimiento adversarial, en donde se interroga y contrainterroga a los testigos. El Comité cuenta con amplios poderes para conducir dicha audiencia, hacer comparecer a los testigos por la fuerza y solicitar la producción de documentos y material evidenciario que considere pertinentes.

La audiencia ante el Comité es pública excepto “cuando la seguridad del Estado y el interés público exija que la audiencia se adelante en sesión ejecutiva”²⁵.

Una vez terminada la audiencia, el Comité deberá allegar un informe con sus descubrimientos y recomendaciones a la Cámara de Representantes, bajo el voto de la mayoría de sus miembros.

Se requiere el voto favorable de por lo menos la tercera parte de los miembros de la Cámara de Representantes para aprobar el informe presentado por el Comité (sustente este la causa probable o deseche la denuncia). De ser aprobado, la resolución pasa al Senado para la realización del Juicio. De ser improbadada, se descartará la denuncia y el procedimiento de *impeachment*. En este orden de ideas, siguiendo la oralidad, publicidad e inmediación que se aplican en los procedimientos ante el Comité de Justicia de la Cámara de Representantes de EE.UU., la Comisión de Acusación adelantará su fase investigativa y de acusación mediante dos audiencias.

La primera, una **audiencia preparatoria** en la que el Representante-investigador citará a las partes y en donde se seguirán las mismas reglas establecidas para esta etapa en la Ley 906 de 2004. Esta audiencia deberá conducirse de la misma forma en que se conduce la audiencia adelantada por el Comité de Justicia en EE.UU., para el procedimiento del *impeachment*. El procesado o su defensor, al igual que las víctimas, podrán elevar, en el curso de dicha audiencia, el recurso de apelación ante la negación de la práctica de alguna prueba durante la investigación.

Así mismo, el proyecto de resolución de acusación o de preclusión de la investigación que debe presentar el Representante-investigador ante el Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación, deberá ser presentado en el curso de una **Audiencia de Resolución Calificadora**. En el transcurso de la misma, y de forma oral, el Representante encargado sustentará su decisión y el Presidente de la Comisión, tras deliberar con los demás miembros de la Comisión de Acusación, se pronunciará sobre la aceptación o no del proyecto presentado por el ponente.

El ponente del proyecto sustentará la decisión adoptada por la Comisión de Investigación y Acusación en la **Audiencia de acusación o cesación del procedimiento** ante la Comisión de Instrucción del Senado, en donde el Presidente de esta última, tras debatir junto con los demás miembros de la misma, dará a conocer su decisión sobre la aceptación de la cesación de procedimiento o de la acusación.

4.2. Participación activa de las víctimas

La Corte Constitucional ha reivindicado los derechos que les asiste a las víctimas, mediante la lectura condicionada del artículo 340 el cual establece el traslado que debe hacer el Representante-investigador al defensor del auto mediante el cual declara cerrada la investigación. La Corte exigió incluir dentro de dicho traslado al Ministerio Público así como a los demás sujetos procesales²⁶.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las víctimas. Recordemos que el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 es aplicable a todas las instancias del procedimiento. Así, durante la etapa de la investigación adelantada por la Comisión de Acusación, será necesario hacer efectivo su derecho a ser oídas; a presentar elementos materiales probatorios; a solicitar la práctica de pruebas; a conocer la verdad de los hechos, la justicia y la reparación; en fin, a todos los derechos a que son titulares las víctimas en un procedimiento ordinario.

Por otro lado, de la misma forma en que la Cámara de Representantes de EE.UU. puede ofrecer garantías especiales de seguridad a un testigo o al denunciante, si su seguridad se encuentra en peligro con ocasión del procedimiento del *impeachment*, la Cámara de Representantes en Colombia podrá ofrecer garantías similares a sus víctimas y testigos.

²⁴ Traducción Libre. Ver Sección I de las Reglas de procedimiento del Congreso sobre procedimientos de *impeachment*:

<http://www.congress.gov.ph/download/13th/impeachment13.pdf> ver también:

y <http://www.law.cornell.edu/background/impeach/senaterules.pdf>.

²⁵ Section 6. Submission of evidence and memoranda.

En <http://www.congress.gov.ph/download/13th/impeachment13.pdf>.

²⁶ Sentencia C-385/96, MP. Antonio Barrera Carbonell, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 339 inciso 2º; 340 (parcial); 341; 342 y 343 de la Ley 5ª de 1992.

5. Reforzamiento de la función de control político del Congreso

El propósito es que el Congreso cumpla de forma eficiente con la función de control político encomendada en la carta de 1991, pero con el reforzamiento de procedimientos, de sus facultades, de su estructura, implementación de audiencias públicas, de mecanismos coercitivos, entre otras iniciativas. Posibilidad de los Congresistas de ser nombrados en el mismo periodo Ministros o Embajadores.

La función ya está contemplada en la Carta Política, pero queda en evidencia que la norma la misma ha sido más de orden programático (o retórica) que de efectivo cumplimiento²⁷. Ni la moción de censura, ni las citaciones, ni las audiencias públicas han concretado esa función de control político sobre las otras Ramas del Poder.

El propósito es el cumplimiento efectivo de esa función propia de los congresos de los países democráticos, donde estos deben deshacerse de cualquier complacencia con los gobiernos de turno (que han hecho que, por ejemplo, en Colombia nunca haya prosperado una moción de censura) para ejercer adecuadamente con esa función.

Se sugiere ampliar el espectro de las citaciones de las audiencias públicas a efectos de que puedan ser citados no sólo servidores públicos, sino además ciudadanos particulares, donde la respectiva Célula Legislativa adelante una actuación “cuasijudicial”, esto es, con diligencias asimilables a descargos, testimonios, y donde emita Informes provisionales y finales consignando las conclusiones de la respectiva averiguación. En ejercicio de esa función, el Congreso podrá disponer incluso la conducción a sus instalaciones de personas consideradas testigos renuentes, o aplicar sanciones por desacatos y/o irrespeto a la actividad congresional.

Estas facultades no pueden quedar sometidas a los vaivenes de las mayorías de turno en el Congreso, pudiendo la bancada de la oposición, de manera eficiente, utilizar adecuadamente estas funciones.

Del mismo modo, recordando que la norma existe y que lo que hace falta es su real cumplimiento y reforzamiento, es menester que estos mecanismos se utilicen de manera ordenada, puesto que para nadie es un secreto que tanto citaciones, como audiencias, como mociones de censura, pierden su fuerza y cometido cuando el citado se pierde en medio de un recinto donde sus integrantes van y vienen, entran y salen, o simplemente no están presentes.

Para solucionar lo anterior, sería viable que las cámaras pudieran nombrar comisiones (no necesariamente identificadas con las temáticas) que adelantaran de manera válida estas labores. Las comisiones pueden ser integradas por personal de ambas cámaras.

Del mismo modo, se permitiría que los congresistas pudieran ser nombrados como Ministros o

Embajadores, bajo la premisa de que los cargos del Poder Ejecutivo no son sino una expresión de la voluntad del pueblo, que también se expresa mediante el Poder Legislativo elegido democráticamente cada 4 años. En efecto, la inhabilidad de que un parlamentario sea nombrado en tales cargos, se encuentra excesiva y es un obstáculo al libre ejercicio político y a la necesaria coexistencia y colaboración que deben observar Rama Ejecutiva y Legislativa.

6. Fortalecimiento de la representación por regiones

Bajo la anterior meta, se implementaría o autorizaría, entre otras, una mayor participación, o poder de decisión, si se quiere, del Poder Legislativo en el manejo de los recursos para las entidades territoriales. Esa facultad, bajo la actual concepción de la Constitución, es en la práctica, territorio exclusivo del Poder Ejecutivo.

La norma permitiría esa mayor participación del Congreso de la República, de manera controlada, en la decisión de inversión y destinación del gasto público, para las regiones, pero de manera absolutamente controlada, a efectos de no caer en los vicios de la época de los “auxilios parlamentarios” (antes de 1991) o “fondos de cofinanciación”, “cupos indicativos” entre otras denominaciones (después de 1991).

El Congreso de la República volvería a participar activamente en la Ley del Plan de Desarrollo y en los presupuestos nacionales, de acuerdo a las bancadas de regiones, en concordancia con la distribución territorial por regiones, función que le fue abolida al Congreso de la República. En efecto, se trata de incluir y fortalecer como competencia, bien sea constitucional o legal, una facultad de los Congresistas para intervenir de manera más activa en las decisiones del Plan Nacional de Desarrollo, ya que son ellos los que saben cabalmente cuáles son las necesidades y prioridades de las distintas regiones del país.

Bajo la Constitución de 1886, existía la ya mencionada figura de los “auxilios parlamentarios”, figura esta que la práctica diaria pervirtió, en la medida que se consideró que no era sino una forma de perpetuar a los Congresistas en su curul, por cuanto les permitía gastar, invertir en sus regiones, generando de esta forma una espiral de gratificación (pero además clientelista), en la cual conseguían fácilmente su reelección, en detrimento de aquellos candidatos que aspiraban por primera vez a un escaño y que -por ende- no tenían forma de ordenar los célebres “auxilios parlamentarios”. Finalmente, la Constitución de 1991 abolió los “auxilios parlamentarios”²⁸.

²⁸ Artículo 355 Constitución Política “...Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia...”.

²⁷ Artículo 114 Constitución Política: “...Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer Control Político sobre el Gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes...”.

Con posterioridad a la Carta de 1991, se ha dado un proceso donde los gobiernos de turno, por medio de eufemismos de verdaderos “auxilios” (por ejemplo, “fondos de cofinanciación”, “cupos indicativos”) han tratado de ganarse la voluntad de integrantes del Poder Legislativo, para poder sacar las iniciativas que a aquellos les interesan.

Como se puede ver, es evidente que, particularmente desde el Poder Ejecutivo, hay un amplio poder de disposición de recursos económicos hacia las regiones, donde el Poder Legislativo no es sino un convidado de piedra a la hora de decidir el uso de esos recursos, y se le busca únicamente cuando al Gobierno de turno le interesa sacar adelante alguna iniciativa en particular.

A nivel internacional siempre ha existido el debate de la forma en que los parlamentarios utilizan a su favor fondos públicos para su propio beneficio, ello nunca ha sido un caso aislado colombiano. No existiendo fórmula mágica para que ese uso sea intachable o blindada a favorecimientos del orden político (y, por desgracia, económico), se ha optado habitualmente por mecanismos donde esos gastos que los parlamentarios pueden ordenar a nivel regional, sean autorizados de manera transparente, esto es, de manera visible y susceptible al Control del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de los medios de comunicación y, en general, de la opinión pública. Se han diseñado mecanismos donde Congresistas y Poder Ejecutivo pueden tener esta iniciativa, pero donde hace falta el necesario consentimiento del uno y del otro.

En Colombia, la Constitución de 1991 lo que hizo fue desplazar el problema del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, generando así esa situación en donde el Gobierno, para conseguir las mayorías que le interesa, debe “negociar” con el legislativo para lo cual es vital el ofrecimiento de “cupos” o similares para la región de procedencia del respectivo Congresista. Ambos extremos son perjudiciales, tanto el de la Constitución de 1886 como la de 1991, es menester encontrar el punto medio donde Legislativo y Ejecutivo puedan disponer la inversión y gasto público en las regiones, con autonomía para cada uno de ellos, pero con ejercicio de un control por la otra Rama del Poder Público, y bajo un modelo que impida el uso clientelista o politizado de ese gasto.

Es claro que el Congreso de la República no solo se limita a la expedición de leyes y a su función constituyente, sino también a las de control político, función judicial, y de protocolo, pero somos de la convicción que debe subsistir una suerte de función administrativa de control público y de planeación, con injerencia en las decisiones de inversión, que le permita a la corporación a través de las bancadas regionales y de partidos, funcionar activamente en la proposición y creación del Plan Nacional de Desarrollo. Todo lo anterior, bajo los principios básicos a contemplar en un Plan Nacional de Desarrollo, a saber, (i) Concurrencia, esto es, “...cuando dos o más autoridades de planeación deban desarrollar actividades en conjunto hacia un propósito común, teniendo facultades de distintos niveles su actuación deberá ser oportuna y procurando la mayor eficien-

cia y respetándose mutuamente los fueros de competencia de cada una de ellas...”; (ii) subsidiariedad, “...las autoridades de planeación del nivel más amplio deberán apoyar transitoriamente a aquellas que carezcan de capacidad técnica para la preparación oportuna del plan de desarrollo...”; y, (iii) complementariedad, “...en el ejercicio de las competencias en materia de planeación las autoridades actuarán colaborando con las otras autoridades, dentro de su órbita funcional con el fin de que el desarrollo de aquellas tenga plena eficacia...”.

