

El interés superior del menor en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz: Análisis de la sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018*

*Laura Castillo Garay***

Resumen: A través de la Sentencia, la Corte Constitucional hace un análisis previo y automático del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, «Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz». En esta decisión se declara la inexecutable de varios artículos, entre los cuales se encuentra el 146 en el cual se establecía que las sanciones a las que se hace referencia en el Título IX del Proyecto de Ley, no eran aplicables a quienes hubieran cometido cualquier tipo de delito sexual contra niños y adolescentes, porque a tales infractores se les debían aplicar las sanciones contempladas en la Ley 599 de 2000 y sin ningún tipo de beneficio. Lo anterior conllevó, por lo menos en principio, a que el Tribunal hiciese un juicio de ponderación entre el interés superior del menor —materializado, entre otras, en la prevalencia de los derechos de los niños contemplado en el artículo 44 de la Constitución Política— y los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición fundantes del sistema integral que, en pro de la paz, legitiman el régimen de una justicia transicional naciente para resultar, de forma paradójica, vencedores estos últimos.

Palabras claves: Delitos sexuales, JEP, menores, paz, prevalencia de derechos.

* La autora agradece, de manera especial, al representante a la Cámara José Jaime Uscátegui por permitirle hacer parte del diseño y elaboración del Proyecto de Acto Legislativo 144 de 2018 y, además, por el uso de insumos recaudados para la elaboración del presente texto.

** Abogada de la Universidad Sergio Arboleda; magíster de las Universidades Jaime I de Castellón, de Lleida, Rovira i Virgili y de Alicante (España); candidata a doctora en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología por la Universidad de Valencia (España). Docente e investigadora adscrita al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas» de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: laura.castillo@usa.edu.co.

Abstract: Through the Judgment, the Constitutional Court makes a prior and automatic analysis of the Draft Statutory Law number 08 of 2017 Senate, 016 of 2017 Chamber, «Statutory of the Administration of Justice in the Special Jurisdiction for Peace». This decision declares the non-eligibility of several articles, among which is 146, which established that the sanctions referred to in Title IX of the Bill were not applicable to those who had committed any type of sexual offense against children and adolescents, because such offenders had to apply the sanctions contemplated in Law 599 of 2000 and without any benefit. The foregoing led, at least in principle, to the Court making a weighting judgment between the best interests of the minor —materialized, among others, in the prevalence of the rights of children contemplated in article 44 of the Political Constitution— and the rights to the truth, justice, reparation and non-repetition of the integral system that, in favor of peace, legitimize the regime of a nascent transitional justice to be, paradoxically, winners of the latter.

Keywords: Sex crimes, JEP, minors, peace, prevalence of rights.

Apartes de la Sentencia

Referencia: Expediente RPZ-010.

Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, «*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*».

Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

Bogotá D.C., 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018).

La Corte encuentra que esta disposición tiene por objeto maximizar dentro del SI-VRNR el componente de justicia en materia de delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes, lo cual, en principio, resulta plausible en cuanto pretende alcanzar importantes finalidades constitucionales relacionadas con la prevalencia del interés superior de niñas, niños y adolescentes, y su protección frente a la violencia sexual (art. 44 CP).

En efecto, la norma bajo estudio establece una medida que busca proteger a los menores de edad, en tanto sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos prevalentes en el ordenamiento jurídico interno, contra un tipo de agresión que afecta derechos fundamentales constitucionales de primer orden y, por lo mismo, se encuentra proscrita junto con otro tipo de violencias (art. 44 CP) [1199].

Sin duda, la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes resulta especialmente gravosa, debido a la multiplicidad y entidad constitucional de los derechos y bienes jurídicos lesionados. Por cuenta de su comisión, se vulneran o se amenazan numerosos derechos fundamentales, tales como: (i) el derecho a la vida y a la dignidad humana [1200], (ii) el derecho a una vida libre de violencias [1201]; (iii) para el caso de las niñas y adolescentes, el derecho a no ser objeto de discriminación en razón del género [1202], (iv) el derecho a la integridad personal [1203], entre otros.

Por tales razones, frente a la comisión de delitos sexuales, el Estado tiene la obligación de actuar con la mayor diligencia en su investigación, juzgamiento y sanción.

