



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 1.099

Bogotá, D. C., martes, 14 de diciembre de 2010

EDICIÓN DE 16 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

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 62 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes”, establecido en Budapest el 28 de abril de 1977 y enmendado el 26 de septiembre de 1980 y su “Reglamento”, adoptado el 28 de abril de 1977 y modificado el 20 de enero de 1981 y el 1 de octubre de 2002.

Bogotá, D. C., diciembre 14 de 2010

Honorable Senador

GUILLERMO GARCÍA REALPE

Presidente

Comisión Segunda Constitucional Permanente.

Congreso de la República

Ciudad

Respetado Presidente:

En cumplimiento del encargo hecho por la Mesa Directiva de la Comisión Segunda del Senado de la República y con fundamento en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 62 de 2010 Senado**, por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes”, establecido en Budapest el 28 de abril de 1977 y enmendado el 26 de septiembre de 1980 y su “Reglamento”, adoptado el 28 de abril de 1977 y modificado el 20 de enero de 1981 y el 1º de octubre de 2002.

I. Objetivos del proyecto

El Tratado busca el reconocimiento de autoridades internacionales de depósito de microorganismos, para que en los casos en que los Estados contratantes permitan o exijan el depósito de micro-

organismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, reconozcan el depósito del microorganismo efectuado ante dichas autoridades.

El objetivo del Tratado está determinado por lo establecido en el literal a) del artículo 3º:

“Los Estados contratantes que permitan o exijan el depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes reconocerán, a los fines de este procedimiento, el depósito de un microorganismo efectuado ante una autoridad internacional de depósito. Este reconocimiento comprende el hecho y la fecha del depósito, tal como los indique la autoridad internacional de depósito, así como el reconocimiento de que lo que se entrega en calidad de muestra, es una muestra del microorganismo depositado”.

De esta manera, mediante este Tratado se establece un sistema internacional que permite que un solo depósito efectuado ante una autoridad internacional de depósito despliegue sus efectos jurídicos en cada uno de los Estados contratantes en los que el solicitante desea obtener protección. A continuación se observarán las razones por las cuales la adopción de este Tratado es ventajosa para Colombia.

II. Antecedentes

El Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en Materia de Patentes, fue adoptado el 28 de abril de 1977 y entró en vigor el 19 de agosto de 1980. Posteriormente, fue enmendado el 26 de septiembre de 1980. El Reglamento del Tratado también fue adoptado el 28 de abril de 1977 y modificado el 20 de enero de 1981 y el 1º de octubre de 2002. Al 15 de julio de 2008, según dato suministrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, 73 Estados hacen parte del Tratado.

El Tratado fue adoptado por el hecho de que en materia de patentes, la protección concedida se otor-

ga obteniendo como contrapartida la divulgación de las invenciones, la cual se pone a disposición del público para efectos de investigación y su utilización una vez venza la protección.

Esa divulgación se suele llevar a cabo mediante una descripción escrita del invento. No obstante, en materia de una invención relacionada con un microorganismo u otro material biológico no se considera suficiente una descripción de esa índole. En estos casos se exige el depósito de una muestra del microorganismo ante una institución especializada, como lo determina la norma supranacional al establecer la posibilidad de complementar la descripción de una invención relativa a un material biológico, con el depósito del material.

Sin embargo, las oficinas de patentes no cuentan en la mayoría de los casos con el equipo necesario para la preservación de microorganismos, tarea que exige la competencia y un equipo especial para que esos microorganismos sean protegidos contra la contaminación. Adicionalmente la comunidad necesita la protección en términos de sanidad y el medio ambiente frente a una posible contaminación procedente de ese material. Para lograr esta preservación y esta protección, se necesitan condiciones especiales de mantenimiento y equipos especiales para el tratamiento de los microorganismos depositados.

A continuación se expone un cuadro que muestra las fechas de suscripción de los Estados que han suscrito el Tratado de Budapest.

17. Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure
Budapest Treaty (1977), modified in 1980
(Budapest Union)
States on July 15, 2010

State	Date on which State became party to the Treaty	State	Date on which State became party to the Treaty
Albania	September 19, 2003	Luxembourg	July 29, 2010
Armenia	March 6, 2005	Mexico	March 21, 2001
Australia	July 7, 1987	Monaco	January 23, 1999
Austria	April 26, 1984	Montenegro	June 3, 2006
Azerbaijan	October 14, 2003	Netherlands	July 2, 1987
Bahrain	October 19, 2001	Nicaragua	August 10, 2006
Belgium	December 15, 1983	Norway	January 1, 1986
Bosnia and Herzegovina	January 27, 2009	Oman	October 16, 2007
Bulgaria	August 19, 1980	Paraguay	January 30, 2009
Canada	September 21, 1996	Philippines	October 21, 1981
China	July 1, 1997	Poland	September 22, 1993
Cuba	February 25, 2000	Portugal	October 16, 1997
Czech Republic	February 19, 1994	Republic of Korea	March 28, 1988
Democratic People's Republic of Korea	February 21, 2002	Republic of Moldova	December 25, 1991
Denmark	July 1, 1987	Romania	September 21, 1999
Dominican Republic	July 9, 2007	Russian Federation	April 23, 1997
El Salvador	August 17, 2006	Serbia ¹	February 25, 1994
Eritrea	September 14, 1996	Singapore	February 23, 1993
Finland	September 1, 1985	Slovenia	January 1, 1995
France	August 15, 1980	Slovakia	March 10, 1998
Georgia	September 30, 2005	South Africa	July 14, 1997
Germany	January 20, 1981	Spain	March 19, 1981
Ghana	October 30, 1993	Sweden	October 1, 1983
Guatemala	October 14, 2006	Switzerland	August 19, 1981
Honduras	June 20, 2006	Tajikistan	December 25, 1991
Hungary	August 19, 1980	The former Yugoslav Republic of Macedonia	August 30, 2002
Iceland	March 23, 1997	Tanzania and Tobago	March 10, 1994
India	December 17, 2001	Tunisia	May 23, 2004
Ireland	December 15, 1989	Turkey	November 30, 1998
Israel	April 26, 1996	Ukraine	July 2, 1997
Italy	March 23, 1986	United Kingdom	December 29, 1980
Japan	August 19, 1980	United States of America	August 19, 1980
Jordan	November 14, 2008	Uzbekistan	January 12, 2002
Kazakhstan	April 24, 2002		
Kyrgyzstan	May 17, 2003		

(Total: 73 States)

III. El 'Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes de la organización mundial de la propiedad intelectual'

A continuación se presenta un resumen del contenido del articulado del Tratado presentado por el Gobierno Nacional¹:

Artículo 1. Constitución de una Unión

Este artículo establece la creación de la Unión encaminada al reconocimiento internacional del depósito de microorganismos.

¹ Gaceta del Congreso número 482 de 2010.

Artículo 2°. Definiciones

Este artículo establece algunas definiciones pertinentes para este Tratado. Estas son: patente, depósito de un microorganismo, procedimiento en materia de patentes, publicación a los fines del procedimiento en materia de patentes, organización intergubernamental de propiedad industrial, oficina de la propiedad industrial, institución de depósito, autoridad internacional de depósito, depositante, Unión, Asamblea, Organización, Oficina internacional, Director general y Reglamento.

Artículo 3°. Reconocimiento y efectos del depósito de microorganismos

Este artículo establece el reconocimiento por parte de los Estados que exijan y permitan el depósito de microorganismos, el depósito de un microorganismo efectuado ante una autoridad internacional de depósito.

Artículo 4. Nuevo Depósito

Este artículo establece el procedimiento y la notificación que se lleva a cabo en caso de que la autoridad internacional de depósito no pueda entregar muestras del microorganismo depositado.

Artículo 5°. Restricciones a la importación y a la exportación

Este artículo incluye el reconocimiento por parte de los Estados en no aplicar las restricciones que de su territorio a la importación y a la exportación, a los microorganismos que estén depositados o destinados a ser depositados en virtud de este Tratado. Dicha restricción solo operará en casos de seguridad nacional o de riesgo para la salud y el medio ambiente.

Artículo 6°. Estatuto de autoridad internacional de depósito

Este artículo establece las características que una institución de depósito debe tener para tener derecho al estatuto de autoridad internacional de depósito. Estas características son el domicilio en el territorio de un Estado contratante y gozar de seguridades proporcionadas por dicho Estado o por una organización intergubernamental de propiedad industrial, la cual deberá estar domiciliada en el territorio de un Estado miembro.

Artículo 7°. Adquisición del estatuto de autoridad internacional de depósito

Este artículo establece la manera en que una autoridad de depósito adquiere el carácter de autoridad internacional. Este carácter se obtiene a partir de una comunicación escrita dirigida al Director General por parte del Estado contratante en cuyo territorio esté domiciliada la institución de depósito. Además debe incluir una declaración comprensiva de las seguridades solicitadas. Igualmente establece la actuación del Director General frente a esta adquisición.

Artículo 8°. Cese y limitación del estatuto de autoridad internacional de depósito

Este artículo establece la terminación del estatuto de autoridad internacional de depósito mediante solicitud hecha por un Estado contratante o toda organización internacional de propiedad industrial, a la Asamblea. Igualmente prevé que la solicitud esté

encaminada a la limitación a ciertos tipos de microorganismos.

Artículo 9°. Organizaciones intergubernamentales de Propiedad Industrial

Este artículo establece que las organizaciones a las que varios Estados contratantes hayan confiado la misión de conceder patentes de carácter regional y de la que sus Estados miembros sean también miembros de la Unión de París, pueden solicitar al Director general que mediante declaración les otorgue el status de depósito de microorganismos.