El Congreso debería ir de la mano con el Gobierno en la formulación de dicho Plan sin que esto desequilibre sustancialmente los poderes, sino por el contrario lograr la colaboración armónica que derive en un eficiente y eficaz Plan de Desarrollo en miras del bienestar de Colombia.

Con la propuesta que el día de hoy se presenta, de manera coordinada y planificada (esto es, no bajo una perspectiva “politizada y/o clientelista” de acuerdo con los particulares intereses del gobierno de turno) Ejecutivo y Legislativo decidirían el destino, por regiones, de buena parte de esos de recursos, entre los que se pueden incluir los obtenidos a consecuencia de la explotación de los recursos mineros de Colombia (regalías).

Ello fortalecería la labor del Congreso de la República en la medida en que haría las veces de regulador o de contrapeso del amplio poder que en esa materia ejerce hasta ahora el Poder Ejecutivo. Una mayor participación, vía facultad expresa en la Constitución, del Congreso en el poder decisorio de la destinación de recursos a las regiones, le daría mayor autonomía frente a intentos de disuasión o persuasión de parte del Poder Ejecutivo para obtener la voluntad política del legislativo en determinadas iniciativas que le interesan, como se ha denunciado en el pasado.

Creemos que la democracia colombiana ha alcanzado un punto de madurez como para permitir -se insiste, de manera controlada- una injerencia no directa de los parlamentarios en la destinación de recursos para las regiones por las que fueron elegidos.

Ese mecanismo ha de ser diseñado a efectos de que no se le pueda dar uso político, por ejemplo, limitándolo a épocas que no se puedan considerar preelectorales e incluyendo su prohibición de uso dentro de la respectiva Ley de Garantías.

La ONG “Citizens Against Government Waste”²⁹ (Ciudadanos contra el desperdicio gubernamental) ha definido que para que un auxilio se pueda considerar “pork barrel fund” (acepción en inglés equivalente al antiguo “auxilio parlamentario”) debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que sea solicitada por una sola de las Cámaras del Congreso.
- b) Que no esté previa y específicamente autorizada.
- c) Que no se adjudiquen por convocatoria de méritos.
- d) Que no los haya solicitado el Presidente.

²⁹ Sitio web: <http://www.cagw.org/>.

e) Que exceda considerablemente el presupuesto presidencial del año inmediatamente anterior para el rubro correspondiente.

f) Que no esté sujeto a audiencias del Congreso, o

g) Que sirva sólo a un interés local o particular.

Bajo estos parámetros, el gasto en las regiones de parte del Congreso de la República debe tener las siguientes características:

i) No puede quedar al arbitrio de un parlamentario individualmente considerado, debe contar con -por lo menos- la solicitud de varios miembros, de ambas Cámaras, para evitar el fenómeno “gratificación” y sus consecuencias clientelistas;

ii) Debe estar contemplado en los planes de desarrollo bien sea departamental o municipal, para evitar improvisaciones;

iii) El gasto debe ajustarse en lo relativo a su contratación, a los lineamientos de la Ley 80 de 1993, para evitar corrupción en los respectivos procesos;

iv) En la medida de lo posible, debe contar con el visto bueno del Presidente y o Ministro concernido;

v) Se debe señalar un tope de gasto a ordenar por el Congreso de la República, para no estimular procesos “clientelistas” de “politización” o incluso de corrupción;

vi) El gasto debe estar sometido a control político, judicial y de opinión pública, su debate y decisión debe someterse a audiencia pública, y

vii) El gasto no debe ser focalizado o claramente servir a los intereses de unos pocos, debe -a pesar de su localización regional o territorial- servir a los intereses de un amplio sector de la comunidad.

7. Eliminación de la potestad de la Corte Constitucional para revisar “en el fondo” los actos legislativos

Desde el año 2003, la Corte Constitucional ha venido aplicando la teoría de la sustitución, en virtud de la cual no proceden reformas constitucionales que desconozcan los principios estructurantes o elementos definitorios de la Carta Política de 1991, pudiendo realizarse el control incluso sobre la ley misma que las convoquen. Con base en esta teoría debe distinguirse el poder de reforma del poder de sustitución de la Constitución: aquel se manifiesta a través de mecanismos como el referendo y que, por deducción, cuenta con límites derivados de la propia Constitución que impiden que en su realización se modifiquen de forma total aspectos esenciales de la Constitución.

Esta tesis alcanzó su punto culminante con la Sentencia C-141/2010 o sentencia del referendo reeleccionista donde, por ejemplo, se consignó:

“...La Corte reitera su jurisprudencia en relación con los límites del poder de reforma de la Constitución, insistiendo en que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformarla, más no para sustituirla, por lo cual todo cambio en la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformativo, reiterando que a la luz de la jurisprudencia de esta corporación no proceden reformas constitucionales que desconozcan los prin-

cipios estructurantes o elementos definitorios de la Carta Política de 1991, pudiendo realizarse el control incluso sobre la ley misma que las convoque (...) Respecto de la Ley 1354, encontró la Corte que *desconoce ejes estructurales de la Constitución, como el principio de separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, la regla de alternación y periodos preestablecidos, el derecho de igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes...”*

Esta teoría ha constituido en varias ocasiones un freno irremediable ante la voluntad de reforma constitucional del Congreso de la República, zanjado de forma arbitraria el ejercicio que por mandato constitucional le es propio a dicho organismo. Es importante recordar, que en Colombia no opera como en Alemania³⁰, Francia o Italia³¹, la existencia de normas supraconstitucionales, que como su palabra lo indica, se encuentren por encima de las disposiciones de carácter constitucional e impidan reformar la Carta Política en caso de contradicción. El artículo 379 de la Constitución consagra que los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII “De la reforma a la Constitución”. Dicho título contiene normas sobre los mecanismos que pueden reformar la Constitución, las autoridades competentes para presentar proyectos de acto legislativo, las reformas constitucionales que deban someterse a referendo, las reglas del referendo y la forma para convocar una Asamblea Nacional Constituyente. En definitiva se trata de normas de procedimiento, más de no exigencias sustantivas que puedan impedir una reforma a la Constitución.

En efecto, queda por encima de duda que la voluntad del constituyente de 1991 era que, frente a Actos Legislativos, convocatoria de referendo, consulta popular y convocatoria de Asamblea Constituyente, la única revisión posible por la Corte Constitucional era la de los vicios de forma o de procedimiento, en la medida que estos mecanismos no son sino expresión del querer del constituyente primario, esto es, el pueblo. Sin embargo, la postura del tribunal constitucional, en aplicación de teorías vanguardistas de origen europeo, resultó en que este se arrogó la función de revisar aspectos sustantivos o “de fondo” de esta suerte de mecanismos, cosa

³⁰ En Alemania, tras la desaparición del nazismo, la Nueva República Federal se dio una protección ejemplar en el mantenimiento de principios democráticos, del Estado de derecho y del federalismo, mediante la prohibición de la revisión y modificación de principios que consagren dichos valores. La Ley fundamental de 1949 señala en el artículo 79, parágrafo 3º: “(3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1º y 20”.

³¹ Francia ha conservado la prohibición de modificar su “forma Republicana”, en el artículo 95 de la Constitución de 1946 y actualmente en el artículo 89 parágrafo 5º de la Constitución de 1958. Italia, muy cercana a los postulados constitucionales franceses, tras abolir la monarquía, también estableció la prohibición de reformar la forma republicana del Gobierno (artículo 139).

que no le estaba ni le está permitida. Así las cosas, se incorpora la prohibición específica en tal sentido, aclarando y consignando taxativamente que frente a los citados mecanismos únicamente es viable la revisión por vicios de procedimiento.

Revisadas las legislaciones de algunos países democráticos, se encontró que, a efectos de la reforma constitucional, no se estipulan limitaciones o cortapisas sobre los temas susceptibles de reforma. Tan sólo se evidencian mayorías especialmente calificadas, cuando se trata de reformar derechos fundamentales, o se prohíbe que por medio de iniciativas ciudadanas (referendos) se puedan reformar asuntos relativos a impuestos y hacienda pública. Tan sólo en los casos de Francia e Italia se encontraron normas expresas que prohíben modificar el sistema de gobierno de la “república”. Veamos esos ejemplos:

Artículos 166-169 Constitución de España:

“...Artículo 166.

La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87.

Artículo 167.

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Artículo 168.

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o de una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

Artículo 169.

No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116...”.

Artículo 30 Constitución de Argentina:

“...La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso

con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto...”

Artículo 135 Constitución de México:

“...La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas...”.

Artículo 5º Constitución de los Estados Unidos:

“...La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas...”.

Artículo 89 Constitución de Francia:

“...La iniciativa de la reforma de la Constitución corresponde conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento.

El proyecto o proposición de reforma deberá ser examinado en las condiciones de plazo fijadas en el tercer párrafo del artículo 42, y votado por ambas Cámaras en términos idénticos. La reforma será definitiva después de ser aprobada por referéndum.

No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma sólo quedará aprobado si obtuviere mayoría de tres quintos de los votos emitidos. La Mesa del Congreso será la de la Asamblea Nacional.

No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio.

No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma...”.

Artículos 138 y 139 Constitución de Italia:

Artículo 138

“...Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las Cámaras en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara en la segunda votación. Dichas leyes serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales. La ley so-

metida a referéndum no se promulgará si no fuere aprobada por la mayoría de los votos válidos.

No habrá lugar a referéndum si la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación en cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes... ”.

Artículo 139

“...No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana... ”.

Así las cosas, consideramos oportuno limitar la función de la Corte Constitucional a la revisión exclusiva de los vicios de forma, evitando así situaciones de bloqueo de Proyectos de Acto Legislativo.

8. Anexo. Revisión de las disposiciones de orden legal

8.1. Sobre el procedimiento penal contra los afo

Ley 906 de 2004	
<p>Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente Código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. <u>Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.</u></p>	<p>Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente Código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005.</p>

Ley 5ª de 1992. “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”.

SECCIÓN II. COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ACUSACIÓN

Artículo 311. Composición. Estará conformada por quince (15) miembros, elegidos por sistema del cuociente electoral.

Artículo 312. Funciones. <Artículo subrogado tácitamente por el artículo 180 de la Ley 270 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> La Comisión de Investigación y Acusación ejercerá las siguientes funciones:

1. Declarado inexecutable.
2. Declarado inexecutable.
3. Declarado inexecutable.
4. Preparar proyectos de Acusación que deberá aprobar el pleno de la Cámara, ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a los Miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación;
5. <Numeral condicionalmente executable> Conocer de las denuncias y quejas por las faltas disciplinarias que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación, demás autoridades o por los particulares contra los expresados funcionarios y que presten mérito para fundar en ella acusaciones ante el Senado;

6. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las actividades que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente. La iniciación de la investigación también procederá de oficio;

CAPÍTULO CUARTO. Del juzgamiento de altos funcionarios.

SECCIÓN 1ª Comisión de instrucción.

Artículo 327. Composición. Estará conformada por siete (7) miembros, elegidos por el sistema del cuociente electoral. Deberán acreditar la calidad de abogados, con título universitario, o haber pertenecido a la misma Comisión y tener conocimientos preferencialmente en las disciplinas penales.

Artículo 328. Funciones. La Comisión de instrucción cumplirá las siguientes funciones:

1. Presentar un informe motivado con el proyecto de resolución que deba adoptarse cuando la Cámara formule acusación ante el Senado en uso de las atribuciones consagradas en el artículo 178, numeral 3, de la Constitución Política.

2. Instruir el proceso correspondiente, si fuere el caso.

SECCIÓN 2ª Juicio especial

Artículo 329. Denuncia contra altos funcionarios. La denuncia o la queja que se formule contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, el Magistrado de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia, el miembro del Consejo Superior de la Judicatura, el Magistrado del Consejo de Estado o el Fiscal General de la Nación, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, por indignidad, por mala conducta o por delitos comunes, se presentará por escrito acompañado de las pruebas que tenga el denunciante o de la relación de las pruebas que deban practicarse y que respaldan la denuncia o queja.