El legislador, por su parte, tiene la potestad para configurar los delitos sexuales y para establecer su punibilidad y agravantes, siempre que dicha libertad de configuración legislativa no conlleve a la impunidad. En desarrollo de esta libertad, en el ordenamiento jurídico penal existe una circunstancia del agravamiento punitivo en el numeral 4° de artículo 211 del Código Penal, por medio del cual se dispuso que las penas de los delitos sexuales se aumentarán en una tercera parte, cuando sean cometidos contra menores de 14 años de edad [1204].

No obstante lo anterior, como se expondrá a continuación, la disposición legal objeto de control resulta incompatible con el marco constitucional del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y, en particular, de la Jurisdicción Especial para la Paz como componente de dicho sistema, adoptado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017.

(i) Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto partes de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada.

De conformidad con el artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, se funda en tres principios básicos que le dan sentido y justificación dentro de nuestro ordenamiento constitucional, a saber: (i) reconocimiento de verdad plena sobre lo ocurrido; (ii) reconocimiento de responsabilidad por parte de todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; y (iii) satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

La integralidad del Sistema que mediante dicho Acto Legislativo se adoptó pretende que las distintas medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, ocurridas a lo largo del conflicto y, en consecuencia, contribuyan al esclarecimiento de la verdad del conflicto y a la construcción de la memoria histórica.

Por ello, como se advierte en el inciso quinto, los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto partes de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada, sino interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades.

Dentro de este marco general, uno de los paradigmas orientadores de la Jurisdicción Especial para la Paz es la aplicación de una justicia restaurativa «que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido», como expresamente lo dispone el inciso cuarto del artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017.

(ii) La JEP solo tiene competencia respecto de delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

El artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 dispone que es de competencia de la JEP conocer «de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos».

Por lo anterior, no cualquier hecho de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes cometido por personas sometidas a la JEP será de competencia de dicha jurisdicción. Solo lo serán aquellos que cumplan los requisitos de conexidad con el conflicto armado, conforme a los criterios vistos en la parte general de esta providencia [1205].

Por otra parte, resulta inadmisibles desconocer que la violencia sexual en general, y en particular la cometida contra niña, niño y adolescente, es una realidad de los conflictos armados en Colombia y en el mundo. Por su extrema gravedad, el ordenamiento jurídico obliga como norma inderogable, que sea judicializada, y por consiguiente debe ser incluida en los mecanismos de justicia transicional, pues ella no puede quedar en la impunidad.

Por ello, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contempla la violencia sexual, incluyendo la cometida contra menores de edad, como un crimen de guerra (art. 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). El Código Penal tipifica diversas modalidades de violencia sexual en el marco del conflicto armado. El título II sobre Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario tipifica el acceso carnal violento, los actos sexuales violentos, la esterilización forzada, el

embarazo forzado, la desnudez forzada, el aborto forzado, prostitución forzada, esclavitud forzada y trata de personas con fines de explotación sexual (arts. 138 a 141B del Código Penal). Todos estos delitos tienen tipos especiales o agravantes cuando son cometidos en persona protegida menor de catorce años (art. 140 del Código Penal).

En concordancia con esta prohibición absoluta de violencia sexual, especialmente la cometida contra niñas, niños y adolescentes, el artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 01 de 2017 previó que la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz «contará con un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual».

Debido a la gravedad de la situación de las niñas y niños en el marco de los conflictos armados, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas expidió la Resolución 1612 de 2005. En virtud de dicho instrumento, el Consejo de Seguridad supervisa anualmente, a través de informes por país, la situación respecto de los hechos que afectan a los niños en contextos de conflicto armado. La violencia sexual contra menores de edad fue incorporada en los informes anuales previstos en la Resolución 1612, en virtud de la Resolución 1539 del mismo Consejo de Seguridad [1206].

Dicho organismo también ha desarrollado una serie de instrumentos para poner fin a la violencia sexual en el marco de los conflictos armados a través de las Resoluciones 1820 de 2008, 1888 de 2009, 1960 de 2010 y 2106 de 2013, principalmente. El Secretario General de las Naciones Unidas ha formulado una definición amplia de violencia sexual en el conflicto armado, en los siguientes términos: «La expresión “violencia sexual relacionada con los conflictos” se utiliza para referirse a la violencia sexual que ocurre durante un conflicto, o en una situación posterior a un conflicto, que guarda una relación causal directa o indirecta con el propio conflicto. Esa relación puede demostrarse por hecho de que el autor sea parte beligerante; la proliferación y utilización de armas pequeñas y ligeras; el colapso del orden público; la militarización de sitios de actividad diaria como el acopio de combustibles y agua; las consecuencias transfronterizas como el desplazamiento y el tráfico de personas o el trastorno de la economía; la diseminación (a veces deliberada) del VIH; y la violencia dirigida contra minorías étnicas, religiosas u otras minorías o poblaciones en territorios disputados con objeto de obtener ventajas económicas, militares o políticas, incluso en violación de un acuerdo de cesación del fuego» [1207].