Artículo 10. Asamblea

Este artículo establece la composición de la Asamblea, la cual está compuesta por cada Estado miembro y es representada por un delegado. En cuanto a las organizaciones gubernamentales, establece su composición y representación, igualmente. Adicionalmente el artículo estipula las funciones de la Asamblea referentes a la Unión, al Director General, creación de Comité y grupos de trabajo, la periodicidad de sus reuniones y la votación.

Artículo 11. Oficina internacional

Este artículo establece las funciones de la Oficina internacional. Esta deberá encargarse de las tareas administrativas relacionadas con la Unión y las asignadas por la Asamblea, así como el secretariado de las conferencias de revisión de la Asamblea, de los Comités y grupos de trabajo y de cualquier reunión convocada por el Director General.

Artículo 12. Reglamento

Este artículo establece las disposiciones relativas al reglamento. Este instrumento debe incluir las disposiciones relativas a las cuestiones que el Tratado remite al Reglamento, los requisitos, cuestiones o procedimientos de carácter administrativo y a los detalles útiles para la ejecución del Tratado.

Artículo 13. Revisión del Tratado

El artículo estipula que las conferencias deben ser realizadas mediante conferencias de los Estados contratantes.

Artículo 14. Modificación de determinadas disposiciones del Tratado.

Este artículo regula lo referente a las modificaciones del Tratado, propuestas por algún Estado contratante o por el Director General. El artículo establece la entrada en vigor de las modificaciones, su votación y la vinculación necesaria para ser adoptada.

Artículo 15. Procedimiento para ser Parte en el Tratado

Este artículo establece que mediante la firma, seguida del depósito de un instrumento de ratificación, el depósito de un instrumento de adhesión, depositados en poder del Director General, todo Estado miembro de la Unión de París podrá ser Parte.

Artículo 16. Entrada en vigor del Tratado

El artículo establece que respecto de los cinco primeros Estados que hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión, el Tratado entrará en vigor tres meses después de la fecha en la que se haya depositado el quinto instrumento de ratificación o de adhesión. Para cualquier otro Esta-

do, el Tratado entra en vigor tres meses después de la fecha en la que este Estado haya depositado un instrumento de ratificación o de adhesión, excepto si en el instrumento de adhesión o ratificación se indica una fecha posterior. En este caso, el Tratado entra en vigor en la fecha indicada.

Artículo 17. Denuncia del Tratado

Este artículo establece que el Tratado puede ser denunciado por cualquier Estado contratante. Adicionalmente contiene los efectos de dicha denuncia.

Artículo 18. Idiomas del tratado

Se establece que el Tratado se firma en inglés y francés, en un solo ejemplar. Los dos idiomas considerados auténticos.

Artículo 19. Depósito del Tratado; transmisión de copias, registro del Tratado

Se establece que el depositario del Tratado es el director General. Igualmente se determina su proceso de autenticación.

Artículo 20. Notificaciones.

Este artículo establece la manera como el Director general notifica las comunicaciones determinadas y pertinentes a los Estados contratantes, organizaciones intergubernamentales de propiedad industrial y a los Estados no miembros de la Unión pero miembros de la Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (Unión de París).

IV. Ventajas en la adopción del Tratado

Dentro de los diferentes factores por los cuales el Tratado de Budapest fue adoptado, se encuentra el propósito de eliminar o reducir los trámites que implican el depósito de un microorganismo para la solicitud de una patente y con el fin de reconocer como válido en varios países un único depósito. Uno de los trámites que se ve ampliamente reducido es que un solo depósito tiene múltiples consecuencias jurídicas.

Las disposiciones establecidas en el Tratado brindan seguridad al depositante. Una institución de depósito debe estar domiciliada en uno de los Estados contratantes y gozar de la seguridad, avalada por dicho Estado para constituirse en una autoridad internacional de depósito. Dicha institución debe cumplir y continuar cumpliendo con las exigencias que se establecen en el artículo 6.2) del Tratado, a saber: tener existencia permanente; poseer el personal y las instalaciones para el cumplimiento de las funciones científicas y administrativas que le correspondan en virtud del Tratado; ser imparcial y objetiva; estar a disposición de cualquier depositante en las mismas condiciones; aceptar en depósito microorganismos de todos los tipos o de algunos de ellos, examinar su viabilidad y conservarlos; expedir un recibo al depositante y la declaración requerida sobre su viabilidad; observar el secreto sobre los microorganismos depositados; y entregar muestras de todo microorganismo depositado de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento del Tratado.

Por otra parte, el Tratado contiene disposiciones que determinan la manera de adquirir el estatuto de autoridad internacional de depósito. Una institución de depósito adquiere el estatuto de autoridad internacional de depósito en virtud de una comunicación

escrita al Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, por parte del Estado contratante donde esté domiciliada la institución de depósito, en la cual, además, se garantice que dicha institución cumple y continuará cumpliendo las condiciones previstas en el citado artículo 6.2) del Tratado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7° del mismo Tratado.

De esta manera, se observa que el Tratado establece un procedimiento con reglas claras para que las instituciones obtengan este estatus, lo cual brinda seguridad y estabilidad para las instituciones que lo adquieren. Igualmente brinda seguridad para los microorganismos depositados al establecer las condiciones para que las instituciones de depósito reciban el carácter de internacional.

Por otra parte, este Tratado hace más económico el procedimiento para el solicitante. Al eliminar el hecho de que en cada país se observe el procedimiento de depósito de microorganismos, hace más económico el proceso de obtención de la protección para una invención relacionada con microorganismos. Lo anterior responde a los principios establecidos por el Estado colombiano respecto de la función de la administración pública, la cual debe basarse en principios de igualdad, moralidad, **eficacia**, economía, **celeridad**, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución Política de Colombia).

Asimismo, el Tratado evita el riesgo de la transferencia de microorganismos de un país a otro. El solicitante, al realizar un único depósito ante una autoridad internacional de depósito con efectos en los países donde finalmente desee la protección para su solicitud, evita su traslado de un país a otro con el consecuente riesgo que ello trae para el medio ambiente en el caso de cualquier contaminación.

Igualmente facilita a las oficinas de propiedad industrial el trámite de solicitudes de este tipo. Hace posible que las oficinas de propiedad industrial que no cuenten con los equipos necesarios para la preservación de microorganismos y que tramiten solicitudes relativas a microorganismos, puedan hacerlo aceptando el depósito efectuado ante la autoridad internacional depositaria.

En general el procedimiento establecido en el Tratado facilita los trámites en las Oficinas de patentes de cada país, pues no es necesario sino un depósito en lugar de tener que acceder a un depósito en cada país donde se haya solicitado la patente. En este sentido solo es necesaria la presentación de una solicitud de depósito ante una sola autoridad depositaria.

Finalmente el Tratado no obliga a los Estados contratantes al establecimiento de autoridades internacionales de depósito ni al pago de contribuciones a la Oficina Internacional de Propiedad Intelectual (OMPI). En virtud del Tratado no se puede exigir a ningún Estado contratante el pago de contribuciones por ser miembro de la Unión de Budapest, como tampoco a establecer una autoridad internacional de depósito dentro de su territorio.

V. Importancia del Tratado para Colombia

De conformidad con el artículo 14 de la Decisión 486, régimen común en materia de propiedad indus-

trial vigente en Colombia desde el 1° de diciembre de 2000, “*los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial*”.

Adicionalmente el artículo 15 establece que no son considerados como invenciones:

“a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;

b) El todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;

c) Las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;

d) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;

e) Los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y

f) Las formas de presentar información”.

Por su parte, el artículo 26 de la citada Decisión 486, exige que la solicitud para obtener una patente de invención se presente ante la Oficina competente y allegue, entre otros requisitos, “*j) de ser el caso, el certificado de depósito del material biológico*”.

Finalmente, el artículo 29 de la misma normativa andina señala que:

“cuando la invención se refiera a un producto o a un procedimiento relativo a un material biológico y la invención no pueda describirse de manera que pueda ser comprendida y ejecutada por una persona capacitada en la materia técnica, la descripción deberá complementarse con un depósito de dicho material”.

En este orden de ideas, la disposición se complementa estableciendo lo siguiente:

“el depósito deberá efectuarse, a más tardar en la fecha de presentación de la solicitud en el País Miembro o, cuando fuese el caso, en la fecha de presentación de la solicitud cuya prioridad se invoque. Serán válidos los depósitos efectuados ante una autoridad internacional reconocida conforme al Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en Materia de Patentes, de 1977, o ante otra institución reconocida por la oficina nacional competente para estos efectos. En estos casos, la descripción indicará el nombre y dirección de la institución de depósito, la fecha de depósito y el número de depósito atribuido por tal institución”.

Finalmente, agrega la norma que “*el depósito del material biológico sólo será válido para efectos de la concesión de una patente si se hace en condiciones que permitan a cualquier persona interesada obtener muestras de dicho material a más tardar a partir de la fecha de vencimiento del plazo previsto en el artículo 40*”.

Como se ha establecido, la Decisión 486, desde el 1° de diciembre de 2000, hizo posible que los Países Miembros de la Comunidad Andina, entre ellos Colombia, tuvieran como válidos dentro del procedimiento establecido para la obtención de una patente relativa a material biológico, los depósitos efectuados ante una autoridad internacional reconocida conforme al Tratado de Budapest sobre el reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en Materia de Patentes, de 1977.

Como es de conocimiento general, la Oficina nacional competente en materia de propiedad industrial en Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual, en virtud de las funciones que se le atribuyen en el Decreto 3523 de 2009, está encargada de decidir las solicitudes de patentes de invención. No obstante lo anterior, la Superintendencia no cuenta con la infraestructura y los equipos especiales que se requieren para recibir depósitos de material biológico, como es el caso de los microorganismos, y de velar por su preservación.