Artículo 330. Presentación personal de la denuncia. La denuncia o queja se presentará personalmente por el denunciante ante la Comisión de Investigación y Acusación.

Artículo 331. Adicionado por el artículo 1º, Ley 273 de 1996. Reparto y ratificación de queja. El Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación, dentro de los dos (2) días siguientes, repartirá la denuncia o queja entre los Representantes que integran la Comisión. A quien se le reparta se le denominará Representante-Investigador. Este, dentro de los dos (2) días siguientes, citará al denunciante o quejoso para que se ratifique bajo juramento. Si no se ratificare y no hubiere mérito para investigar oficiosamente, se archivará el asunto y el Representante-Investigador informará de ello al Presidente de la Comisión.

Artículo 332. Apertura de la investigación. Ratificada bajo juramento la denuncia o queja, el Representante-Investigador proferirá auto de sustanciación, contra el que no procede recurso alguno, ordenando abrir y adelantar la correspondiente investigación, con el fin de esclarecer los hechos, las circunstancias en que ocurrieron y descubrir a sus autores y partícipes.

Parágrafo. Adicionado por el artículo 2º, Ley 273 de 1996.

Artículo 333. Auxiliares en la investigación. El Representante-Investigador, en el ejercicio de su función, podrá solicitar la cooperación de los miembros de la Policía Judicial, del cuerpo técnico

de investigación de la Fiscalía General de la Nación y de las demás autoridades que ejerzan funciones de esa índole.

También podrá comisionar a Magistrados de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a los Jueces para la práctica de pruebas, cuando lo estime conveniente, así como a los investigadores de la Fiscalía General de la Nación. En la investigación de delitos comunes tendrá las mismas atribuciones, facultades y deberes que los Agentes de la Fiscalía General de la Nación.

Artículo 334. Indicio grave. Indagatoria. Cuando en la investigación exista por lo menos un indicio grave de que el denunciado es autor o partícipe del hecho que se investiga, el Representante-Investigador lo citará para que dentro de los dos (2) días siguientes comparezca a rendir indagatoria. Si fuere capturado en flagrancia, se le dejará en libertad y citará en la forma antes dicha. Si no compareciere se le emplazará, designará defensor de oficio y se continuará la actuación.

Artículo 335. Defensor. El denunciado tendrá derecho de nombrar defensor a partir del auto de apertura de la investigación. Si no lo hiciera, deberá nombrarlo al momento de la indagatoria. Si en este momento no lo hiciera, se le nombrará defensor de oficio.

Artículo 336. Pruebas. El defensor y el denunciado tienen derecho de presentar pruebas, de solicitar la práctica de pruebas y de controvertir, durante la investigación, las pruebas aportadas en su contra.

Artículo 337. Principio de libertad del proceso. Durante la investigación rige el principio de libertad del procesado. Por eso no hay lugar a preferir medida de aseguramiento alguna contra él.

Artículo 338. Recurso de apelación. El auto por el cual se niega al procesado o a su defensor la práctica de alguna prueba durante la investigación, podrá ser apelado para ante la Comisión de Acusación en pleno. En sesión plenaria esta decidirá sobre el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del expediente. La decisión se adoptará por una mayoría simple.

Artículo 339. Término para la investigación. El término para la realización de la investigación es de treinta (30) días. Pero, cuando se trate de delitos conexos o sean dos (2) o más los procesados, el término será de sesenta (60) días.

La cesación de procedimiento, en los términos y causales del Código de Procedimiento Penal, procederá en cualquier momento del proceso. El expediente se archivará.

Artículo 340. Cierre de la investigación. Agotada la investigación o vencido el término legal para realizarla, el Representante-Investigador dictará auto declarándola cerrada. En este mismo auto, contra el que no procede recurso alguno, se ordenará dar traslado por el término de diez (10)

días al defensor para que presente sus puntos de vista sobre el mérito de la investigación.³²

Artículo 341. Acusación o preclusión de la investigación. Vencido el término del traslado del Representante-Investigador, dentro de los diez (10) días siguientes, presentará al Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación el proyecto de resolución de acusación o de preclusión de la investigación.

Los requisitos sustanciales y formales de estas dos formas de calificación, serán los exigidos por el Código de Procedimiento Penal.

Artículo 342. Decisión sobre resolución calificadora. Recibido el proyecto de resolución calificadora, la Comisión de Investigación y Acusación se reunirá dentro de los cinco (5) días siguientes y estudiará y decidirá si aprueba o no el proyecto presentado. Si fuere rechazado, designará a un nuevo representante para que elabore la resolución de acuerdo con lo aceptado por la Comisión.

Artículo 343. Modificado por el artículo 3º, Ley 273 de 1996. Consecuencias de la resolución calificatoria. Si la resolución calificatoria aprobada fuere de preclusión de la investigación, se archivará el expediente; si de acusación, el Presidente de la Comisión remitirá el asunto al Presidente de la Cámara.

La Cámara se reunirá en pleno dentro de los cinco (5) días siguientes para estudiar y decidir sobre la acusación aprobada por la Comisión.

Artículo 344. Comisión de instrucción. Si la Cámara de Representantes aprobare la resolución de acusación, el Presidente, dentro de los dos (2) días siguientes, enviará el expediente al Presidente de la Comisión de Instrucción del Senado. Este, dentro de los dos (2) días siguientes repartirá el asunto, por sorteo, entre los Senadores integrantes de la Comisión. A quien corresponda en reparto se le denominará Senador Instructor.

Artículo 345. Proyecto de resolución sobre la acusación. El Senador Instructor estudiará el asunto y presentará un proyecto de resolución admitiendo o rechazando la acusación. En este último caso deberá proponer la cesación de procedimiento. Este proyecto se presentará a la Comisión de Instrucción la cual, dentro de los dos (2) días siguientes, se reunirá para decidir si acepta o no el proyecto presentado por el ponente.

Artículo 346. Decisión de la Comisión de instrucción. Si la Comisión decidiere aceptar la cesación de procedimiento, archivará el asunto. Si aceptare la acusación, dentro de los dos (2) días siguientes se remitirá el expediente al Presidente del Senado para que dentro de los cinco (5) días posteriores el Senado en pleno estudie y decida sobre esa admisión de la acusación. **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-222 de 1996.**

Artículo 347. Modificado por el artículo 4º, Ley 273 de 1996. Iniciación del juicio. Admiti-

³² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-385 de 1996, bajo la condición de que se entienda que el traslado debe darse no sólo al defensor sino a los demás sujetos procesales.

da la acusación o revocada por vía de apelación la decisión de la Comisión Instructora, se inicia el juzgamiento. Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-148 de 1997.

Inmediatamente el acusado que esté desempeñando funciones públicas quedará suspenso de su empleo.

Si la acusación se refiere a delitos comunes, se citará al acusado y se le pondrá a disposición de la Corte Suprema de Justicia, junto con el expediente.³³

Si la resolución de acusación fuere por hechos cometidos en el ejercicio de funciones públicas o en relación con las mismas, el Senado señalará fecha para la celebración de audiencia pública.

Esta resolución se comunicará a la Cámara de Representantes y se notificará personalmente al acusador y al acusado, haciendo saber a este el derecho que tiene de nombrar un defensor. La audiencia se celebrará aunque a ella no concurriera el acusado. Si no fuere posible la notificación personal se hará por estado.

Será acusador el Representante ponente de la decisión de la Comisión de Investigación y Acusación.

Artículo 353. La Cámara como Fiscal. En las actuaciones que adelante la Cámara de Representantes contra altos funcionarios del Estado ejercerá funciones de Fiscal³⁴.

Artículo 364. Intervención de la Procuraduría. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, podrá intervenir en este proceso para cumplir las funciones señaladas en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución. No tendrá, sin embargo, facultades de sujeto procesal.

Artículo 366. Remisión a otros estatutos. Todo vacío procedimental de la presente ley será suplido por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

Ley 270 de 1996, “Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”.

Artículo 179. De la Comisión de Investigación y Acusación. La Comisión de Investigación y Acusación, forma parte de la Cámara de Representantes, desempeña funciones judiciales de Investigación y Acusación en los juicios especiales que tramita dicha Cámara y conoce del régimen disciplinario contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación.

En los procesos disciplinarios que se adelanten contra los citados funcionarios, sometidos a fuero especial, se oír el concepto previo del Procurador General de la Nación.

8.2. Sobre el procedimiento disciplinario contra los aforados

Código Contencioso Administrativo

Artículo 133. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. <Subroga-

do por el artículo 41 de la Ley 446 de 1998, ver nota de vigencia. El nuevo texto es el siguiente:> Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

2. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

3. De los recursos de queja contra la providencia que niegue el recurso de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, en los asuntos de que trata el numeral anterior.

Artículo 134-B. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. <Artículo adicionado por el artículo 42 de la Ley 446 de 1998.> Los Jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

2. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, cuando se trate de controversias que se originen en una relación laboral legal y reglamentaria o cuando se controviertan Actos Administrativos de carácter laboral expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los actos referentes a la declaratoria de unidad de empresa y a la calificación de huelga, cuya competencia corresponde al Consejo de Estado en única instancia.

3. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

4. De los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

5. <Ver Notas del Editor en relación con los textos subrayados, que no hacen parte del texto original, los cuales considera derogados el Consejo de Estado> De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

³³ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-148 de 1997.

³⁴ Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-148 de 1997.

6. De los de reparación directa cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

7. De los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales.

8. De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.

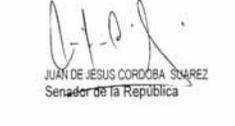
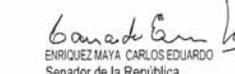
9. De los relativos a la acción de nulidad electoral de los Alcaldes y miembros de los Concejos de los municipios que no sean Capital de Departamento, como también de los miembros de las Juntas Administradoras Locales de cualquier Municipio y demás elecciones celebradas dentro del respectivo territorio municipal.

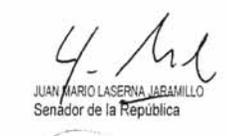
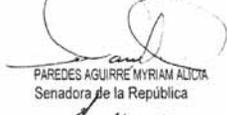
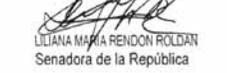
Igualmente de los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por las Corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los citados municipios.

10. <Numeral modificado por el artículo 58 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades de carácter departamental, distrital o municipal.

II. Proposición

Con las anteriores consideraciones, proponemos a esta Corporación se dé trámite al “*PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DIRIGIDO AL FORTALECIMIENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA*”.

 JUAN MANUEL CORZO R. Senador de la República	 HERNÁN FRANCISCO ANDRADE SERRANO Senador de la República
 CARLOS EMILIO BARRIGA PENARANDA Senador de la República	 EFRAÍN JOSÉ CEPEDA SARBIA Senador de la República
 CARLOS RAMIRO CHAVARRO CUELLAR Senador de la República	 JOSÉ IVÁN CLAVIJO CONTRERAS Senador de la República
 JUAN DE JESÚS CORDOBA SUAREZ Senador de la República	 CESAR TUCÍO DELGADO BLANDÓN Senador de la República
 ENRIQUEZ MAYA CARLOS EDUARDO Senador de la República	 NORA MARÍA GARCÍA BURGOS Senadora de la República

 ROBERTO VÍCTOR GERLÉN ECHEVERRÍA Senador de la República	 JUAN MARIO LASERNA JABAMILLO Senador de la República
 JUAN SAMY MÉNDEZ MARÍN Senador de la República	 PAREDES AGUIRRE MYRIAM ALICIA Senadora de la República
 JÓRGE HERNANDO PEDRAZA GUTIÉRREZ Senador de la República	 LILIANA MARÍA RENDÓN ROLDÁN Senadora de la República
 JOSÉ DARIÓ SALAZAR CRUZ Senador de la República	 LUIS EMILIO SIERRA GRAJALES Senador de la República
 OLGA LUCÍA SUÁREZ MIRA Senadora de la República	 FERNANDO EUSTACIO TAMAYO TAMAYO Senador de la República
 VILLEGAS VILLEGAS GERMAN Senador de la República	 ZAPATA CORREA GABRIEL Senador de la República

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 21 de julio de 2011

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el **Proyecto de Acto Legislativo número 04 de 2011 Senado**, por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de Acto Legislativo, es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 21 de julio de 2011

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 01 DE 2011 SENADO

por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 383A a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

Artículo 383A. Testimonio de menores víctimas de abuso sexual. Cuando el menor de catorce (14) años sea presunta víctima dentro de un proceso por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, tipificados en el Título IV del Código Penal, se llevará a cabo una entrevista en lugar del testimonio, para cuyos casos, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo, médico o profesional en entrevista forense de niños y/o adolescentes designado por el juez que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por el juez o las partes;

b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, conforme lo establezca el psicólogo, médico o profesional designado;

c) En el plazo que el juez disponga, el profesional actuante presentará dentro del proceso un informe detallado con las conclusiones a las que arriban. Este informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este Código, en lo que le sea aplicable. El profesional deberá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista;

d) A petición de parte y/o si el juez lo dispusiera de oficio, la entrevista podrá ser seguida desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el juez hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

En caso de no contar el juzgado con el gabinete adecuado para la entrevista, esta se deberá llevar a cabo en otra sede que sí cuente con las instalaciones adecuadas. La entrevista será grabada en video para su posterior reproducción dentro del proceso.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

Parágrafo. Cuando se trate de víctimas previstas en este artículo, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido los catorce (14) años de edad y no hubieren alcanzado la mayoría

de edad, el juez previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en este artículo.