La Corte Constitucional, por su parte, también ha constatado la ocurrencia de violencia sexual en el conflicto armado interno, incluyendo aquella cometida contra niña, niños y adolescentes. Al observar que la situación de las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores desplazadas por el conflicto armado constituye una de las manifestaciones más críticas del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004, mediante Auto 092 de 2008, la Corte advirtió sobre los riesgos por razones de género a los cuales se encuentran expuestas las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores en condi-

ción de desplazamiento, entre los cuales identificó el riesgo de violencia sexual, como una situación fáctica alarmante que enfrentan las mujeres víctimas del conflicto armado. En este Auto, la Corte identificó en particular nueve (9) patrones fácticos, que dan cuenta de cómo estos crímenes sexuales contra mujeres, niñas y adolescentes han sido perpetrados por todos los actores del conflicto de manera: «[...] habitual, extendida y sistemática[...]» [1208].

Posteriormente, mediante Auto 009 de 2015 esta Corte constató que la violencia sexual sigue siendo un riesgo de género para las mujeres en el marco del conflicto armado interno y que, el desplazamiento forzado por la violencia persiste como una expresión de la discriminación y las violencias de género que se viven en el territorio. Observó la persistencia de casos de violencia sexual perpetrados por actores armados que incluyen actos de tortura física y psicológica, algunos con el posterior asesinato de la víctima, actos de ferocidad y barbarie sexual; violaciones, abusos y acosos sexuales individuales por parte de los actores armados, mediante secuestros, retenciones o intromisiones abusivas durante largos períodos de tiempo, prácticas de planificación reproductiva forzada, esclavización, explotación y prostitución sexual forzada, embarazos y abortos forzosos, así como el contagio de enfermedades de transmisión sexual. Igualmente, la Corte fue informada de posibles afectaciones de género con connotación sexual contra mujeres, niñas y adolescentes, principalmente indígenas, alrededor de explotación minera en algunas zonas del país. Varias organizaciones de mujeres han documentado casos de prostitución, afectaciones graves a la salud sexual y reproductiva, contagio de enfermedades de transmisión sexual como el VIH-SIDA, embarazos no deseados en niñas y adolescentes, abortos espontáneos o voluntarios sin las condiciones clínicas requeridas, acosos y hostigamientos sexuales.

Así las cosas, con el propósito de aportar elementos de interpretación constitucional a las autoridades judiciales y administrativas que deben decidir si un caso de violencia sexual se relaciona o no con el conflicto armado interno, y que al proceder a efectuar las correspondientes valoraciones del caso, se opte por la interpretación más protectora o garantista de los derechos de la víctima en caso de duda, la Corte estableció una presunción de relación cercana y suficiente entre el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado por la violencia y los actos violencia sexual cometidos contra las mujeres. Para que se configure esta presunción, basta con que presenten dos elementos objetivos: (i) la ocurrencia de una agresión sexual, y (ii) la presencia de actores armados —cualquiera que sea su denominación— en las zonas del país en las que ocurren estas agresiones.

En consecuencia, la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado es de competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz. Por ser uno de los hechos de mayor gravedad, conforme a lo dispuesto en el artículo transitorio 66 constitucional, así como en el artículo 19 del Proyecto de Ley bajo estudio,

la JEP podría decidir su priorización, en aras de contribuir a la pronta superación de la impunidad de estos graves hechos en el marco de la guerra.

En coherencia con lo anterior, resulta inconstitucional prever, como lo hace el artículo 146 del Proyecto de Ley, que cualquier tipo de delito sexual contra niñas, niños y adolescentes sea de competencia de la JEP, porque la jurisdicción solo tiene competencia para conocer de tales delitos cuando los mismos hayan sido «cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado». En cualquier caso, estos delitos no quedarán en la impunidad, pues serán judicializados, ya sea por la jurisdicción ordinaria —cuando no tengan relación con el conflicto armado— o por la JEP —cuando la tengan—.