Ante la exigencia legal de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, según la cual, "(...) cuando la invención se refiera a un producto o a un procedimiento relativo a un material biológico y la invención no pueda describirse de manera que pueda ser comprendida y ejecutada por una persona capacitada en la materia técnica, la descripción deberá complementarse con un depósito de dicho material", resulta de suma importancia hacer parte de la Unión de Budapest, lo cual facilitaría a la Superintendencia el cumplimiento de dicho trámite, además de que, como antes se expresó, también beneficia por eficacia, seguridad y economía al solicitante.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La adopción de este Tratado implica la mejoría de procedimientos referentes a la divulgación y el depósito de microorganismos. Esta mejoría se ve reflejada en la celeridad que brinda este nuevo procedimiento, al disminuir los trámites y asimismo los costos en el procedimiento en las oficinas de patentes de cada país, pues no hay necesidad de realizar una solicitud en cada país al necesitar solo un depósito.

Adicionalmente, a través del reconocimiento de instituciones internacionales de depósito que cumplan con los estándares de institución internacional de depósito se está garantizando el fin último de las patentes. Este es el acceso de información disponibles para la sociedad sobre el estado actual de las investigaciones y la posibilidad de que el objeto patentado que entre al dominio público sea replicable por cualquier individuo.

De esta manera, el Tratado permite que la sociedad conozca integralmente el objeto patentado. El hecho de tener depósitos en instituciones reconocidas internacionalmente, las cuales cumplen con las condiciones mínimas de conservación de los microorganismos es conveniente para que la información esté disponible durante el tiempo que se necesita.

En este orden de ideas, me permito rendir ponencia positiva para primer debate al proyecto de ley, de acuerdo con la siguiente proposición:

PROPOSICIÓN

Dese primer debate al **Proyecto de ley número 62 de 2010 Senado**, por medio de la cual se aprueba el "Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes", establecido en Budapest el 28 de abril de 1977 y enmendado el 26 de septiembre de 1980 y su "Reglamento", adoptado el 28 de abril de 1977 y modificado el 20 de enero de 1981 y el 1° de octubre de 2002.

Cordialmente,

Édgar Gómez Román,
Senador de la República.

* * *

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN SENADO DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 206 DEL 2010 SENADO

por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

Bogotá, D. C., diciembre 13 de 2010

Doctor

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

Secretario Comisión Primera

Senado de la República.

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para primer debate en Senado del **Proyecto de ley número 206 del 2010 Senado**, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

Señor Secretario:

En atención a la designación hecha, los suscritos ponentes designados presentan para debate en la Comisión Primera del honorable Senado, el correspondiente **informe de ponencia al proyecto de ley** de la referencia, previas las siguientes consideraciones:

Transcribimos el oficio mediante el cual la vocera del Comité Promotor del Referendo radico el Proyecto de ley número 206 de 2010 objeto de la presente ponencia:

Doctor

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

Presidente

Senado de la República

Doctor

EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Presidente

Comisión Primera Constitucional

Senado de la República

Señores Presidentes:

En Colombia al grupo poblacional que se le violan más sus derechos, es el de los Niñ@s. Además de vulneraciones "socialmente aceptadas" como la explotación laboral y la inasistencia alimentaria, cada año más de un millón son víctimas de delitos atroces.

La Fiscalía proyecta que cada año **200 mil** son víctimas de delitos sexuales, **850 mil** señala Unicef son maltratados severamente, es decir víctimas de lesiones personales; la Procuraduría calcula que **35 mil** son explotados sexualmente, según informes de Medicina Legal mueren **2.000 de forma violenta**, entre otros en episodios de secuestro, maltrato o violencia sexual. Hoy cerca de **4 mil menores están desaparecidos o secuestrados**, sin contar los reclutados para la guerra. Los niñ@s menores de 14 años son las víctimas más frecuentes. Solo el 20% de esas atrocidades son denunciadas y menos del 10% terminan con sentencias en firme. Este drama social y humanitario afecta a todas las clases sociales, en todas las regiones de Colombia.

Fue por esa dramática realidad que en el 2008 miles de Colombianos, padres de familia, profesores, artistas, periodistas, amas de casa, jóvenes, empresarios y comerciantes, algunos con el liderazgo de Senadores, Representantes, Gobernadores, Alcaldes, Concejales y Diputados, lograron en menos de 100 días, que más de 2 millones de compatriotas, inclusive miles de residentes en 15 países, firmaran el apoyo al Referendo de Iniciativa Popular que busca incluir un inciso al artículo 34 de la Constitución Política, para hacer una excepción en nuestro ordenamiento jurídico e incorporar la pena de hasta prisión perpetua para castigar los delitos señalados, cuando se cometan contra nuestros niñ@s.

La prisión perpetua no es el fin y no resolverá por sí misma el problema de la violencia contra los niñ@s, es el medio para comenzar a enfrentarla decididamente. Además del castigo que queremos imponer, la prisión perpetua será un símbolo de sociedad, en el sentido de hacer ciertos los derechos prevalentes de los niñ@s según nuestro ordenamiento Constitucional y una oportunidad para diseñar y aplicar una justicia que entre otras, cumpla su función social preventiva. Por supuesto adelantar acciones concretas para prevenir esas violencias y garantizar que todos los niñ@s nazcan y crezcan respetados, protegidos, seguros y felices.

El anterior Congreso entendió esa realidad y responsablemente tramitó rápida y favorablemente el proyecto de Ley del Referendo, que fue sancionada por el Presidente de la República. La Ley 1327 de Julio 27 de 2009 recibió concepto favorable de la Procuraduría General, posteriormente entró a estudio en la Corte Constitucional, tuvo ponencia positiva y en sala plena fue declarada inexecutable por dos asuntos de forma en su trámite, de lo cual se anexa copia del comunicado expedido por la Corte Constitucional y que se resumen así:

1. No haber radicado junto con el proyecto de ley la certificación del Registrador Nacional que establece que se dio cumplimiento a las normas legales en cuanto a la financiación y los montos máximos de contribuciones privadas, certificación que fue expedida el 18 de junio de 2009 y radicada ese mismo día ante el Senado y la Cámara previa a la votación en las plenarias de conciliación.

2. El Congreso incorporó al texto original del Referendo algunos cambios como por ejemplo la palabra “hasta” prisión perpetua, lo que a nues-

tro juicio no cambiaba en nada el fondo de la propuesta, en tanto que siempre se ha planteado que será el legislativo el que reglamente ese referendo y establezca la ponderación de las penas, para que el juez decida en qué casos impondrá la pena perpetua. En este mismo sentido el delito de maltrato severo fue modificado por el de lesiones personales, siendo en esencia el mismo hecho atroz. Y haber incorporado un parágrafo que toca un asunto que no es de resorte constitucional.

Queda claro en los dos fallos de la Corte Constitucional con relación a los Referendos de Iniciativa Popular que han llegado a estudio de esa Corporación, que en el trámite de los mismos, el Congreso no puede modificar el texto original que está contenido en los formatos de las firmas de apoyo.

Esta reforma constitucional, reitero, será reglamentada posteriormente por el Congreso de la República, así lo señala el texto del Referendo, lo que significa que serán los Congresistas quienes tendrán la responsabilidad de diseñar y aprobar un Código Penal y un Código de Procedimiento Penal que reglamente la prisión perpetua y cree una justicia especializada para proteger y restablecer los derechos vulnerados de los niñ@s. Además para castigar ejemplarmente el maltrato severo o las lesiones personales, se penalizará el silencio que rodea los delitos como complicidad y se condenará drásticamente a quien de forma calumniosa señale a un inocente, por ejemplo de un delito sexual.

Es pertinente señalar que el Presidente de la Corte calificó de ejemplar la recolección de las firmas de este Referendo, de tal suerte que por tratarse de asuntos de forma en el trámite de la Ley del Referendo, la misma Corte ha señalado que se puede volver a tramitar una ley, subsanando los asuntos por los cuales la declaró inexecutable.

En ese orden de ideas, en mi condición de Votante del Referendo señalado, estoy radicando ante el Senado de la República el proyecto de Ley mediante el cual se convoca al pueblo a un referendo constitucional.

Además de anexar a la presente los actos administrativos expedidos por la Registraduría Nacional que certifican el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 134 de 1994 para tramitar una Ley de convocatoria de Referendo Constitucional de iniciativa popular, de los cuales reposan los originales en la Secretarías del Senado y de la Cámara; anexo además certificación expedida por el Registrador que refrenda el cumplimiento de requisitos, con fecha de 21 de octubre de 2010 y la exposición de motivos en la que encontrarán los argumentos legales, sociales, cifras y estadísticas, derecho comparado y otros datos de esta vergüenza que ha comprometido por décadas la vida e integridad física y moral de millones de niñ@s.

A nombre de los Niñ@s, de los millones de colombianos que firmaron el Referendo y de los miembros del Comité Promotor, convocamos al Congreso nuevamente para que nos demos una oportunidad de País y logremos aprobar en el menor tiempo posible el proyecto de Ley del Referendo, para que el pueblo colombiano además de hacer uso de un

mecanismo de participación, pueda en su sabiduría votar libre y soberanamente, si quiere o no la Prisión Perpetua, para castigar los delitos señalados en la reforma del artículo 34 de la Constitución.

Cordial Saludo.

Gilma Jiménez Gómez,
Senadora de la República,

Vocera del Referendo de Prisión Perpetua.

Anexo lo anunciado en 25 folios.

– Proyecto de ley. 1 folio.

– Copia de certificación del cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales del Registrador Nacional, expedido el 21 de octubre de 2010. 6 folios.