Artículo 2°. Adiciónese al artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 un parágrafo, el cual quedará así:

Parágrafo. Cuando los niños o las niñas citados como testigos en procesos penales como presuntas víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, tipificados en el Título IV del Código Penal, sean menores de catorce (14) años, se deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 383A del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 3°. *Vigencia.* Esta ley entra a regir a partir de su promulgación.

De los honorables Senadores,

Juan Lozano Ramírez,
Senador de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley busca defender los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. Es de vital importancia acomodar el proceso penal a las exigencias propias de los niños, pues es apenas evidente que por la etapa de desarrollo mental en que se encuentran y por las nefastas consecuencias del abuso sexual, estos no se desenvuelven normalmente dentro de un proceso diseñado para adultos.

EL ABUSO SEXUAL

El abuso sexual es una de las más devastadoras experiencias que puede sufrir el ser humano. Las consecuencias de este acto perduran en el tiempo, destruyendo en los niños la expectativa de vida saludable, horizonte vital y su alegría. Los niños víctimas del abuso sexual atraviesan diferentes etapas, a saber:

1. La ocultación

Existe una tendencia por parte de los abusadores de silenciar a los menores abusados. Esto obedece al desequilibrio de poder que existe entre el ofensor y el niño, así como a la relación de confianza y/o dependencia que hay entre ellos. Esto se manifiesta en las palabras del abusador, quien convence al menor de la necesidad de mantener el secreto. El menor, a su vez, por temor a herir a sus seres queridos y a perder el afecto de ellos y también por la intimidación, el aislamiento y la autoculpación, no revela el abuso.

2. La impotencia

Los niños no poseen el mismo desarrollo mental que un adulto para poder decir “no” a una figura paterna o que de alguna otra manera sea su superior, y así lograr impedir el abuso. Tampoco son capaces de anticipar las consecuencias de involucrarse sexualmente con este adulto. Los menores suelen reaccionar fingiendo sueño, cambiando de posición durante el acto, escondiéndose o

pidiendo no quedarse solos en casa. Las víctimas se avergüenzan fácilmente y se intimidan por la impotencia de comunicar el abuso. También suelen llenarse de sentimientos en los que se culpan y odian a sí mismas por “haber permitido” los abusos sexuales.

3. La acomodación

Para la víctima infantil dentro de una relación dependiente, el abuso sexual típicamente no es un hecho aislado. El abusador tiende a desarrollar un patrón compulsivo y continúa con el abuso hasta que la víctima llegue a la autonomía, o el abuso sea descubierto o revelado. La víctima, al no recibir una intervención protectora inmediata, no tiene opción más que aceptar el abuso.

4. Revelación retardada

Los niños víctimas de abuso sexual tienden a permanecer callados hasta entrar a la adolescencia. Por lo general, la revelación es motivada por un conflicto abrumante de familia o por el descubrimiento accidental por un tercero. Cuando se trata de un conflicto familiar, la revelación se da después de una pelea con el abusador, la cual es particularmente castigadora o denigrante, lo cual impulsa a la víctima a soltar el secreto, fruto de la ira del momento. Los adultos y autoridades observan que la víctima parece estar más furiosa por la situación del momento que por el abuso. Esta manera de revelación, conjuntamente con los meses o años de acomodación, hacen que la revelación se reciba con incredulidad y se presume que la acusación se hizo a manera de venganza y no obedece a la realidad.

5. La retractación

Las víctimas infantiles de abuso sexual se enfrentan a traumas secundarios en la crisis creada por la revelación del abuso. Los menores son asaltados por la incredulidad y el rechazo de los adultos. Este abandono obliga a la víctima a experimentar nuevamente los sentimientos de odio y culpa a sí misma. El niño abusado se retracta de la acusación para lograr recuperar el equilibrio emocional, por la obligación que siente de preservar a la familia y por las constantes acusaciones que ha recibido de ser mentiroso. La obligación de preservar a la familia es particularmente intensa en las víctimas, pues la amenaza de cárcel para el abusador hace que ella se sienta culpable de deshacer el núcleo familiar.

TESTIMONIO

Es imperativo para la cabal protección de los derechos de los niños víctimas de abuso sexual, que ellos no sean sometidos a rendir testimonio. La confrontación que debe hacer la víctima contra el acusado agrava el fenómeno de retractación, ya explicado, por el que pasa todo niño víctima. Son numerosos los casos en que el juez de conocimiento absuelve al abusador, pues considera que pierde toda la fuerza el acervo probatorio presentado por la Fiscalía, tras escuchar el testimonio de la víctima que se retracta.

Por lo anterior, en lugar de practicarse el interrogatorio de los niños víctimas, ellos deben ser

sometidos a una entrevista hecha por un profesional. La entrevista del niño víctima será introducida como prueba dentro del proceso penal. Lo mismo sucederá con el informe pericial sobre la misma y el testimonio del experto que condujo la entrevista. De esta manera, se excluye el testimonio de los niños víctimas, sin negarles el derecho a ser oído y presentar su versión de los hechos. La defensa, a través del contrainterrogatorio del experto y tachando el informe, tiene la oportunidad de controvertir la prueba. De esta manera, se protege al niño víctima evitando la retractación sin perjudicarle al imputado el derecho a la defensa.

ENTREVISTA

Debido a los fenómenos de ocultación y acomodación, la entrevista forense a los menores abusados se torna en el eslabón crucial de la investigación criminal. El diagnóstico de abuso sexual suele establecerse a través del relato del menor, ya que debido a la revelación retarda el examen físico no demuestra el abuso. Por la importancia inherente de la entrevista, es vital que esta se lleve a cabo por expertos. El profesional que entreviste a un niño debe tener conocimiento especializado en psicología infantil, desarrollo psicoevolutivo –en especial con lo cognoscitivo–, técnicas de recuperación de memoria, protocolos de entrevista, procesos de la revelación y teoría del abuso sexual, entre otros.

El objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación. Esto debe llevarse a cabo dentro de un contexto conversacional en un ámbito de respeto y dignidad, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños.

El entrevistador debe conducir la entrevista teniendo en cuenta el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, nivel de razonamiento, nivel de conocimiento y emociones del niño. Esto hace que la información obtenida del menor sea de mayor confiabilidad. También es imperativo que quien conduzca la entrevista entienda que la revelación es un proceso dinámico que el niño víctima atraviesa en forma progresiva y lenta.

Por lo anterior, es necesario que las entrevistas forenses e informes periciales sobre las mismas

DELITO		2007	2008	2009	2010	2011
Violencia Sexual	Abuso Sexual					
	Acto Sexual Abusivo	5674	6420	7571	8996	559
	Acceso Carnal					
TOTAL MALTRATO SEXUAL		5674	6420	7571	8996	559
Explotación Sexual	Prostitución Infantil	315	392	508	486	30
	Pornografía Infantil	32	37	56	45	4
	Turismo Sexual Infantil	34	25	23	36	0
TOTAL EXPLOTACION SEXUAL		381	454	587	567	34
TOTAL DENUNCIAS		6055	6874	8158	9563	593

Fuente: Oficina de Comunicaciones y Atención al Ciudadano - Subdirección de Restablecimiento de Derechos.

Según los datos recopilados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las denuncias por delitos sexuales en contra de menores ha venido aumentando:

La discriminación de estos datos por departamento demuestra que es una situación que se presenta a nivel nacional:

Denuncias por Violencia Sexual por Regional 2009

DELITO	Denuncias por Violencia Sexual por Regional 2009																																	
	ANTIOQUIA	ARAUCA	ATLANTICO	BOGOTA	BOLIVAR	BOYACA	CALDAS	CAQUETA	CASANARE	CAUCA	CESAR	CORDOBA	CUNDINAMARCA	CHOCO	GUAJIRA	HUILA	MAGDALENA	META	NARIÑO	NORTE DE SANTANDER	PUTUMAYO	QUINDIO	RISARALDA	SAN ANDRES	SANTANDER	SUCRE	TOLIMA	VALLE	AMAZONAS	GUAINIA	GUAVIARE	VAUPES	VICHADA	CONSOLIDADO TOTAL AÑO 2009
Maltrato	300	25	256	1569	226	220	293	57	140	205	186	122	474	74	98	280	84	104	280	150	102	139	355	40	305	148	440	700	64	24	62	18	31	7571
TOTAL MALTRATO SEXUAL	300	25	256	1569	226	220	293	57	140	205	186	122	474	74	98	280	84	104	280	150	102	139	355	40	305	148	440	700	64	24	62	18	31	7571
Explotación Sexual	32	3	44	39	34	15	22	4	4	4	12	20	19	4	2	20	9	23	2	3	4	10	34	10	39	8	35	30	2	2	14	1	4	508
TOTAL EXPLOTACION SEXUAL	38	6	45	52	36	16	26	4	5	6	13	28	23	4	2	23	10	24	2	5	4	12	36	11	39	13	43	36	2	2	14	1	6	587
TOTAL DENUNCIAS	338	31	301	1621	262	236	319	61	145	211	199	150	497	78	100	303	94	128	282	155	106	151	391	51	344	161	483	736	66	26	76	19	37	8158

Denuncias por Violencia Sexual por Regional 2010 (Ene - Dic)

DELITO	Denuncias por Violencia Sexual por Regional 2010 (Ene - Dic)																																	
	ANTIOQUIA	ARAUCA	ATLANTICO	BOGOTA	BOLIVAR	BOYACA	CALDAS	CAQUETA	CASANARE	CAUCA	CESAR	CORDOBA	CUNDINAMARCA	CHOCO	GUAJIRA	HUILA	MAGDALENA	META	NARIÑO	NORTE DE SANTANDER	PUTUMAYO	QUINDIO	RISARALDA	SAN ANDRES	SANTANDER	SUCRE	TOLIMA	VALLE	AMAZONAS	GUAINIA	GUAVIARE	VAUPES	VICHADA	CONSOLIDADO TOTAL AÑO 2010
Maltrato	383	40	192	2604	241	156	290	85	117	284	146	197	669	57	115	295	191	194	274	131	99	188	337	57	373	88	417	687	75	23	51	16	24	8996
TOTAL MALTRATO SEXUAL	383	40	192	2604	241	156	290	85	117	284	146	197	669	57	115	295	191	194	274	131	99	188	337	57	373	88	417	687	75	23	51	16	24	8996
Explotación Sexual	35	2	51	78	31	6	24	4	2	8	10	1	21	2	5	25	7	20	11	3	2	7	36	4	30	4	21	23	2	1	6	0	4	486
TOTAL EXPLOTACION SEXUAL	40	4	53	92	37	6	26	4	3	9	12	4	24	5	6	25	7	24	12	4	4	8	40	7	35	5	26	30	2	1	7	1	4	567
TOTAL DENUNCIAS	423	44	245	2696	278	162	316	89	120	293	158	201	693	62	121	320	198	218	286	135	103	196	377	64	408	93	443	717	77	24	58	17	28	9563