(iii) Las sanciones de la JEP constituyen tratamientos especiales de justicia dirigidos a maximizar los derechos de las víctimas en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Como se ha dicho a lo largo de esta sentencia, la Jurisdicción Especial para la Paz, como mecanismo de justicia transicional, está orientada al cumplimiento de dos finalidades constitucionales esenciales. En primer lugar, garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, la justicia y la reparación [1209]. En segundo lugar, contribuir a la paz, es decir a la terminación del conflicto armado y a la no repetición de hechos tan graves como aquellos de los que trata el artículo 146 examinado (art. 66 transitorio CP e inciso primero del art. transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017).

Las sanciones previstas en la JEP hacen parte de un entramado de medidas que buscan maximizar los derechos de las víctimas en las condiciones reales de la transición. En efecto, tales sanciones, reguladas en el artículo transitorio 13 del Acto Legislativo, constituyen un incentivo para la terminación del conflicto y, al mismo tiempo, para la realización de los derechos de las víctimas.

Sobre el particular ha de tenerse en cuenta que las sanciones propias, alternativas y ordinarias que contempla la JEP no tienen fundamento exclusivo en la gravedad de los delitos a los que se les aplica. Como se sabe, los delitos de competencia de la jurisdicción especial son, por regla general, los delitos más graves, tales como crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio, y graves violaciones a los derechos humanos, entre ellas la violencia sexual contra los niños. Es decir, estas sanciones son aplicables respecto de hechos no amnistiables: para hechos de extrema gravedad en el ámbito del derecho constitucional e internacional.

El fundamento de las sanciones no es entonces exclusivamente la proporcionalidad con la gravedad del hecho, pues dicha proporcionalidad se establece también en relación con el grado de reconocimiento y verdad y responsabilidad: «las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la

paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento y verdad y responsabilidad» (art. transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017).

Así las cosas, si bien por fuera de un proceso de justicia transicional las mencionadas sanciones no cumplirían estándares de proporcionalidad y podrían ser consideradas como medios de impunidad, en el marco de la justicia transicional, en cuanto tratamiento de justicia condicionado, la proporcionalidad de las mismas se establece en relación con los objetivos constitucionales que buscan satisfacer: verdad, justicia y reparación.

Es de resaltar además, que las sanciones propias o restaurativas deben cumplir estándares de sanción efectiva, es decir que, a la vez que están orientadas a la restauración del daño, deben implicar restricciones efectivas de derechos y libertades, supervisadas estrictamente por la JEP [1210].

La norma objeto de control, en consecuencia, al prohibir la aplicación del tratamiento penal especial en relación con los delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes, cometidos en el marco del conflicto, desincentiva la contribución a la verdad y el reconocimiento de responsabilidad por parte de los responsables, afectando los objetivos del sistema, en general, y de la jurisdicción especial, en particular. Tal como esta Corte ha señalado en otras oportunidades [1211], los delitos sexuales perpetrados por actores armados en el marco del conflicto armado, y especialmente contra niñas, niños y adolescentes, presentan un bajo nivel de confesión por sus autores y son poco denunciados por sus víctimas, debido al temor a represalias por parte de los perpetradores, la estigmatización social y las barreras institucionales de acceso a la justicia.

Adicionalmente, en virtud del artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP solo puede aplicar las sanciones que prevé dicha norma constitucional:

«Las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final» (art. transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017) (negrillas fuera de texto).

En consecuencia, el legislador estatutario carecía de competencia para regular las sanciones a imponer por la JEP, a «cualquier tipo de delito sexual contra Niños, Niñas o Adolescentes» (art. 146 del Proyecto de Ley), pues la JEP solo puede imponer las sanciones del artículo transitorio 13, y solo respecto de delitos «cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado» (arts. Transitorios 5 y 6 del Acto Legislativo 01 de 2017).

Por las razones expuestas, se declarará la inconstitucionalidad del artículo examinado. (...).

Salvamento y aclaración parciales de voto de la magistrada Gloria Stella Ortíz Delgado

1. Con el acostumbrado respeto, me aparto parcialmente del fallo de la Corte en algunos puntos. En particular discrepo de su decisión con respecto a los artículos 5, 14, 15, 91, 100, 104, 112.7, 114.3, 120 y 146. Del mismo modo, me permito separarme de los razonamientos de la posición mayoritaria con respecto a los artículos 19.5 y 153 del proyecto de ley de la referencia.