– Copia de la Resolución número 4892 del 1º de septiembre de 2008 de la Registraduría Nacional, de inscripción del Comité Promotor y de Vocero de Referendo. 2 folios.

– Copia de la Resolución 4925 del 2 de septiembre de 2008 de la Registraduría Nacional, de inscripción de la solicitud del Referendo. 2 folios.

– Copia del Certificado de Firmas de Solicitud del Referendo expedido por el Registrador Nacional. 3 folios.

– Copia del Certificado de ingresos y egresos del Referendo expedido por el Director del Censo Electoral. 1 folio.

– Copia del Certificado de cumplimiento de la financiación y de los montos máximos de contribuciones para un Referendo de Iniciativa Popular. 3 folios.

– Comunicado de prensa de la Corte Constitucional sobre la declaración de inexecutable de la Ley 1327 de 2009. 7 folios.

– CD con la exposición de motivos del proyecto de ley, carta de radicación y articulado.

1. OBJETIVO DEL PROYECTO

El objetivo del presente proyecto de ley, es convocar por primera vez al pueblo Colombiano, para que en uso del mecanismo de participación ciudadana del referendo de iniciativa popular, establecido por la Ley 134 de 1994, decida libre y democráticamente en las urnas, si hace una excepción en nuestro ordenamiento jurídico, incorporando un inciso al artículo 34 de la Constitución Política, que permita la posibilidad de hacer una excepción para poder imponer la pena de hasta prisión perpetua, para **castigar los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro** cometidos contra menores de catorce (14) años y contra menores de edad con discapacidad física y/o mental. Tipos penales que deberán ser algunos creados y/o redefinidos en la reglamentación posterior que se deberá adelantar en el Congreso de la República, como lo señala el texto de la iniciativa.

2. ANTECEDENTES

Este proyecto de ley, es tal vez en los últimos años, uno de los temas más ampliamente debatidos por la sociedad Colombiana. Es plenamente conocido y según señalan los promotores de la iniciativa, que en la academia, los medios de comunicación, en todas las regiones de Colombia, el tema ha

sido objeto de centenares de eventos y discusiones académicas, donde se han expresado diferentes puntos de vista con relación a poder incorporar una excepción a nuestro ordenamiento jurídico como es la posibilidad de imponer la pena de hasta prisión perpetua. Esta ley es por lo tanto el resultado de un proceso que se inició hace más de 4 años, por lo tanto es un proyecto de ley con importantes antecedentes desde el punto de vista de participación social y jurídica.

Por iniciativa de Concejales y Congresistas en el año 2006 congresistas de varios partidos políticos y de varias regiones del país, en uso de los derechos consagrados en los artículos 375 de la Constitución Política y 221 de la Ley 5ª de 1992, presentaron a consideración del Congreso de la República el Proyecto de Acto Legislativo número 034 de 2006, *por medio de la cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*

La reforma constitucional mediante acto legislativo propuesto en ese momento, al igual que esta ley del Referendo, tienen las mismas finalidades, como es desarrollar de manera contundente la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales de los niños y niñas, y fue producto de una extensa y juiciosa investigación, que llevó a determinar con precisión el alto grado de vulnerabilidad de los derechos a la integridad física y moral de nuestros menores y la impunidad para castigar los delitos atroces que se cometen contra ellos. Además, la necesidad de crear un ordenamiento jurídico lo suficientemente fuerte en la imposición de las sanciones y acorde con la gravedad que significa la violación de los derechos a la vida, la integridad física y moral y la libertad de nuestros niños y niñas.

En aquella oportunidad, en la Cámara de Representantes los ponentes rindieron un informe de ponencia positiva para primer debate, pero por motivos de trámite legislativo el proyecto de reforma constitucional fue retirado por sus autores, toda vez que no se contó con el tiempo suficiente para abordar todos y cada uno de los ocho debates que exige una reforma constitucional.

En julio de 2007 en un nuevo periodo legislativo, los mismos Concejales y Congresistas seguros del terreno abonado en cuanto a la creación de conciencia y sensibilización en todos los sectores de la sociedad colombiana, respecto de la necesidad de establecer sanciones acordes con la gravedad de los delitos cometidos contra nuestros niños que se buscan castigar, insistieron en esa reforma constitucional, sometiéndola nuevamente a consideración del Congreso de la República mediante otro acto legislativo, con la convicción inequívoca de que es altamente favorable para los intereses de la Sociedad y de la Nación y con la esperanza de que los Congresistas la llevarán a buen término. En esa oportunidad, se radicó la ponencia para primer debate, pero, desafortunadamente no se le alcanzó a dar discusión a dicha ponencia.

Al no haber culminado su trámite en el Congreso de la República los proyectos de acto legislativo radicados en los periodos constitucionales de 2006 y 2007, el Señor ex Fiscal General de la Nación,

doctor Mario Iguarán Arana; el señor ex Procurador General, doctor Edgardo Maya Villazón; la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), doctora Elvira Forero Hernández; el señor Rafael Santos del diario *El Tiempo*; el señor Rodrigo Pardo, director de la Revista Cambio; el periodista Guillermo Prieto *Pirry*; Concejales y Congresistas, se constituyeron en el Comité Promotor de un Referendo de iniciativa popular para modificar el artículo 34 de la Constitución Nacional.

Fue entonces que comenzó un gran movimiento nacional de participación social, alrededor de la convocatoria de un Referendo de Iniciativa Popular, que logró que desde todos los rincones del país y en menos de cien días, miles de Colombianos consiguieran más del número de firmas exigido por la ley para convocar el Referendo. Una vez se cumplieron los requisitos previos el proyecto de ley fue radicado en el Congreso y terminó con la expedición de la Ley 1327 de 2009, por medio de la cual “Se convoca un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”. No obstante tener ponencia positiva desafortunadamente la sala plena de la Honorable Corte Constitucional **mediante Sentencia C-397 de 2010** declaró inexecutable la ley señalada.

“La Corte encontró dos (2) vicios de procedimiento en el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República:

Uno por no haber sido adjuntada la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil, prevista en los artículos 24 y 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana. Específicamente la certificación de manera completa sobre cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. La ausencia de esta certificación inhibe la iniciación del trámite legislativo y vicia la constitucionalidad de todo el procedimiento adelantado ante el Congreso de la República. Este es un vicio que afecta la validez del trámite legislativo al resultar un elemento fundamental en la legitimación del proyecto de iniciativa ciudadana que salvaguarda la democracia y los mecanismos de participación ciudadana. La Corte recordó que la certificación vino a ser presentada hasta finalizar el debate parlamentario, esto es, cuando se encontraba el proyecto de ley en trámite de conciliación, siendo leída en la Plenaria de la Cámara de Representantes. Además, resaltó que es un tema de cumplimiento de la ley estatutaria, en cuanto al término para expedir la certificación.

Un segundo vicio del procedimiento legislativo consiste en la modificación sustancial del texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana (principio de identidad flexible). En primer término, se modificó la expresión “procederá la pena de prisión perpetua de acuerdo con la ley” por la frase “se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”; para la Corte, la sustancialidad del cambio consiste en que mientras la primera expresión preveía en forma imperativa la imposición de la prisión perpetua, la segunda lo hacía facultativamente. Adicionalmente, se cambiaron las expresiones “maltrato severo” por “lesiones personales agravadas” y se agregó un nuevo pará-

grafo a nivel de política de prevención y constitucionalización de una institución como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

No obstante esta decisión, algunos honorables magistrados hicieron salvamento de voto aduciendo las razones siguientes:

Salvamentos y aclaraciones de voto en la Corte Constitucional

– La magistrada **María Victoria Calle Correa**, quien fue la ponente, manifestó su salvamento de voto porque si bien es cierto que se presentó un vicio en el trámite legislativo porque se dio inicio al proceso sin la certificación plena del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la aprobación de una ley de iniciativa ciudadana para la convocatoria a un referendo constitucional, tal circunstancia fue subsanada con la presentación de las certificaciones requeridas en el segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, en la sesión plenaria en la que se votaría el informe de conciliación. Los precedentes constitucionales sobre subsanabilidad de vicios así lo permitían.

Además, este caso difiere del precedente constitucional inmediato (referendo de reelección presidencial, Sentencia C-141/10), por cuanto en dicha oportunidad no existió certificación alguna.

De otra parte, la magistrada Calle Correa, salvó parcialmente el voto en cuanto en su concepto no existió modificación sustancial del texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana (principio de identidad flexible). A su juicio, la alocución “procederá la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley” reemplazada por la frase “se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley” no constituye transformación sustancial de la propuesta inicial, por lo que se respetaron los límites constitucionales.

– El magistrado **Mauricio González Cuervo** salvó el voto por las siguientes razones: i) Inexistencia de vicio de procedimiento por la no adjunción de “*la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil, prevista en los artículos 24 y 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana*”. En primer término -a juicio del magistrado-, es impropia la exigencia de certificado alguno distinto de la acreditación de las firmas en cantidad no inferior al 5% del censo vigente. Los artículos 24 y 27 mencionados de la LEMP no aluden a otra certificación, y no corresponde al juez constitucional agregar al trámite de la ley de convocatoria a referendo requisitos no requeridos constitucional o legalmente. En segundo lugar, la omisión de presentación de la segunda certificación -de ser un requisito válido de trámite, en gracia de discusión-, constituiría un defecto en la iniciación del trámite legislativo perfectamente saneable, máxime teniendo en cuenta que fue presentado antes de la votación del texto definitivo y conciliado por las plenarias de ambas cámaras y que la demora en la presentación de dicha certificación no fue atribuible al Comité Promotor de la iniciativa ciudadana. ii) Inexistencia de vicio de procedimiento por “*la modificación sustancial del texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana*”.