DELITO	Maltrato		TOTAL MALTRATO SEXUAL	Abuso Sexual	Prostitución Infantil	Pornografía Infantil	Turismo Sexual Infantil	TOTAL EXPLOTACION SEXUAL	TOTAL DENUNCIAS
	TOTAL MALTRATO SEXUAL								
	Abuso Sexual	Prostitución Infantil							
ANTIOQUIA	0	0	0	0	0	0	0	0	0
ARAUCA	0	0	0	0	0	0	0	0	0
ATLANTICO	17	17	17	17	0	1	0	18	1
BOGOTA	197	197	197	197	10	2	0	209	12
BOLIVAR	12	12	12	12	0	0	0	12	0
BOYACA	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CALDAS	24	24	24	24	2	0	0	26	2
CAQUETA	10	10	10	10	0	0	0	10	0
CASANARE	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CAUCA	23	23	23	23	0	0	0	23	0
CESAR	13	13	13	13	1	0	0	14	1
CORDOBA	11	11	11	11	0	0	0	11	0
CUNDINAMARCA	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CHOCO	5	5	5	5	0	0	0	5	0
GUAJIRA	8	8	8	8	2	0	0	10	2
HUILA	25	25	25	25	2	0	0	27	2
MAGDALENA	28	28	28	28	0	0	0	28	0
META	20	20	20	20	0	0	0	20	0
NARIÑO	0	0	0	0	0	0	0	0	0
NORTE DE SANTANDER	3	3	3	3	0	0	0	3	0
PUTUMAYO	4	4	4	4	0	0	0	4	0
QUINDIO	6	6	6	6	1	0	0	7	1
RISARALDA	24	24	24	24	3	0	0	27	3
SAN ANDRES	3	3	3	3	0	0	0	3	0
SANTANDER	32	32	32	32	2	0	0	34	2
SUCRE	11	11	11	11	0	0	0	11	0
TOLIMA	42	42	42	42	3	0	0	45	3
VALLE	37	37	37	37	2	1	0	40	3
AMAZONAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0
GUAINIA	0	0	0	0	0	0	0	0	0
GUAVIARE	3	3	3	3	0	0	0	3	0
VAUPES	1	1	1	1	0	0	0	1	0
VICHADA	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CONSOLIDADO TOTAL AÑO 2011	599	599	599	599	30	4	0	593	34

Denuncias por Violencia Sexual por Regional 2011 (Ene)

ETAPA		2007	2008	2009
ESTADO	SENTENCIA	3415	3453	4106
	CONDENADOS	2034	1347	1286
	CONDENADOS SIN ACEPTACIÓN CARGOS	319	424	703
	CONDENADOS CON PREACUEDOS	283	160	158
	ABSUELTOS	639	577	678

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico (UDA) Sistema de Información y Estadística de la Rama Judicial (SIRJU).

De estas denuncias, los resultados del proceso penal son los siguientes:

El total de las sentencias equivale, en términos generales, a la mitad de las denuncias presentadas por año. La reducción de este tipo de impunidad es uno de los fines de este proyecto.

CONTENIDO DEL PROYECTO

Las disposiciones que contiene el proyecto adicionan a la ley procesal penal la entrevista forense, en lugar del interrogatorio, para menores de catorce (14) años que sean presuntas víctimas de delitos sexuales mediante la adición de un artículo en este sentido al Código Procesal Penal. Igualmente, se adiciona un párrafo al artículo 150 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el mismo sentido, con el fin de hacer concordar ambos Códigos.

Por último, la edad que establece este proyecto para el trato diferencial no es arbitraria, sino basada en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, Código Penal. Estos artículos establecen como delito el acceso carnal o acto sexual con menores de catorce (14) años. Así, en criterio del legislador, esta es la edad en que un menor adquiere la capacidad para decidir acerca de su sexualidad. Por lo mismo, y por congruencia legislativa, debe ser esta la edad en que se le brinda al menor mayor protección cuando es víctima de abuso sexual.

De los honorables Senadores,

Juan Lozano Ramírez,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)
El día 20 del mes de julio del año 2011 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 01 de 2011 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Juan Lozano Ramírez.*

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.
SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes
Bogotá, D. C., 20 de julio de 2011
Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el **Proyecto de ley número 01 de 2011 Senado**, por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2011

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,
Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 3 DE 2011
SENADO

por medio de la cual se establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser criados, cuidados y formados sin ningún tipo de maltrato y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República

DECRETA:

CAPÍTULO I

Por medio del cual se modifica la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, en lo referente a la protección integral.

Artículo 1º. Modifíquese el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

“Artículo 18. Derecho a la Integridad Personal.

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato a los niños, niñas y adolescentes toda forma de perjuicio, castigo físico y psicológico, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación; abandono, violencia intrafamiliar, explotación económica y laboral, y las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil; y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

Se entiende por castigo físico o psicológico a los niños, niñas y adolescentes toda utilización de la fuerza física y toda forma de trato cruel, degradante, humillante, que tengan por objeto causar dolor, sufrimiento, desprecio, burla o ridiculización en los niños, niñas y adolescentes, aunque sean leves”.

Artículo 2º. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

“Artículo 14. La Responsabilidad Parental. *La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además la obligación inherente a la orientación, cui-*

dado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, niñas y adolescentes pueden lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso, el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar maltrato a los niños, niñas y adolescentes, entendido como toda forma de perjuicio, castigo físico y psicológico, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación; abandono, violencia intrafamiliar, explotación económica y laboral, y las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil; y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente que impidan el ejercicio de sus derechos por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”.

Artículo 3º. Modifíquese el numeral 9 del artículo 39 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

“Artículo 39. Obligaciones de la Familia. *La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:*

9. Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato a los niños, niñas y adolescentes, entendido como toda forma de perjuicio, castigo físico y psicológico, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación; abandono, violencia intrafamiliar, explotación económica y laboral, y las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil; y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona; y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida”.

Artículo 4º. Modifíquese el numeral 2 y adiciónese un numeral 11 al artículo 44 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

“Artículo 44. Obligaciones complementarias de las instituciones educativas. *Los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general pondrán en marcha mecanismos para:*

2. Establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato a los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con la definición establecida en el artículo 1º de la presente ley.

11. Realizar estudios e investigaciones que permitan comprender las representaciones, prácticas e imaginarios de padres, profesionales y público en general frente al maltrato a los niños, niñas y adolescentes, para la transformación cultural de los estilos de crianza, cuidado y educación de estos a partir de la garantía de sus derechos”.

Artículo 5º. Modifíquese el artículo 45 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

“Artículo 45. Prohibición de sanciones crueles, humillantes o degradantes. Los directores y educadores de los centros públicos o privados de educación formal, no formal e informal no podrán imponer sanciones que conlleven maltrato **infantil**, o adoptar medidas que de alguna manera afecten su dignidad: Así mismo, queda prohibida su inclusión bajo cualquier modalidad en los manuales de convivencia escolar.

CAPÍTULO II

Por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000 –Código Penal–

Artículo 6º. Adicionar a la Ley 599 de 2000, Código Penal, en su Libro II “Parte Especial” “De los Delitos en Particular”, en el Título I “Delitos contra la Vida y la Integridad Personal”, un Capítulo Noveno “Del Maltrato a los niños, niñas y adolescentes”, con el siguiente texto:

CAPÍTULO IX

Del Maltrato a los niños, niñas y adolescentes

Artículo 134A. Maltrato a los niños, niñas y adolescentes. Los padres, representantes legales o cualquier otra persona encargada de la crianza, cuidado, educación y custodia, que maltrate a los niños, niñas o adolescentes incurrirán en las sanciones previstas en los artículos siguientes.

Parágrafo. Se entiende por maltrato a los niños, niñas y adolescentes toda forma de perjuicio, castigo físico y psicológico, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación; abandono, violencia intrafamiliar, explotación económica y laboral, y las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil; y, en general, toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

Artículo 134B. Incapacidad por maltrato a los niños, niñas y adolescentes. Si el daño consistiere en incapacidad que no sobrepase los cinco (5) días, la pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa equivalente de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si el daño consistiere en incapacidad superior a cinco (5) días sin exceder los treinta (30) días, la pena será de tres (3) a seis (6) años de prisión y multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la incapacidad fuera superior a treinta (30) días, la pena será de cinco (5) a siete (7) años de prisión y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134C. Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

Artículo 134D. Perturbación funcional. Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de cuatro (4) a siete (7) años y multa de treinta y seis (36) a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de cinco (5) a nueve (9) años de prisión y multa de cuarenta (40) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134E. Perturbación psíquica. Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de veintiséis (26) a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a diez (10) años de prisión y multa de veintisiete (27) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134F. Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de seis (6) a doce (12) años de prisión y multa de veinticinco (25) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.

Artículo 134G. Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, solo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad.

Artículo 134H. Parto o aborto preterintencional. Si a causa de la lesión inferida a una niña o adolescente sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Artículo 134I. Circunstancias de agravación punitiva. Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores concurren las circunstancias señaladas en el artículo 104 numeral segundo las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años las respectivas penas se aumentarán en el doble”.

Artículo 134 J. Maltrato Infantil Culposo. Los padres, representantes legales o cualquier otra persona encargada de la crianza, cuidado, educación y custodia, que por culpa maltrate a los niños, niñas o adolescentes, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes de los artículos anteriores.

Artículo 134K. Circunstancias de agravación punitiva. Las circunstancias de agravación previstas en el artículo 134 I, lo serán también del maltrato infantil culposo y las penas previstas para este delito se aumentarán en la proporción indicada en ese artículo.

CAPÍTULO III

Por medio del cual se modifica el Código Civil.**Artículo 7º. Modifíquese el artículo 262 del Código Civil, el cual quedará así:**

“Artículo 262. *Los padres, o la persona o personas encargadas de la crianza, cuidado, educación y custodia, así como los miembros del grupo familiar, escolar o comunitario de los niños, niñas y adolescentes, tienen la responsabilidad de vigilar su conducta y educarlos: En ningún caso podrán utilizar el maltrato como forma de crianza, educación, cuidado y custodia. Las personas que incurran en esta conducta estarán sujetos a las penas que establezca el Código Penal, así como, a la suspensión de la patria potestad en el caso de los padres*”.

Parágrafo. *Se entiende por maltrato a los niños, niñas y adolescentes toda forma de perjuicio, castigo físico y psicológico, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación; abandono, violencia intrafamiliar, explotación económica y laboral, y las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil; y, en general, toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.*

CAPÍTULO IV

Medidas para erradicar el maltrato a los niños, niñas y adolescentes

Artículo 8º. El Ministerio de la Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Ministerio de Educación se encargarán de la difusión, promoción y divulgación de la presente ley, y diseñarán, ejecutarán programas, estrategias de sensibilización y educación dirigidas a los padres y personas encargadas de la crianza, cuidado, educación y custodia de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de utilizar otros mecanismos de crianza, cuidado, educación y custodia, prevenir y erradicar el maltrato a los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 9º. Los gobernadores y alcaldes, con el apoyo técnico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, deberán incluir en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas de infancia y adolescencia, en los ámbitos, departamental, municipal y distrital, que ordena el artículo 204 de la Ley 1098 de 2006, acciones y medidas para que sean utilizados otros mecanismos de crianza, cuidado, educación y custodia de los niños, niñas y adolescentes, para la garantía de sus derechos. Entre otras medidas y acciones, deberá incluir como mínimo:

1. Promover y adelantar en los procesos educativos, la difusión de esta ley y de la protección integral de los derechos de los niños.

2. Desarrollar programas para la utilización de otros mecanismos de educación de crianza, cuidado, educación y custodia de los niños, niñas y adolescentes, y prevención de todas las formas de maltrato a los niños, niñas y adolescentes.

3. Implementar programas formativos sobre el ejercicio de la autoridad parental responsable, respetuosa y garante de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 10. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial, el artículo 263 del Código Civil.

Dilian Francisca Toro Torres,
Senadora de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El maltrato a niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, *por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*, comprende “*toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia y agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres representantes legales o cualquier otra persona*”.

Asimismo, a nivel mundial se ha venido percibiendo que el castigo corporal, y los tratos crueles, humillantes o degradantes en contra de niños, niñas y adolescentes, se han constituido en un flagelo que impide el ejercicio de sus derechos y el respeto de su dignidad humana, integridad física y a que gocen de igual protección ante la ley.

En estos asuntos el Comité de los Derechos del Niño, en diversas publicaciones, ha buscado orientar a los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la interpretación de las disposiciones relativas a la protección de los niños contra toda forma de violencia. Ello, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 37 de la Convención, los Estados Parte velarán por que “*ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” y, según el artículo 19, deberán tomar medidas para “*proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental*”.