A juicio del magistrado, la expresión “*procederá pena de prisión perpetua de acuerdo con la ley*” -texto de la iniciativa- no tiene el sentido que la decisión mayoritaria le atribuye, como proposición imperativa. El establecimiento en la Constitución de la procedencia de prisión perpetua de acuerdo con la ley, significa la admisibilidad constitucional de dicha pena y no la obligación al legislador ni al juez de imponerla en todo evento de homicidio doloso, violencia sexual, secuestro o lesiones graves contra menores. De este modo, la expresión modificatoria “*se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley*” -texto aprobado por el Congreso-, de indiscutible alcance facultativo, en modo alguno introdujo una modificación sustancial al texto de la iniciativa. No hubo tal alteración de un pretendido sentido imperativo del texto, sino una aclaración no sustancial del mismo. Además, el ejercicio de la potestad legislativa incluye la facultad de introducir modificaciones al texto de la iniciativa, tal como lo prescribe la Constitución y, específicamente, la Ley de Mecanismos de Participación Ciudadana.

iii) El magistrado lamentó que la Sala no se hubiese pronunciado sobre la existencia o no existencia de un posible vicio de competencia del Congreso, al convocar al Pueblo a pronunciarse sobre una reforma constitucional. A su juicio, con base en la discutible teoría de la “sustitución de la Constitución” -como fundamento del vicio de competencia del Congreso por exceso en el ejercicio del poder de reforma constitucional-, se viene gradualmente ejerciendo un control material de las reformas constitucionales no atribuido a la Corte, estableciendo límites al ejercicio del poder de reforma de la Constitución no fijados en la Carta Política, petrificando la Constitución y, en el caso concreto, restringiendo injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental de participación a los ciudadanos. Los posibles límites al poder de reforma de la Constitución deben consistir en parámetros jurídicos de control derivados de los propios límites de la soberanía y consagrados en el ordenamiento jurídico internacional, a falta de límites constitucionales expresos”.

La honorable Corte Constitucional fue clara en expresar que el proceso de recolección de firmas fue diáfano y por tanto no era necesario iniciar nuevamente el proceso, sino que bien podría volverse a radicar la ley del referendo cumplidos y subsanados los inconvenientes de tiempo en la presentación de las diferentes resoluciones expedidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

3. LA PARTICIPACIÓN EN UN REFERENDO DE INICIATIVA POPULAR

Poder desarrollar los mecanismos de participación ciudadana que contempla nuestra Constitución, es consolidar nuestra democracia y nuestro estado social de derecho. Permitir al constituyente primario, es decir al pueblo, previo cumplimiento de requisitos, ejercer un derecho sagrado, en este caso a decidir sobre asuntos que afectan su propio destino mediante una reforma constitucional, especialmente sobre una regla de sociedad en beneficio de su capital humano y social más importante sus Niños y Niños, es sin lugar a dudas una oportunidad para

la sostenibilidad y viabilidad de la sociedad Colombiana. Buscar mecanismos para lograr la garantía y protección de los derechos de la infancia, debe ser una meta que comprometa a toda la sociedad y las instituciones y en este caso se convierte en un ejemplo del derecho a la participación ciudadana.

Así lo señaló la Corte Constitucional cuando declaró la exequibilidad de los mecanismos de participación ciudadana:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional” Sentencia C-180/94.

“Puede decirse que la realización progresiva de los derechos humanos, está en relación directamente proporcional al aumento de la calidad de la participación ciudadana, sin embargo, prevalece en nuestra sociedad una marcada exclusión de la mayoría poblacional respecto a la toma de decisiones sobre los asuntos públicos; de manera que, el consenso se reduce a minorías no representativas de la pluralidad de intereses societarios”.

Poder participar en decisiones que realmente afecten a la sociedad en su conjunto hace de la democracia una forma de gobierno ideal, donde todos los ciudadanos son tenidos en cuenta para ejercer la autorregulación que tanto se ha pretendido inculcar en esta nuestra desordenada sociedad. Razón por la cual los autores de la iniciativa le solicitan a la Honorable Corte Constitucional, que una vez subsanados los vicios procedimentales, le den vía libre al ejercicio democrático de la decisión de poder castigar hasta con prisión perpetua los delitos que se cometan contra nuestros niño(as), a través del voto. Además de hacer efectivo el clamor nacional de buscar la protección de nuestros niños, el cual se vio ampliamente reflejado en la gran movilización social que despertó esta iniciativa, la misma cumple con lo exigido por la ley:

Es importante retomar los argumentos construidos por los autores de la iniciativa, para que las instituciones que tenemos responsabilidades en la convocatoria de un Referendo Constitucional, tengamos elementos para tomar las decisiones. Señalan que una Reforma Constitucional debe ser considerada y tramitada cuando:

- Existe acuerdo y apoyo explícito entre la mayoría de la sociedad sobre el objeto de la Reforma.
- Porque el cambio propuesto permitirá alcanzar mejores niveles de bienestar colectivo.
- Es vital para la sostenibilidad y la existencia de la sociedad.
- La Reforma propuesta busca incidir positivamente en el bienestar de un importante núcleo de la

población, en este caso justamente de los ciudadanos cuyos derechos son prevalentes según nuestro ordenamiento Constitucional.

Las consideraciones expuestas se cumplen a cabalidad cuando la Reforma Constitucional que se propone, pretende incidir en la calidad de vida de los ciudadanos más importantes de una sociedad como son nuestras niñas y niños. Los menores de edad en Colombia son 16 millones de ciudadanos. Son el 40% del total de nuestra población y de este grupo las niñas y niños menores de 14 años son el 81%. Más de las tres cuartas partes de nuestra población está integrada entonces por niños y niñas. Estamos hablando de 14.000.000 de ciudadanos aproximadamente, quienes serían los beneficiarios directos de la reforma propuesta.

Tal y como lo señala la vocera en el oficio a través del cual se radicó el proyecto de ley, debemos resaltar la forma como el país ha sido testigo de la movilización nacional sin precedentes, que se ha generado con la propuesta. Revisados los archivos de todos los medios de comunicación los legisladores debemos reconocer y respetar cómo miles de personas en todas las regiones de Colombia lograron en un tiempo récord recolectar más de las firmas que la Registraduría estableció para este Referendo según el censo electoral. Senadores, Representantes, Concejales, Diputados, Alcaldes y Gobernadores, de todas las tendencias políticas contribuyeron de manera ejemplar en este esfuerzo colectivo.

El proyecto de ley del Referendo de iniciativa popular, contiene una completa exposición de motivos y tiene como fundamento y antecedentes los innumerables casos de violaciones a los derechos de los niños(as) y la forma errática como estos no han sido debidamente prevenidos y efectivamente castigados severamente, como corresponde cuando las víctimas son quienes tienen derechos prevalentes constitucionalmente. “En Colombia tenemos esa vergüenza social que no se puede desconocer bajo ningún punto de vista, y corresponde a todas las instancias de orden social, representativo y gubernamental crear las normas jurídicas tendientes a castigar severamente a quienes cometen delitos atroces en contra de nuestros niños(as). “Así lo han planteado los congresistas desde el primer día de debate del tema en todas las esferas por donde ha tenido lugar este debate.

Adicionalmente, este referendo constitucional de iniciativa popular, busca ser el instrumento para diseñar una estrategia preventiva, ya que su implementación y desarrollo normativo deberán impedir que los delitos que se busca castigar se continúen cometiendo, lo que asegurará que la realidad de nuestros niños(as) cambie definitivamente en nuestra sociedad.

4. JUSTIFICACIONES DEL PROYECTO DE LEY

En prácticamente todos los países del mundo, en los que las sociedades se precian y son reconocidas por ser justas y equitativas, la trasgresión de los derechos fundamentales de los niños y las niñas, y los tratos degradantes que sobre ellos se ejerzan, producen rechazo e indignación, y con mayor razón cuando los menores son *sujetos cualificados* dentro del

ordenamiento jurídico; por su importancia y por su alto grado de vulnerabilidad, como en nuestro caso.

“En países como el nuestro, donde realidades culturales, sociales y económicas se convierten en riesgos evidentes de vulneración de derechos para la infancia requieren y merecen una protección jurídica adicional, especial y *excepcional* a la del resto de la sociedad. Por esto, no debemos, ni podemos ahorrar esfuerzos para tomar las decisiones que sean necesarias para prevenir la violencia contra la infancia y para aplicar los máximos castigos a los adultos que atenten contra su dignidad y vulneren sus derechos, mediante actos delincuenciales relacionados con el homicidio doloso, los diferentes tipos penales de violencia y explotación sexual, el maltrato severo o lesiones personales graves, y el secuestro; delitos atroces que cuando se cometen contra los niños(as) de forma sistemática como en Colombia, se constituyen en crímenes de lesa humanidad.

De otra parte, no podemos continuar mostrando la impunidad como el más alto registro estadístico del país frente a este drama que sufren miles de niños(as) cada año, y seguir castigando los delitos señalados como menores, lo cual se ve reflejado en las penas que actualmente existen y un procedimiento penal garantista para los verdugos de los niños(as), pero no para ellos cuando son víctimas, lo que no se compadece, ni es proporcional con la gravedad de los delitos, así hayamos tratado de endurecer las penas. La reincidencia de los eventos de violencia sexual y física, terminando algunos de ellos con el asesinato de los niños(as), el bajo número de denuncias y de condenas en firme, nos deben motivar a impulsar esta iniciativa.