Entre los documentos del Comité, encontramos particularmente, la Observación General número 8 de 2006, *sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*, la cual se centra en los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, que actualmente constituyen formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Así las cosas, el Comité en la citada Observación ha enfatizado que se debe entender por *toda clase de castigos corporales “aunque sea leve”*, y ha establecido una definición exhaustiva:

“... *toda castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (‘manotazos’, ‘bofetadas’, ‘palizas’), con la mano o con algún objeto azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimen-*

tos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes). El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre estas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño”.

En este mismo sentido, encontramos otros instrumentos internacionales que se han ocupado de la materia, como lo son el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999), Observación General número 13 “El derecho a la educación”; el Comité sobre los Derechos Humanos (1992), Observación General número 20 sobre el artículo 7º (prohibición de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes); la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (artículo 5º); el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y políticos (artículo 7º); la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, o castigos inhumanos o degradantes; la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y la labor de los reporteros especiales sobre la tortura y sobre el derecho a la educación. Todos estos documentos buscan establecer medidas orientadas a que el castigo corporal sea objeto de una prohibición legal explícita por parte de los Estados.

En septiembre de 2000, el Comité de los Derechos del Niño celebró dos días de debate general dedicados a la violencia contra los niños. En dicha ocasión, el debate se centró en el tema “La violencia estatal contra los niños” y, posteriormente, se aprobaron recomendaciones detalladas, entre ellas, la prohibición de todo tipo de castigo corporal y el lanzamiento de campañas de información pública “para que se tome conciencia y aumente la sensibilidad sobre la gravedad de las violaciones de los derechos humanos en este ámbito y su repercusión negativa en los niños, y a que se contrarreste en determinados contextos culturales la aceptación de la violencia contra los niños promoviendo en su lugar la ‘no tolerancia’ de la violencia”.

Posteriormente, en abril de 2001, el Comité aprobó su primera observación general sobre el tema “Propósitos de la educación” y reiteró que el castigo corporal es incompatible con la Convención: “(...) Los niños no pierden sus derechos humanos al salir de la escuela. Por ejemplo, la educación debe impartirse de tal forma que se respete la dignidad intrínseca del niño y se permita a este expresar su opinión libremente, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 12, y participar en la vida escolar. La educación debe respetar también los límites rigurosos impuestos a la disciplina, recogidos en el párrafo 2 del artículo 28, y promover la no violencia en la escuela. El Comité ha manifestado repetidas veces en sus observaciones finales que el castigo corporal es incompatible con el respeto a la dignidad intrínseca del niño y con los límites estrictos de la disciplina escolar (...)”.

De igual forma, en las recomendaciones aprobadas después del segundo día del debate general celebrado en septiembre de 2001, sobre el tema “La violencia contra los niños en la familia y en las escuelas”, el Comité instó a los Estados Partes a que “con carácter de

urgencia, promulguen o deroguen, según sea necesario, legislación con la intención de prohibir todas las formas de violencia, por leve que sea, en la familia y en las escuelas, incluida la violencia como forma de disciplina, conforme a lo dispuesto en la Convención (...)”.

Otro resultado de los días de debate general del Comité en los años 2000 y 2001, fue la recomendación que se solicitó al Secretario General de las Naciones Unidas, por conducto de la Asamblea General, para que realizara un estudio internacional a fondo sobre la violencia contra los niños. De esta manera, la Asamblea General de las Naciones Unidas acató la recomendación mediante Resolución número 56/138 de 2001 y realizó un estudio entre los años 2003 y 2006, en el cual se destaca la necesidad de prohibir toda la violencia actualmente legalizada contra los niños, así como la profunda preocupación de los propios niños por la elevada prevalencia de los castigos corporales en la familia y por su persistente legalidad en numerosos Estados en las escuelas, en otras instituciones, y en los sistemas penitenciarios para los niños en conflicto con la ley.

Así las cosas, el Comité ha insistido en que la eliminación de los castigos violentos y humillantes de los niños, niñas y adolescentes sean introducidos a los sistemas jurídicos de los Estados Partes, mediante una reforma de la legislación y demás medidas que sean necesarias, por ser una obligación inmediata e incondicional para estos. Otros órganos como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité contra la Tortura han recogido ese mismo sentir en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados Partes presentados con arreglo a los instrumentos pertinentes, recomendando en todos los casos, la prohibición de los castigos corporales en las escuelas, los sistemas penitenciarios, y la familia, así como la adopción de otras medidas en contra de estas prácticas.

En las ocasiones en las que el Comité de los Derechos del Niño ha planteado la eliminación de los castigos corporales a determinados Estados, durante el examen de sus informes, los representantes gubernamentales han sugerido que cierto grado de castigo corporal “razonable” o “moderado” puede estar justificado en nombre del “interés superior” del niño. No obstante, el Comité ha establecido, como principio general, que la aplicación de la Convención en interés superior del niño, deberá ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños (párrafo 1 del artículo 3º). Por lo tanto, señala que la interpretación del “interés superior del niño” debe ser compatible con toda la Convención, incluida la obligación de proteger a los niños contra toda forma de violencia y el requisito de tener debidamente en cuenta las opiniones del niño. Así las cosas, señala que un castigo “razonable” o “moderado” no puede aducirse para justificar prácticas, como los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, que están reñidas con la dignidad humana y el derecho a la integridad física del niño, de lo que se desprende que las normas de derechos humanos son incompatibles con la afirmación de que cierto grado de castigo corporal conviene al “interés superior” del niño.

En igual sentido, el Comité ha establecido que dichas normas tampoco son compatibles con el argumento de que la prohibición del castigo corporal en el hogar constituye una violación del derecho a la privacidad que tiene una familia y que la defensa del castigo corporal desde una perspectiva religiosa tampoco se puede justificar. De esta manera, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que si bien existe la libertad de culto, existen ciertos límites a su práctica, que precisamente está demarcado por el fin de proteger los derechos y libertades fundamentales de los demás, en especial, de los niños, niñas y adolescentes.

Con fundamento en todo lo anterior, la Observación número 8 de 2006 establece que una condición necesaria para que la prohibición del castigo corporal sea efectiva consiste en que esta esté explícitamente enmarcada en las leyes. Las directrices no son suficientes pues carecen de un nivel de protección legal y a menudo se ven reducidas frente a las defensas y justificaciones legales del castigo corporal. Así las cosas, el castigo corporal requiere de una prohibición legal mediante una declaración clara y contundente de que todo el castigo corporal está prohibido. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección especial ante la ley, y por lo tanto deben ser protegidos contra cualquier tipo de agresión en todos sus entornos, en el seno de la familia, en la escuela, en el sistema penal juvenil, en todos los regímenes de acogida (instituciones, centros y casas de acogida, centros diurnos, etc.), en la sociedad y en el trabajo.

De esta manera, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos solicitan la existencia de una prohibición expresa que represente el fundamento esencial para la protección efectiva del niño, como también para la promoción de una crianza positiva y de la adopción de medidas disciplinarias no violentas.

Lo anterior, debe ser atendido y cumplido por Colombia, teniendo en cuenta que los tratados que han sido firmados y ratificados en el país, hacen parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, el cual hace referencia a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, han sido normativamente integrados a esta, por diversas vías y por expreso mandato de la propia Constitución (artículo 93 de la Constitución Política de Colombia).

Para el caso de la protección y prevalencia de los niños, niñas y adolescentes, el denominado bloque se integra de forma expresa por medio de los artículos 44, 93, 94 y 214. Ello, ha sido reconocido por la Corte Constitucional, la cual, en diversos pronunciamientos, entre otros, la Sentencia C-240 de 2009, con ponencia del Magistrado doctor Mauricio González Cuervo, ha señalado: *La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en diferentes providencias, que forman parte del bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que garantizan y reconocen derechos humanos en favor de los niños y las niñas. Entre otros, esta Corporación ha señalado los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -integrado a la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968, la Convención de las Naciones Unidas*

de 1989, sobre los derechos del niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (Ley 265 de 1996), la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Ley 74 de 1968- y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de San Salvador”, aprobado por Colombia mediante Ley 319 de 1996. De esta manera, es fundamental para Colombia atender los compromisos internacionales, integrando de esta forma las disposiciones del Comité de los Derechos del Niño a la normativa nacional.

Así las cosas, no podemos obviar el hecho de que el referido Comité llegó a la conclusión de que si bien todos los Estados tienen leyes penales para proteger a los ciudadanos contra la agresión y muchos cuentan con leyes específicas de protección de los niños en las que se tipifican como delito los “malos tratos” o el “abuso” o la “crueldad”; esas disposiciones no garantizan la protección del niño contra todo castigo corporal y otras formas de castigo crueles o degradantes, en la familia y en otros entornos, como sería, por ejemplo, el caso de Colombia, en donde el castigo corporal es legal en el hogar, a la luz de lo estipulado en los artículos 262 y 263 del Código Civil, que faculta a los padres o a sus tutores para administrar un castigo moderado a sus hijos, aunque el maltrato habitual de un niño que pone en peligro su vida o le causa un grave daño permite su emancipación judicial (artículo 315 *ibidem*).

En este mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006– incluye el castigo corporal como una forma de abuso, pero esto dista mucho de significar una prohibición efectiva de todo castigo corporal hacia los niños, lo cual es contrario a las disposiciones del Comité de los Derechos del Niño que consideran que la prohibición del castigo corporal de niños en todos los entornos supone acabar con las justificaciones o defensas legales dondequiera que existan, en la jurisprudencia o en las leyes escritas.

Es igualmente necesario, por supuesto, acabar con las leyes que autoricen o gobiernen la administración del castigo corporal, por ejemplo, en el derecho educacional o penal, y en el derecho aplicable a los regímenes de acogida de menores. Es preciso, según el Comité, que en la legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, “abofetear” o “pegar” a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine “disciplina” o “corrección razonable”.

En este orden de ideas, hasta que el derecho penal se aplique íntegramente a las agresiones de los niños, niñas o adolescentes, estos no estarán protegidos contra los castigos corporales sin importar el lugar en donde se produzcan ni cuál sea su autor. El Comité opina

que, habida cuenta de la aceptación tradicional de los castigos corporales, es fundamental que la legislación sectorial aplicable –por ejemplo, el derecho de familia, la ley de educación, la legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo– prohíba claramente su utilización en los entornos pertinentes, por lo que además sugiere que los códigos de ética profesionales y las orientaciones para los maestros, cuidadores y otros interesados, así como los reglamentos o estatutos de las instituciones, destaquen la ilegalidad de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes.

Por otra parte, es importante que en este proceso de reforma legal se utilice un lenguaje claro y contundente, que no deje ninguna duda de que se refiere al castigo corporal en todas sus manifestaciones, y que incluya no solamente el castigo habitual sino también el puntual y abarque la gama entera de castigos físicos, incluso los que se consideran “leves”. Por ello, considera que, en el caso de que se promulgue una ley o se incorpore una disposición que no aluda expresamente al “castigo corporal y otros tratos humillantes y degradantes” – sino, por ejemplo, a “toda clase de violencia”– se corra el riesgo de que hayan dudas sobre la legalidad de un “leve bofetón”, así el propósito de los legisladores haya sido prohibir categóricamente toda clase de castigos corporales. Así las cosas, una prohibición clara y contundente del castigo corporal no puede dejar lugar a dudas entre el público y los profesionales que trabajan con familias y menores en cuanto a lo que es y no es aceptable en materia de disciplina de menores. Una prohibición clara proporciona una base sólida e inequívoca para una buena labor de educación pública y de concienciación.

De esta manera, la prohibición del castigo debe darse según el Comité, al interior del seno de la familia y en otros entornos fuera del hogar familiar. Frente a lo primero, lo más recomendable, en la medida de lo posible, es prestar apoyo a la familia –padres y niños– por medio de intervenciones voluntarias de signo positivo, con el objeto de poner fin al trato violento y humillante de los niños, por ejemplo, ofreciendo asesoría, concertando discusiones con otros padres, dando información sobre disciplina positiva, etc. Respecto a lo segundo, esto es, la imposición de la prohibición del castigo en otros entornos fuera del hogar familiar, debe decirse que, una vez reformada la ley y revocadas las defensas legales y autorizaciones del castigo, la ley contra la agresión deberá ser aplicable por igual, tanto a los niños como a los adultos, con arreglo al Código Penal.