El endurecimiento de las penas para castigar la violencia contra los niños(as) ha sido una tendencia en los últimos años y es el resultado de iniciativas individuales de Congresistas que en cada legislatura presentan proyectos en este sentido, lo que sin lugar a dudas ha permitido abrir el camino y crear conciencia sobre el trato injustificado que nuestro ordenamiento penal históricamente le ha dado a los delitos contra los menores. El mayor esfuerzo y más rescatable en este sentido se logró con la expedición de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia, que en su artículo 199 excluyó la posibilidad de aplicar cualquier beneficio o mecanismo sustitutivo de la pena, cuando quiera que se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la integridad y formación sexuales, o secuestro cometidos contra niños(as). Pero, la experiencia judicial ha mostrado que en algunos Tribunales, se está dejando de aplicar esta norma, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, alegando violación al principio de igualdad. Incluso esa norma ya fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, pero la Corte en Sentencia C-793/08, la declaró exequible”.

La gravedad de los delitos que se pretenden castigar, por las consecuencias irreversibles para las víctimas, la identidad y el parentesco del delincuente con la víctima en la mayoría de casos, la situación de superioridad física y mental del agresor sobre la víctima en todos los casos, entre otros, hacen que la

función resocializadora de la pena no sea un factor a tener en cuenta en el nuevo ordenamiento jurídico que se propone y por los jueces en el momento de determinar una condena.

Por lo anterior, esta reforma propuesta es ante todo, una nueva construcción filosófica de país y una nueva mirada de la sociedad con relación a sus niños(as) y el respeto sagrado de sus derechos; sobre los cuales no se continuará teniendo explicación o justificación alguna, para que estos no sean respetados y acatados por todos los miembros de la sociedad. Y cuya violación se constituirá en una ofensa social inaceptable e imperdonable. Tomado de la ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes 2007

NUESTROS NIÑOS Y NIÑAS BENEFICIARIOS DEL REFERENDO

Distribución poblacional por edades de los menores de 14 años (DANE 2005)

Rangos de edad	% total de población	Total niñ@s
De 0 a 4 años	10	4.209.050
De 5 a 9 años	11	4.630.000
De 10 a 14 años	11	4.630.000
TOTAL	32	13.469.050

Cerca del 30% de la población colombiana sería la beneficiaria directa de la Reforma Constitucional que los colombianos que la suscribieron pretender adelantar.

De otra parte “La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades con relación a la protección especial que la sociedad le debe brindar a los niñ@s, que por su situación de inmadurez física y/o mental requieren de especial atención: “El niño, por la debilidad que le es característica y por la indefensión en que se encuentra, es sujeto de especial protección constitucional. Las autoridades públicas tienen la obligación de velar, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, porque los niñ@s no sean objeto de la brutalidad de sus padres y deben evitar a toda costa que sean aquellos quienes sufran las consecuencias de los conflictos conyugales de estos, tanto en el campo físico como en el moral. El padre no tiene el derecho a disponer del cuerpo de su hijo para infligirle malos tratos, torturas, golpes o vejaciones, ni para privarlo de libertad, pues están de por medio la dignidad y la integridad del menor, que son objeto de prevalente amparo constitucional” Sentencia T-116/95. M.P: José Gregorio Hernández”.

“El Procurador General con relación a la Sentencia SC146/94 expresó: “El artículo 13 inciso 3° de la Carta impone al Estado la obligación de proteger especialmente a quienes por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, por consiguiente ordena sancionar cualquier tipo de abuso o maltrato que se cometa contra esas personas. **En esta disposición se prevé una discriminación de carácter positivo - vg. privilegio – en beneficio de la especial protección que merece este sector débil de la sociedad en general y en particular, la población infantil y la adolescente.** El propósito de este privilegio no es otro que el de hacer real el principio de igualdad. En consecuencia, se obliga correlativamente al Estado

sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra los más débiles comprendiendo entre estos a los menores. (Negrilla fuera de texto).

La Corte en la SC 146 /94 estableció: “Los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona enteramente dueña de sus comportamientos, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, cuando se obtiene de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación como en el caso de los menores; su libertad no es plena pues carecen de una cabal conciencia acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan”, José Gregorio Hernández.

Con base en todos los conceptos Constitucionales y legales expuestos, considero que este referendo de iniciativa popular soporta técnica y legalmente todos los criterios que nuestro ordenamiento jurídico comporta para lograr modificar la Carta Magna. Sin detrimento de la dignidad humana de las personas, la prevalencia de los derechos de la infancia requieren de todos los esfuerzos que como congreso y sociedad debemos hacer para lograr el respeto pleno de esos derechos y la consecución de la felicidad de nuestro presente más promisorio: Los niñ@s.

3. Estadísticas que dan sustento al proyecto de ley que convoca a referendo constitucional

Además de todas las cifras presentadas en el proyecto de Ley, bien vale la pena recordar que:

- En promedio, cada día, 6 menores de edad mueren de forma violenta en Colombia.
- De 2006 a 2009, más de 8.000 menores de edad murieron de forma violenta en Colombia, de estos 3.700 fueron asesinados, 916 eran menores de 14 años y cerca de 300 tenían entre 0 y 4 años.
- En 2007, 820 menores fueron asesinados: 204 eran menores de 14 años y 63 tenían menos de 4 años. En 2008, los menores asesinados fueron 882: 257 eran menores de 14 años y 104 tenían menos de 4 años. En 2009 los menores asesinados fueron 1.129: 239 tenían menos de 14 años, y 58 eran menores de 4 años. Todas las cifras fueron reportadas por Medicina Legal.
- En los primeros 15 días del 2010, 20 niños habían fallecido de forma violenta.
- En los primeros 14 del 2009 habían sido asesinados 36 niños de forma violenta, 10 de ellos eran niños menores de 14 años y 5 niños tenían entre 0 y 4 años.
- En el 2009 se practicaron en el país 21.612 dictámenes sexológicos. Hubo un aumento de 410 casos con relación al 2008.
- El 85.68% de los casos, es decir, 18.238 se cometió contra niñ@s menores de 18 años y de estos 7.295 son menores de 14 años.
- El 62.43% de los delitos se cometió en la casa de habitación del menor u otros lugares de cuidado como los centros educativos y los centros de cuidado de personas.
- 56.000 menores son atendidos al año por el ICBF por encontrarse en situación de abandono o peligro, de los cuales 4.500 son declarados en

abandono, pero tan solo son logrados dar en adopción 2.700.

• Según la Procuraduría más de 25.000 niños y niñas son explotados sexualmente en Colombia. El 95% de los niños que son explotados sexualmente fueron previamente violados. En la última década se detectó una tendencia creciente a la inducción de niños menores de 10 años a la explotación sexual comercial o la mal llamada “prostitución infantil”.

• **País Libre** reportó que 2.620 niños fueron secuestrados en los últimos 10 años en Colombia. Hasta enero de 2008 se tenían reportados 560 niños secuestrados para la guerra, de los que aún no se tienen noticias. Así mismo, 284 niños permanecen en cautiverio, de estos 190 por secuestro simple y 94 por secuestro extorsivo.

• Según **Fondelibertad** en el primer semestre del 2008, 41 menores de edad fueron víctimas de secuestro, de estos casos 11 corresponden a secuestro extorsivo y 30 a secuestro simple.

• Hasta junio del 2008, la Policía Nacional había recibido 2.415 denuncias de secuestro de los últimos 10 años.

Cuadro 1
Presunto delito sexual. Casos y tasas por cada 100.000 habitantes según grupo de edad y sexo. Colombia, 2009

Grupo de edad	Hombres		Mujeres		Total	
	Casos	Tasa	Casos	Tasa	Casos	Tasa
0-4	685	31,31	2.254	107,82	2.939	68,70
5-9	1.310	59,13	4.275	201,17	5.585	128,67
10-14	922	40,51	6.395	293,46	7.317	164,24
Total	2.917		12.924		15.841	

Lesiones personales según edad y sexo de las víctimas. Medicina Legal, Colombia, 2009

Edad	Mujeres	Tasa	Hombres	Tasa	Total	Tasa total
0-4	302	14	413	19	715	17
5-9	358	17	663	30	1.021	24
10-14	3.469	159	3.154	139	6.623	149
TOTAL	4.129		4.230		8.369	

Homicidio. Casos y tasas por cada 100.000 habitantes según edad y sexo. Colombia, 2009

Grupo quinquenal	Mujer		Hombre		Indeterminado ¹	Total general	
	Casos	Tasa	Casos	Tasa		Casos	Tasa
0-4	25	1,20	38	1,74	-	63	1,47
5-9	15	0,71	25	1,13	-	40	0,92
10-14	40	1,84	106	4,66	-	146	3,28
Sin información	10	-	96	-	8	114	-
Total	90		238			363	

Además de la prevalencia de los delitos cometidos contra nuestros niños que como se observa, en lo que tiene que ver con delitos sexuales, la tendencia no es a disminuir, sino por el contrario, analizadas las cifras, se presenta un incremento considerable del 13% con relación al año anterior, motivado entre otras, por la impunidad, por la falta de garantías para el restablecimiento de sus derechos y por la permisividad de nuestros operadores de justicia al implementar los castigos.

Si se considera el subregistro de las denuncias que todos conocemos existe en nuestro país por

diferentes razones, estamos ante el incremento de por lo menos el 80% de cualquier estadística oficial, además de que las condenas efectivas no se comadecen con la dura realidad que afrontan nuestros infantes, víctimas de estos delitos atroces.

Además de los casos presentados en la exposición de motivos que muestran la dolorosa realidad hasta el 2008, investigamos otros casos sucedidos entre los años 2009 y 2010, que ilustran la grave situación de vulneración de los derechos de la infancia:

2010. El pasado 27 de noviembre fue capturado en Ubaté, Cundinamarca, un hombre es acusado de violar niños entre 12 y 14 años. El presunto violador ya había pagado una condena por abuso sexual y explotación sexual.

2010. El 3 de noviembre fueron capturados en Bogotá dos profesores de una institución escolar de Engativá, en Bogotá, acusados de haber violado a 20 estudiantes de la institución. Los detenidos también fueron acusados de pornografía infantil. Al parecer, uno de los profesores tiene SIDA.

2010. El 13 de julio fue rescatada una niña de 4 años en Chinchiná, Caldas, que había sido secuestrada. La niña había sido maltratada y violada. Le fueron practicadas varias cirugías en busca de su recuperación. El agresor está prófugo de la justicia.

2010. El 12 de mayo en Santuario, Antioquia, fue capturado un sacerdote quien había violado a dos niños. El sacerdote había sido condenado en el 2007 a 18 años de cárcel y se encontraba prófugo de la justicia.

2010. El 30 de abril fue capturado un hombre por violar a su hija de 12 años. Ese mismo hombre había sido condenado por violar a la misma niña, cuando ella solo tenía siete años. Purgó su condena, salió de la cárcel, se fue a vivir a la misma casa donde vivía la niña y la volvió a violar. La niña está embarazada. El acusado aceptó cargos y le “pidió perdón a su hija”.

2010. El 7 de abril en Cúcuta, fue condenado a 6 años y 8 meses un sacerdote que abusó a un niño de 13 años. El violador intentó comprar el silencio de la víctima ofreciéndole \$20.000. Desde el 10 de noviembre de 2006, el agresor gozaba del beneficio de casa por cárcel.

2010. En Bogotá, el 8 de marzo, 2009. El 4 de diciembre, en Cartagena, Judith Jiménez de Newball, rectora de un jardín en Cartagena, y 2 profesoras más fueron condenadas a 36 años de cárcel por pornografía infantil, acceso carnal violento y acto sexual agravado. Jiménez de Newball se encuentra prófuga de la justicia, igual que su hijo, presunto agresor de las niñas.

2009. Mariquita. Alba Nidia, una mujer de 35 años fue abusada por su papá por más de 26 años, es decir desde los 9 años. Con él tuvo 8 hijos.

2009. Bogotá. El 5 de abril en el barrio Santo Domingo, un hombre fue sorprendido por los vecinos violando a un niño de 8 años. Además, en uno de los bolsillos del pantalón el agresor tenía una lista con los nombres de 59 niños más, la cual tenía como título “niños violados por mí, Víctor Alfonso Pantoja, tengo 19 años”.

2009. Bogotá. En abril, 4 niños denunciaron que el profesor de ética, valores, religión y danza de un colegio de Bosa los abusaba, llevándolos al baño para tocarlos y hacer actos obscenos con ellos. Así mismo, los niños informaron que el profesor les enseñaba que “entre amigos es normal tocar sus partes íntimas”.

2009. El primero de abril, en Arenal, Bolívar, un niño de 10 años con discapacidad mental fue abusado en un parque de atracciones mecánicas. Los habitantes del municipio, enfurecidos, destruyeron el lugar.

2009. Bogotá. El 20 de marzo una niña con retardo mental fue abusada dentro de una caseta por el vigilante de un edificio en construcción.

2009. Bogotá. El 17 de febrero una niña de 7 años fue abusada por su tío, un hombre de 27 años, quien aprovechando que la niña no fue a clase, la abusó en la terraza de la casa. El hombre maltrató y amenazó a la niña diciéndole que si no se quedaba callada, mataba a su mamá.

CASOS DE NIÑAS Y NIÑOS VÍCTIMAS DE MALTRATO SEVERO

2010. El 25 de octubre los medios informaron sobre el abandono de un bebé de tan sólo 17 meses en el Hospital de Suba. El bebé presentaba fracturas en sus piernas y daños irreversibles en algunos órganos de su cuerpo. El director del hospital informó que el niño presentaba mordeduras realizadas por un humano y que en dos oportunidades anteriores había sido reportado al ICBF por maltrato, pero había sido devuelto a su madre y su padrastro.

2010. El pasado 2 de febrero, en Calamar, Bolívar, fueron capturados un padre y cinco tíos de tres menores, acusados de someter a los niños de su mismo círculo familiar a diversos ritos satánicos. Los hechos ocurrieron en 2007. Los niños eran obligados a tomar licor y a fumar. Los golpeaban, los quemaban y los abusaban sexualmente.

2009. Bogotá. El 13 de septiembre fue encontrado en un caño abandonado y maltratado un menor de 6 años por una “mujer” que pasaba por el sector que dio aviso a las autoridades. La mujer resultó ser su “mamá” quien también fue la que lo abandonó. El menor permaneció en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Santa Clara. El menor ya había estado bajo protección del ICBF por maltrato físico y desde hacía un mes habían recuperado la custodia.

2009. El 19 de enero fue llevada al hospital de Fontibón una niña con múltiples fracturas. Por la gravedad de las lesiones, fue trasladada al Hospital de La Misericordia donde tuvo que ser operada de múltiples fracturas en brazos, piernas y luxación de la cadera. La “mamá” informó que la niña se había caído del coche. Posteriormente dijo que había sido el padrastro el que había maltratado a la niña.

5. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El proyecto de ley objeto de la presente ponencia, plantea dos asuntos de gran transcendencia e impacto para la sociedad colombiana y la democracia. En primer lugar el uso de un instrumento de participación de la mayor transcendencia como el Referendo de Iniciativa Popular, para modificar un

artículo de la Constitución y en segundo lugar, el significado y las implicaciones del objeto de esa convocatoria popular, en el sentido de hacer una excepción en nuestro ordenamiento Constitucional y Legal para privilegiar a los niños y las niñas y sus derechos.

Desde el punto de vista jurídico son abundantes los argumentos presentados por los autores, tanto de los que corresponde al Congreso de aprobar o desaprobar el instrumento de participación. Desde el análisis jurídico del objeto mismo de la iniciativa popular debemos señalar la obligación que tiene el Estado y las Instituciones de acatar los mandatos legales y Constitucionales.

La exposición de motivos del proyecto es prolífica en la citación de normas de rango constitucional y legal, nacionales y de derecho comparado que dan soporte al proyecto. Por nombrar solo alguna podemos referir en primer lugar que la sociedad colombiana a través del Constituyente en 1991, definió y entendió que en los niños está el presente y el futuro de la sociedad, y que de su felicidad y protección depende el bienestar de la comunidad, la viabilidad y sostenibilidad de nuestro país y de todos como sociedad, por ello la Constitución impone al Estado una serie de obligaciones para con los niños, señalando incluso que sus derechos prevalecen sobre los de los demás. Así lo ha ratificado la Corte Constitucional, haciendo notar la importancia jurídica que tienen los menores de edad.

La constitución refiere como obligaciones a cargo del Estado:

a) Los niños tienen los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad; a tener una familia y a no ser separados de ella; al cuidado y al amor; a la educación y a la cultura; a la recreación y a la libre expresión de la opinión (artículo 44 Inc. 1° C.N).

b) El Estado debe proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos (artículo 44 Inc. 1° C.N).

c) Fuera de los anteriores derechos, los niños deben gozar también de los otros consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia (artículo 44 Inc. 1° C.N).

d) Así mismo el Estado tiene la obligación de asistir y proteger a los niños para garantizarles su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos. Para lograr el cumplimiento de esta obligación, se legitima a todas las personas que puedan exigirla a las autoridades competentes. (Artículo 44 Inc. 2° C.N).

Por otro lado, el ejercicio del *jus puniendi* en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad. Pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos. El Derecho Penal en nuestro ordenamiento

jurídico no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, especialmente por los más vulnerables, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañosos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves.

Así pues, un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Por lo que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial. La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones); mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables como los que se proponen en este Referendo.

Muestra del sentido de esta propuesta es la misma Ley de Infancia y Adolescencia que desapareció las rebajas de penas para los delitos de violencia sexual cometidos contra los menores de edad. Desaparecieron las rebajas de penas para los delitos de violencia sexual cometidos contra los menores de edad, en clara aplicación de la prevalencia de los derechos de los niños y su interés superior frente a los demás miembros del conglomerado social.

Con el Referendo para la Reforma del artículo 34 de la Constitución se pretende dar el primer paso e iniciar el desarrollo de una política pública integral del Estado colombiano en favor de los niños, que permita efectiva y decididamente protegerlos de cualquier vulneración a sus derechos, de restablecerles sus derechos cuando estos son violados o vulnerados y de repararlos moral, social y legalmente.

De igual forma se pretende la implementación progresiva de medidas y políticas preventivas para impedir en lo posible cualquier trasgresión a los derechos de nuestros menores, así como eventuales casos de reincidencia, lo cual sucede con frecuencia en los delitos de abuso y explotación sexual y de maltrato, ya que esos delitos duran meses y hasta años cometiéndose en muchas oportunidades contra un mismo niño o niña.

Lo anterior implica, con mayor razón cuando es el Constituyente Primario el que así se lo impone, un cambio profundo de la sociedad en cuanto al deber sagrado de respetar y proteger nuestros niños, una innovación en nuestra estructura constitucional

y un profundo cambio en la idea de la finalidad de las penas y de nuestro sistema de derecho punitivo.

Reiteran también los autores del proyecto que esta reforma constitucional no opera per se. Paralela a ella se necesita el consecuente desarrollo legal[1] en cabeza del Congreso de la República, mediante la expedición de una ley o leyes que desarrollen el mandato constitucional, en lo posible que incorpore en una sola norma todos los aspectos a reglamentar punitivamente cuando la víctima de los delitos que se pretenden castigar hasta con prisión perpetua, sea un niño o una niña menor de 14 años o un menor de edad con discapacidad física o mental, y que fije los parámetros jurídicos específicos bajo los cuales va a operar la pena de prisión perpetua en nuestro país. Valga decir la graduación de las sanciones punitivas y los elementos de juicio que le van a servir de fundamento a los funcionarios judiciales, para imponer hasta la pena de prisión perpetua, así como la definición del delito de maltrato severo y la redefinición de los delitos sexuales.