En este mismo sentido, debe establecerse como condición para la contratación de personal que trabaje con niños en escuelas y otros entornos, fuera del hogar familiar, el compromiso de abstenerse de administrar castigo corporal en todas sus manifestaciones, u otras sanciones crueles o degradantes, adoptando, por otra parte, un sistema cautelar con advertencia oficial, suspensión y, en última instancia, el despido de quienes infrinjan ese compromiso. A ello se pueden añadir, de considerarse necesario, pautas de orientación explicando las circunstancias en las que se puede aplicar fuerza física razonable, por ejemplo, con el fin de proteger al niño, niña o adolescente, o a otras personas.

El Comité contempla además como necesario, establecer un sistema externo de inspección y vigilancia en establecimientos de enseñanza, de atención social y penales, incorporando charlas en privado con los niños y procedimientos simples y accesibles para que estos puedan presentar denuncias, y mecanismos de protección para los denunciantes, con el fin de evitar posibles represalias. Sobre la prohibición en otros entornos, aparte del núcleo familiar, la Observación número 8 de 2006 establece: “*Cuando, pese a la prohibición y a los programas de educación y capacitación positivas, se conozcan casos de castigos corporales fuera del hogar –en las escuelas, en otras instituciones y tipos de cuidado, por ejemplo– una respuesta razonable podría ser el enjuiciamiento. El hecho de amenazar al autor con otras medidas disciplinarias o su alejamiento debería también constituir un claro factor disuasivo. Es indispensable que la prohibición de todos los castigos corporales y otros castigos crueles o degradantes, así como las sanciones que puedan imponerse en caso de violación, se difundan ampliamente entre los niños y entre todos los que trabajan con niños en todos los entornos. La vigilancia de los sistemas disciplinarios y del trato de los niños debe formar parte de la supervisión continua de todas las instituciones y lugares de colocación de menores, conforme lo exige la Convención. Los niños y sus representantes en todos esos lugares deben tener acceso inmediato y confidencial al asesoramiento adaptado al niño, la defensa y los procedimientos de denuncia, y en última instancia a los tribunales, con la asistencia jurídica y de otro tipo necesaria. En las instituciones deberían ser obligatorios la notificación y el examen de cualquier incidente de violencia*”.

Sumado a las reformas legales señaladas, el Comité estima que se deben realizar campañas de concienciación amplia y prolongada, en educación pública, promoción de métodos disciplinarios y de crianza de carácter positivo, participativo y no violento, de forma tal, que la reforma legal no se centre únicamente en el aspecto punitivo o sancionatorio de quienes ocasionan lesiones a los niños, niñas y adolescentes como producto del castigo, sino que además transmita un poderoso mensaje sobre la importancia y cultura de la educación y la crianza positiva, señalando que el pegar o humillar a los niños es tan ilegal e inaceptable como lo es pegarle o humillar a cualquier otro ser humano. Lo anterior demuestra que la reforma debe realizarse a dos niveles, el primero, enmarcando la sanción en el ámbito penal, y el segundo, como promoción de la crianza positiva para que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser protegidos contra el castigo, se haga realidad.

Por ello, el Comité indica que, para introducir la reforma legal, es imprescindible tomar las siguientes medidas:

Concientización de la ley y del derecho a la protección de los niños: Es esencial que el público, los profesionales que trabajan con y para los niños, y los niños mismos, tomen conciencia de la prohibición del castigo corporal cuando esta sea un hecho. Es probable que el proceso de la reforma legal en sí, provoque considerable debate público y mediático, lo cual servirá de vehículo para informar a la sociedad de la prohibición

que se acaba de adoptar y de cómo se va a ejecutar. Centros de sanidad, preescolares, juveniles, escuelas, bibliotecas y otros lugares en los que los menores se reúnen para aprender son también importantes para difundir las noticias sobre la prohibición.

Sin embargo, es igualmente importante reconocer que este proceso de concientización no puede ser una cosa pasajera que coincida con la entrada en vigor de la prohibición. Se requiere más bien mantener la actividad durante un tiempo prolongado para que todos los miembros de la sociedad, menores y adultos, sean conscientes de lo que estipula la ley y del derecho de los niños a gozar de protección contra el castigo corporal en todas sus formas y contra otras sanciones humillantes o degradantes.

Promoción de la crianza positiva y de la disciplina no violenta de los niños: Además de concientizar a la población sobre la prohibición, es menester hacer una promoción intensa de los métodos disciplinarios positivos, no violentos y participativos, y a educar a la población sobre las consecuencias negativas del castigo corporal de los niños. Esto puede llevarse a cabo de una manera oficial y oficiosa en todos los puntos de contacto entre familias y los profesionales que trabajan con y para los niños, incluso en entornos pre y postnatales, centros preescolares, escuelas y bibliotecas, y en todos los servicios sociales y comunitarios. La participación de dirigentes y colectivos religiosos podría tener un impacto considerable en la actitud pública hacia la no violencia en la crianza de los hijos. Los métodos positivos de disciplina y gestión del comportamiento deben incorporarse en programas de formación y desarrollo, y de formación continua, que deben abarcar la formulación de métodos participativos en torno a cuestiones de disciplina que estén abiertos a niños y jóvenes. Asimismo, tanto la educación pública como la profesional, y la concientización de la sociedad, deben incorporar información sobre las consecuencias negativas que tiene el castigo corporal de los niños, siguiendo la línea marcada por un creciente número de estudios del tema y en particular los que se centran en las opiniones de los niños mismos y la relación de sus vivencias. El Comité indica que, para esto se puede hacer uso de muchos ejemplos de materiales y programas que promueven formas positivas y no violentas de atención parental y de educación, dirigidos a los padres, a cuidadores y a maestros, y que han sido elaborados por gobiernos, organismos de las Naciones Unidas, ONG y otras instancias. Esos materiales y programas pueden adaptarse adecuadamente a diferentes condiciones y situaciones.

Finalmente, el Comité manifestó que un elemento importante para imponer la prohibición sobre los castigos corporales, crueles, degradantes y humillantes fuera de la familia es el establecimiento de un órgano independiente de inspección y vigilancia en todos los entornos de educación, acogida, justicia y empleo, de tal manera que se entrevisten de forma rutinaria los niños, en un lugar privado, para que estos puedan compartir los temas que les preocupan, y a partir de ello se establezcan mecanismos sensibles y accesibles para que estos puedan presentar sus quejas y denuncias, sin temor a las represalias que puedan tomarse contra ellos. Así las cosas, es fundamental averiguar

por medio de entrevistas confidenciales con los niños y con sus padres la situación en la que viven estos en el seno de sus hogares, y así mismo realizar un estudio que permita analizar la postura de padres, profesionales y del público en general, frente al castigo corporal. Estos estudios deben estar bien preparados y ejecutados, previendo incluso la participación de los niños mismos. Puede recurrirse también a otras fuentes de información, como el análisis del uso de los servicios de apoyo y las estadísticas de denuncias de tratos violentos contra menores. En la citada observación, el Comité alude a la Observación General número 5, en donde se subraya la importancia de que exista una vigilancia independiente de los progresos logrados en la aplicación por parte, por ejemplo, de los comités parlamentarios, las ONG, las instituciones académicas, las asociaciones profesionales, los grupos de jóvenes y las instituciones independientes que se ocupan de los derechos humanos (véase también la Observación general número 2 del Comité titulada “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”), ya que todos ellos podrían desempeñar una función importante en la vigilancia del ejercicio del derecho de los niños a la protección contra todos los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

ANTECEDENTES MUNDIALES

• El primer país que adoptó en 1979 una ley contra el uso del castigo corporal en niños, niñas y adolescentes fue Suecia, seguido por Austria, Dinamarca, Noruega y Alemania. En la actualidad, 23 países en el mundo cuentan con una legislación que prohíbe específicamente el castigo físico de los niños, niñas y adolescentes

Costa Rica (2008)	España (2007)	Portugal (2007)
Venezuela (2007)	Uruguay (2007)	Grecia (2006)
Nueva Zelanda (2007)	Países Bajos (2007)	Ucrania (2004)
Hungría (2005)	Rumania (2004)	Israel (2000)
Islandia (2003)	Alemania (2000)	Letonia (1998)
Bulgaria (2000)	Croacia (1999)	Austria (1989)
Dinamarca (1997)	Chipre (1994)	Suecia (1979)
Noruega (1987)	Finlandia (1983)	

• En Italia, en 1996, la Corte Suprema en Roma, declaró ilegal toda forma de Castigo Corporal, aunque no ha sido aún confirmado por su legislación.

• Existe una tendencia mundial, apoyada por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas para que los países tengan una legislación propia en el tema de prohibición del castigo corporal, el cual parte de la necesidad imperativa, desde la perspectiva de los derechos humanos, de prohibir y eliminar el castigo corporal y demás formas degradantes de sancionar a los niños, se funda en las premisas de que todas las personas tienen derecho a que su dignidad humana e integridad física sean respetadas y de que las leyes deben proteger a todos por igual, como se plantea por primera vez en la Carta Internacional de Derechos Humanos y se reafirma y desarrolla en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales sobre el tema. De acuerdo con el artículo 37 de la Convención, los Estados parte velarán por que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”; el artículo

19 estipula que los Estados deben tomar medidas para “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental”.

- El Comité de los Derechos del Niño –el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención– ha puesto de relieve en numerosas ocasiones que ello comprende la prohibición y eliminación del castigo corporal en todos los entornos, incluido el hogar familiar, destacando la Observación General 8 (2006), que reza así: “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)”¹. La observación general del Comité en materia de educación y justicia juvenil también subraya la obligación que han contraído los Estados de prohibir el castigo corporal. 2. Por otra parte, el Comité ha enfatizado que se refiere a toda clase de castigos corporales, “aunque sea leve”.

PANORAMA LATINOAMERICANO

- En **Uruguay**, el 20 de noviembre del 2007, se expidió una nueva ley que prohíbe todo castigo corporal hacia los niños (“Proyecto de ley sustitutivo – Prohibición del castigo físico”), aprobada por voto mayoritario en la Casa de Representantes. En agosto, el proyecto de ley había sido acordado en forma unánime por el Senado. La prohibición siguió muy de cerca al compromiso público del gobierno de implementar todas las recomendaciones hechas en el reporte final del Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, que incluía la recomendación de prohibir todo castigo corporal a los niños. Previamente, el derecho de los padres y otros de infligir castigo corporal en los niños, niñas y adolescentes –bajo la forma de “corrección moderada/adeuada”– fue reconocido en el Código Civil (artículos 261 y 384) y en el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 16). La nueva ley revoca estas provisiones y prohíbe explícitamente todo castigo corporal y demás trato humillante o denigrante hacia los niños, niñas y adolescentes.

- En **Venezuela**, en diciembre del 2007, se promulgó una legislación que prohíbe todo castigo corporal hacia los niños, incluso en el hogar. Un nuevo artículo (artículo 32-A – “el derecho al buen trato”) se insertó en la Ley de Protección de los Niños y Adolescentes el cual establece explícitamente que “todas las formas de castigo físico y humillantes están prohibidas”. Obliga a los “padres, representantes, guardianes, parientes, y maestros” a usar “métodos no violentos de educación y disciplina para criar y educar a sus hijos”, y obliga al Estado a “garantizar que existan políticas, programas y medidas de protección para abolir toda forma de castigo físico y humillante hacia los niños y jóvenes”.

- En **Costa Rica**, desde junio del 2008, el castigo corporal está prohibido en todos los escenarios y por todas las personas con autoridad sobre los niños y niñas, incluyendo a los padres en el hogar. Hasta este momento, el castigo corporal había sido legal bajo el artículo 143 del Código Familiar que establecía que “la autoridad paterna confiere derechos e impone el deber de educar, cuidar, vigilar y, con moderación, corregir al hijo o hija”. El Código de la Niñez y la Adolescencia protegía a los niños y niñas del abuso y el trato cruel, inhumano o degradante (artículo 13)

y a la integridad física, psicológica y moral (artículo 24), pero no prohibía todo castigo corporal a los niños y niñas.

- En **Brasil** fue radicado un proyecto de ley en julio de 2010, el cual pretende resolver un vacío en El Estatuto del Niño y del Adolescente ya que este se refiere sólo a los abusos, sin mencionar lo que es un buen trato y un maltrato. El Código Civil hace referencia a la prohibición de los castigos violentos, lo que da lugar a interpretar que los castigos moderados son permitidos. El proyecto de ley fue remitido al gobierno federal por la Red Nao Bata, Eduque, conformada por instituciones y personas individuales. Durante el primer semestre de este año el documento fue revisado y calificado por la Secretaría de Derechos Humanos junto con el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Desarrollo Social y Alivio del Hambre, y ahora está listo para ser enviado al Congreso Nacional. La coordinadora de la Campaña Nacional promovida por la Red Nao Bata, Eduque, Marcia Oliveira, dijo que la idea no es criminalizar sino crear instancias para orientar y ayudar a los padres a cambiar esta cultura del castigo corporal en niños y adolescentes. El castigo físico es un método educativo. Los padres o tutores golpean a los niños porque estos golpearon al hermano. Estamos enseñando a ser violentos. El uso del castigo físico es una violación de los derechos de los niños y adolescentes”.

Principales puntos:

	¿Cómo es?	¿Cómo queda?
Castigo Corporal	No existe una definición clara en el estatuto	Define el castigo físico y humillante
Lo que se considera castigo físico y humillante	No lo considera	Palmas, pellizcos, golpes en la mano, jalar el pelo, el rechazo, los insultos, el uso del niño para descalificar al cónyuge, palizas, sacudir o empujar, forzar al niño a permanecer en un solo lugar.
Castigo	Está previsto solo para el abuso	Se aplican los mismos castigos, de orientación a advertencia.

MARCO LEGAL VIGENTE EN COLOMBIA

Acorde con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, la Ley 1098 de 2006 en el artículo 8°, establece que por interés superior del niño, niña y adolescente, se entiende el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos. Igualmente dispone que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás.

El Código Civil en sus artículos 262 y 263 disponen que los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente. La Corte Constitucional, en Sentencia número C-371/94 Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo, declaró exequibles las expresiones “...sancionarlos moderadamente”, contenidas en esta norma, resaltando que de las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o

moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política¹.

Para garantizar los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, evitar su amenaza o vulneración y restablecerlos, el legislador establece en la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia–, normas sustantivas y procesales que regulan entre otros aspectos, los principios y definiciones, obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado, las medidas de restablecimiento de derechos, el conjunto de autoridades con competencia para garantizar y restablecer sus derechos, define las funciones de estas autoridades, el procedimiento ad-

ministrativo y judicial así como los términos y reglas especiales a cada uno de ellos, un sistema de responsabilidad penal para adolescentes y otros procedimientos especiales aplicables en los casos en que los niños son víctimas de delitos.

La finalidad del Código de la Infancia y la Adolescencia es la de garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La Ley 1098 de 2006 dispone: **(i)** Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. **(ii)** Sus normas son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ella consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

En materia de competencia para adelantar el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, el Código de la Infancia y la Adolescencia-, establece que: **(i)** Corresponde a los Defensores de Familia, Comisarios de Familia o Inspectores de Policía según sea el caso, procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 96). **(ii)** Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional (artículo 97). **(iii)** En los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que la Ley le atribuye serán cumplidas por el Comisario de Familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al Defensor de Familia y al Comisario de Familia corresponderán al Inspector de Policía (artículo 98). **(iv)** La declaratoria de adoptabilidad de un niño, niña y adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia (artículo 98).

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos previsto en los artículos 99 y siguientes de la Ley 1098 de 2006, debe resolverse en el término de los cuatro (4) meses prorrogables excepcionalmente por dos (2) meses. En este término la autoridad administrativa o la autoridad judicial, con fundamento en la competencia, funciones y deberes indicados en la ley, mediante providencia debe definir la situación jurídica del niño, niña o adolescente en relación con los integrantes de su familia nuclear o extensa, de las personas que asumen su custodia o cuidado personal y del Estado y la Sociedad, que incurrieron en la vulneración o amenazaron sus derechos fundamentales, precisamente para garantizar su pleno ejercicio o restablecerlos en el menor tiempo posible.

Este ordenamiento, dispone que la autoridad administrativa competente debe fallar el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, según sea el caso, en uno de los siguientes sentidos: Declarando la situación de vulneración de derechos de los niños, niñas o adolescentes, o declarando su situación de adoptabilidad, esta última competencia exclusiva del Defensor de Familia.

Específicamente, sobre la responsabilidad parental, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 establece que

¹ En esta sentencia la Corte Constitucional, puntualizó: **“Facultad Sancionatoria de los Padres/Castigo al Niño.** El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones psicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social. La norma acusada en modo alguno legítima ni propicia el maltrato o la violencia en contra de los menores. Por el contrario, hace énfasis en el sentido razonable de la sanción. En efecto, el artículo faculta a los padres y a quienes reciban el encargo del cuidado personal de los hijos para “sancionarlos moderadamente”. **“Sanción a los hijos- Características.** Para que la sanción cumpla los objetivos que se propone, según lo expuesto, es necesario que se aplique sobre la base de motivos ciertos y probados, es decir, que sea **justa**. De lo contrario, producirá en el niño confusión y le causará temor infundado en relación con conductas que de su parte fueron correctas, perdiéndose íntegramente cualquier utilidad educativa. Así mismo, la sanción ha de ser **proporcional** a la falta cometida, es decir, debe guardar relación con su gravedad y características. Por tanto, resulta injusto el castigo impuesto con exceso. La sanción tiene que ser **oportuna**, esto es, el tiempo transcurrido entre la conducta sancionable y el castigo no puede ser tan amplio que el menor pierda la noción exacta acerca del motivo por el cual se lo sanciona.” **“Deber de sancionar moderadamente a los hijos** La facultad de sancionar a los hijos se deriva de la autoridad que sobre ellos ejercen los padres -indispensable para la estabilidad de la familia y para el logro de los fines que le corresponden- y es inherente a la función educativa que a los progenitores se confía, toda vez que, por medio de ella, se hace consciente al menor acerca de las consecuencias negativas que aparejan sus infracciones al orden familiar al que está sometido y simultáneamente se lo compromete a ser cuidadoso en la proyección y ejecución de sus actos. Por otro lado, la sanción impuesta a uno de los hijos sirve de ejemplo a los demás.”. **“Sanción- Alcance/Violencia Física-Rechazo/Inestabilidad Emocional.** La sanción es un género que incluye las diversas formas de reproche a una conducta; la violencia física o moral constituye apenas una de sus especies, totalmente rechazada por nuestro Ordenamiento constitucional. La eficacia de la sanción no estriba en la mayor intensidad del dolor que pueda causar sino en la inteligencia y en la firmeza con que se aplique, así como en la certidumbre que ofrezca sobre la real transmisión del mensaje implícito en la represión. En tal sentido, no se trata de ocasionar sufrimiento o de sacrificar al sujeto pasivo de la sanción sino de reconvenirlo civilizadamente en aras de la adecuación de sus posteriores respuestas a los estímulos educativos.”

es un complemento de la patria potestad prevista en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Lo cual incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. Resaltamos que adicionalmente ordena que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

En el mismo sentido, el artículo 18 *ibídem* señala que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, en especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

La misma norma señala que para los efectos de la Ley 1098 de 2006 debe entenderse por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona. Algunos de estos actos constituyen delito.

El Código establece que una de las obligaciones de la familia es la de abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico en contra de los niños, niñas y adolescentes, y de asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida. Igualmente ordena que al Estado corresponde erradicar del sistema educativo las prácticas pedagógicas discriminatorias o excluyentes y las sanciones que conlleven maltrato, o menoscabo de la dignidad o integridad física, psicológica o moral de los niños, las niñas y los adolescentes; y prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil.

En materia de educación, la Ley 1098 de 2006 establece que los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa, en general, pondrán en marcha mecanismos, entre otros aspectos, para la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato, abandono, abuso sexual, violencia intrafamiliar, y explotación económica y laboral, las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil. Les ordena no imponer sanciones que conlleven maltrato físico o psicológico de los estudiantes a su cargo, o adoptar medidas que de alguna manera afecten su dignidad, así mismo, queda prohibida su inclusión bajo cualquier modalidad, en los manuales de convivencia escolar.

Señala este ordenamiento que las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la

convivencia escolar, efecto para el cual: a) deberán proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores; b) deberán establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato, abandono, abuso sexual, violencia intrafamiliar, y explotación económica y laboral, las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil; c) deberán reportar a las autoridades competentes, las situaciones de abuso, maltrato o peores formas de trabajo infantil detectadas en niños, niñas y adolescentes; y d) no podrán imponer sanciones que conlleven maltrato físico o psicológico de los estudiantes a su cargo, o adoptar medidas que de alguna manera afecten su dignidad, ni incluirlas en los manuales de convivencia escolar.

En lo que tiene que ver con el sistema de seguridad social en salud, para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, establece la obligación de capacitar a su personal para detectar el maltrato físico y psicológico, el abuso, la explotación y la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, y denunciar ante las autoridades competentes las situaciones señaladas y todas aquellas que puedan constituir una conducta punible en que el niño, niña o adolescente sea víctima.

La Ley 1098 de 2006 ordena que el Estado deba detectar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, además garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.

El Decreto número 4840 de 2007, *por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006*, particularmente, en su artículo 7º dispone que, cuando en un mismo municipio concurren Defensorías de Familia y Comisarías de Familia, el Comisario de Familia se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar.

De acuerdo con las normas penales vigentes, corresponde a los entes investigadores y judiciales determinar la tipicidad de los actos cometidos en contra de los niños, niñas y adolescentes, denunciados entre otras autoridades por el Defensor de Familia, Comisario de Familia o el Inspector de Policía, o por cualquier persona.

Todo acto que pueda constituir una conducta punible en que el niño, niña o adolescente sea víctima deberá ser denunciado por la persona que tenga conocimiento de su comisión ante las autoridades penales competentes, las cuales deberán adelantar la correspondiente investigación, igualmente, si es una autoridad la que tiene dicho conocimiento deberá adelantar de oficio la investigación si tiene competencia o pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

De tal manera que, las normas vigentes, establecen autoridades competentes y procesos expeditos para restablecer, evitar la amenaza o vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y sancionar

a los responsables, sin embargo, no se evitan o erradicar las reiteradas situaciones de castigo físico o psicológico o tratos crueles, degradantes o humillantes, que causan daño a los niños, niñas y adolescentes, por parte de los padres, o la persona o personas encargadas del cuidado personal, o de los miembros del grupo familiar, escolar o comunitario.

Con el fin de prevenir y erradicar el castigo físico o psicológico o tratos crueles, degradantes o humillantes, que causen daño a los niños, niñas y adolescentes, y para que sean utilizados otros mecanismos de educación y disciplina a favor de los niños, niñas y adolescentes, es necesario una ley que incluya estos propósitos, así como, la obligación de los entes del Estado para adelantar la difusión, promoción y divulgación de la misma, y de diseñar y ejecutar programas y estrategias de sensibilización y educación dirigidas a los padres y personas encargadas de la custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes y a las personas responsables de su formación y educación.

Es así como, para dar respuesta a todo lo anterior y, en especial, a las recomendaciones impartidas por los órganos internacionales con los cuales Colombia tiene un compromiso adquirido, **se presenta este proyecto de ley**, que busca introducir modificaciones a la legislación nacional, primordialmente en la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 599 de 2000 Código Penal y Código Civil, en aras de garantizar la efectiva prohibición de todo tipo de maltrato, castigo físico o psicológico y tratos crueles, humillantes o degradantes en contra de niños, niñas y adolescentes, tanto al interior de la familia como por fuera de ella, por lo que se solicita reconocer su importancia y darle aprobación.

Dilian Francisca Toro Torres,
Senadora de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de leyes

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2011

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 3 de 2011 Senado, *por medio de la cual se establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser criados y formados sin ningún tipo de maltrato y se dictan otras disposiciones*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada

iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría general. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Julio 20 de 2011

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

CONTENIDO

Gaceta número 520 - Viernes, 22 de julio de 2011
SENADO DE LA REPÚBLICA

Págs.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO	
Proyecto de Acto legislativo número 03 de 2011 Senado, por el cual se modifica la Constitución Política de Colombia, Título VII De la Rama Ejecutiva, Capítulo I Del Presidente de la República, artículo 189.....	1
Proyecto de acto legislativo número 04 de 2011 Senado, por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política.....	5
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 01 de 2011 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales.....	25
Proyecto de ley número 3 de 2011 Senado, por medio de la cual se establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser criados, cuidados y formados sin ningún tipo de maltrato y se dictan otras disposiciones.....	30