En los artículos 44 y 45 el constituyente al señalar los derechos de los niños, recaló no sólo su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la obligación que tiene el Estado, la familia y la sociedad de darles especial protección.

Bajo esta óptica, se hace necesario resaltar de una manera decidida que los niños merecen un especial tratamiento jurídico e inclusive EXCEPCIONAL. Ellos y ellas deben tener la protección debida y adecuada, congruente con las actuales necesidades de la sociedad dado el interés general que sobre ellos ha depositado nuestro orden constitucional. Lo anterior se hace superior y, por tanto, incondicional e inaplazable.

No basta con el deber de asistencia, porque la Constitución obliga al Estado, a la sociedad y a la familia a proteger efectivamente a sus niños. Esta protección implica realizar las acciones de amparo, de favorecimiento y de defensa de sus derechos. Es decir, crearles un ambiente y entorno social sano y seguro, adecuado para el desarrollo de todas sus potencialidades humanas, y libre de cualquier amenaza, riesgo y/o peligro de sus derechos.

En el Estado Social de Derecho, la comunidad política y la sociedad en general deben y tienen la obligación de brindar un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente y obvio que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al que pertenecen, lo cual indudablemente no hemos cumplido a cabalidad.

Así el principio de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños transformó sustancialmente el enfoque tradicional como se abordaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el niño era considerado menos que los demás y sus necesidades asuntos menores, y por consiguiente su intervención y participación en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones

que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. Eran abordados desde lo constitucional, jurídico y conceptual como seres inacabados y no ciudadanos con derechos.

La doctrina constitucional coincide en señalar que el interés superior de los niños se caracteriza por ser:

1. Real, en cuanto se relaciona con sus particulares necesidades y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas.

2. Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres toda vez que se trata de intereses jurídicamente autónomos.

3. Un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del niño.

4. La garantía de un interés jurídico supremo, consistente en el desarrollo integral y sano de su personalidad. Tomado de la ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes 2007.

El interés jurídico de los niños se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor de edad, con el fin de darle un tratamiento preferencial. Su naturaleza está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece condiciones de exigibilidad y obligatoriedad para todos.

En desarrollo de estos conceptos la jurisprudencia Constitucional en cabeza de la Honorable Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha concretado el concepto de la prevalencia de los derechos de los niños y en los cuales ha protegido sus derechos:

Sentencia T-191/95 MP José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T-523/92 MP Ciro Hungarita Barón.

Sentencia C-383/96 MP Antonio Barrera Carbonell.

Sentencias T-217/94 y T-369/95 MP Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-442/94 MP Antonio Barrera Carbonell. Derechos de los niños relativos a la integridad física, la salud y la vida, y rechazo a toda forma de violencia que se ejerza en contra de ellos.

Desde hace más de 10 años existe jurisprudencia constitucional con pronunciamientos muy claros que evidencian la imperiosa necesidad de establecer mecanismos jurídicos más fuertes para proteger a nuestros niños y niñas, dadas las condiciones de inferioridad y de debilidad manifiesta en la que objetivamente se encuentran respecto del resto de la sociedad. Sentencia T-116 de 1995, MP José Gregorio Hernández Galindo.

“El niño, por la debilidad que le es característica y por la indefensión en que se encuentra, es sujeto de especial protección constitucional. Las autoridades públicas tienen la obligación de velar, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, porque los

niños no sean objeto de la brutalidad de sus padres y deben evitar a toda costa que sean aquellos quienes sufran las consecuencias de los conflictos conyugales de estos, tanto en el campo físico como en el moral. El padre no tiene el derecho a disponer del cuerpo de su hijo para infligirle malos tratos, torturas, golpes o vejaciones, ni para privarlo de libertad, pues están de por medio la dignidad y la integridad del menor, que son objeto de prevalente amparo constitucional.” Tomado de la ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes 2007.

El principio de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños y del interés superior que debe recaer sobre ellos desborda el ámbito de nuestro derecho interno, toda vez que está consagrado expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989. Esta última por ejemplo, presenta una serie de normas universales a las que todos los países pueden adherirse. Los niños no se consideran propiedad de sus padres ni beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son considerados seres humanos y titulares de sus propios derechos. Según la perspectiva que presenta la Convención, los niños son individuos y miembros de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad.

Reconocer los derechos de los niños de esta forma permite concentrarse en ellos como seres integrales. Si en una época las necesidades de los niños se consideraron negociables, ahora se han convertido en derechos fundamentales y en una inaplazable prioridad para los Estados. Los niños dejaron de ser receptores pasivos de beneficios para convertirse en seres autónomos y sujetos de derechos. Tomado de la ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes 2007.

En cuanto a la legislación existente en nuestro país, tenemos que algunas de las normas de orden legal han impuesto al Estado la obligación y el compromiso de proteger eficazmente a los niños como son:

La Ley 30 de 1986, por medio de la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes cobija en algunos de sus apartes a la población infantil.

El Decreto 2272 de 1989 crea la Jurisdicción de Familia y en el mismo año por medio del Decreto Ley 2737 se expide el Código del Menor, haciendo referencia a temas como maltrato infantil, salud, educación, adopción, trabajo, asistencia social y reeducación del niño.

Simultáneamente la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la Convención Internacional de los Derechos del Niño (antes referida) ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 que en su artículo 19 establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. (...).

La Ley 23 de 1991 dispone la conciliación sobre custodia, cuidado personal, visitas, protección legal de menores y alimentos ante el defensor de familia previo cualquier proceso judicial. El Decreto 2651 del mismo año, dispuso sobre la liquidación de sucesiones y sociedades conyugales donde hubiere menores o incapaces.

En 1996 se aprueba el Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional por medio de la Ley 265 de ese mismo año. Se expide igualmente la Ley 311 por medio de la cual se crea el Registro Nacional de Protección Familiar y la Ley 264 mediante la cual se establecen normas especiales de protección contra la violencia intrafamiliar.

El Decreto 2250 de 1996 reglamenta la expedición de pasaporte a menores de edad y mediante el Decreto 1974 de 1996 se crea el Comité Interinstitucional para la Lucha contra el Tráfico de Mujeres, Niñas y Niños. La Ley 360 de 1997 penaliza la pornografía infantil y aumenta el régimen de penas para los delitos sexuales sin que exista posibilidad de excarcelación.

La Ley 575 de 2000 reforma la Ley 264 de 1996 relativa a la violencia intrafamiliar y es reglamentada mediante el Decreto 652 de 2001.

La Ley 599 de 2000, es decir, el Código Penal, revisa y fortalece tipos penales que atentan contra la autonomía personal, la libertad, integridad, formación sexual y delitos al interior de la familia.

La Ley 679 de 2001 y su Decreto Reglamentario 1524 de 2002, por medio de los cuales se expiden normas para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual.

La Ley 742 de 2002 por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Ley 747 de 2002 por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Penal (Ley 599 de 2000), crea el tipo penal de “trata de personas” y agrava la sanción cuando se comete en menores de edad.

La Ley 765 de 2002 por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía”, adoptado en Nueva York, impone a los Estados la obligación de ampliar las medidas que deben adoptar a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Adicionalmente se hace un llamado a los Estados parte para que impongan penas adecuadas a la gravedad de los delitos.

La reciente Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la Adolescencia trae en el Libro II, Título II, Capítulo Único sobre los procedimientos especiales a seguir cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos.

Como ya se mencionó, este Código tuvo como una de sus finalidades fortalecer las penas existentes cuando se cometen delitos en menores de edad con-

templando la eliminación de los beneficios penales y mecanismos sustitutivos de la pena que consagran nuestros actuales Códigos Penal y de Procedimiento Penal, haciendo referencia a los delitos de homicidio y de lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y el delito del secuestro.

No obstante toda la legislación anterior que es sin duda un avance con el que no nos podemos conformar, aún no se alcanza a fijar un régimen sancionatorio con el rigor que aclama la sociedad y se pretende con el presente proyecto de Referendo.

PROPOSICIÓN

Una vez verificado que fueron radicados los certificados expedidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que la Ley establece para tramitar una Ley de Referendo de Iniciativa Popular, y por todos los argumentos expuestos ampliamente, presentamos ponencia **positiva al Proyecto de ley número 260 de 2010 Senado, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.**

De los honorables Senadores,

Carlos Eduardo Enriquez Maya
 H. SENADOR CARLOS EDUARDO ENRIQUEZ MAYA
 Coordinador Ponente

Karime Mota y Morad
 H. SENADORA KARIME MOTA Y MORAD

Jorge Eduardo Londoño
 H. SENADOR JORGE EDUARDO LONDOÑO.

Juan Carlos Rizzetto Lucés
 H. SENADOR JUAN CARLOS RIZZETTO LUCES.

NO FIRMÓ
 H. SENADOR JESUS IGNACIO GARCIA VALENCIA.

CONTENIDO

Gaceta número 1.099 - Martes, 14 de diciembre de 2010
 SENADO DE LA REPÚBLICA

Págs.

PONENCIAS

Ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 62 de 2010 Senado, por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes”, establecido en Budapest el 28 de abril de 1977 y enmendado el 26 de septiembre de 1980 y su “Reglamento”, adoptado el 28 de abril de 1977 y modificado el 20 de enero de 1981 y el 1 de octubre de 2002.....	1
Informe de ponencia para primer debate en senado del Proyecto de ley número 206 del 2010 Senado, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional	5