Teniendo en cuenta que son varias normas y argumentos, me referiré a cada disposición por separado. En primera medida expondré mis argumentos para salvar el voto en cada caso y posteriormente explicaré mis razones para aclarar el voto respecto de lo dicho en la sentencia en las normas referidas.

Salvamento de voto en relación con el artículo 146.

57. El artículo 146 se ajustaba plenamente a la Constitución, pese a lo cual fue declarado inexecutable. Su texto era el siguiente:

«Artículo 146. Las sanciones a las que se hace referencia en el Título IX de la presente ley no serán aplicables a quienes hayan cometido cualquier tipo de delito sexual contra Niños, Niñas o Adolescentes.

A los infractores a los que se hace referencia en el inciso anterior se les aplicarán las penas y sanciones contempladas en la Ley 599 de 2000 o la que haga sus veces, y no procederán ninguna clase de beneficios o subrogados penales, judiciales y o administrativos, incluyendo los que se consagran en la presente ley».

La mayoría consideró que la norma era inconstitucional, al oponerse a las condiciones de aplicación del SIVJRNR de que trata el Acto Legislativo 1 de 2017, cuyo artículo 13 transitorio prevé que la JEP solo puede aplicar las sanciones propias, alternativas u ordinarias reguladas en la misma enmienda constitucional, sanciones que a su vez deben imponerse de conformidad con los «numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2. del Acuerdo Final».

La sentencia destaca tanto el lugar central que tiene la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el orden constitucional, así como las reglas fijadas en el derecho internacional e interno, para reconocer el carácter prevalente de sus derechos, la obligatoriedad de investigar y sancionar los delitos en su contra, al igual que advierte que en diversos escenarios se entiende la violencia sexual como crimen de guerra recurrente en los conflictos armados. Sin embargo, encontró que la medida es inconstitucional, puesto que: (i) existe una norma constitucional que impide a la JEP imponer sanciones

diferentes a las contempladas para el sistema, restricción que es desconocida por la disposición analizada, la cual remite a las penas ordinarias previstas en el Código Penal; (ii) eliminar la imposición de las sanciones vinculadas a la justicia transicional crea un desincentivo para que los responsables de tan graves conductas comparezcan a la JEP, lo que incide en aumentar el riesgo de impunidad y, (iii) los diferentes mecanismos y medidas de verdad, justicia y reparación no pueden considerarse de manera aislada, sino con carácter integral y de cara a la necesidad de maximizar los derechos de las víctimas en el marco del SIJVRNR.

58. Con plena convicción considero que la Corte se equivocó al expulsar del ordenamiento jurídico la norma que buscaba otorgar plenas garantías de justicia a las víctimas más débiles del conflicto. Las razones que sustentan mi posición son las siguientes:

El problema jurídico que correspondía a la Corte determinar era establecer si el legislador estatutario tenía competencia para excluir de las penas propias del SIJVRNR a los autores de delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes? Cabe advertir que la norma no excluía del sistema, ni dejaba a los excombatientes fuera de la jurisdicción especial para la paz; se limitaba a disponer la punibilidad de los delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes, de ahí que su marco de comparación estaba limitado a la verificación de reglas constitucionales que fijen directamente las penas a imponer a los beneficiarios de la justicia transicional por este tipo de delitos y no a otro tipo de cuestiones que la sentencia se ocupó para evadir el que considero es el verdadero problema constitucional.

Para responder ese interrogante y, sobre todo para efectuar el cotejo entre el proyecto de ley y la Constitución, la sentencia inició su análisis preguntándose si este tipo de delitos pueden calificarse como conductas asociadas al conflicto? Sin duda, la competencia de la jurisdicción especial para la paz, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017, está referida a «los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado». Luego, lo primero que debe resolverse es si los delitos de que se ocupaba este artículo 146 tenían vínculo con el conflicto. Es claro que la justicia transicional se justifica como instrumento de pacificación en tanto que pretende poner punto final a la guerra; es una herramienta indispensable para facilitar la terminación del conflicto y constituye uno de los aspectos más importantes para generar confianza en un futuro de paz. Es por ello que las garantías de favorabilidad de la justicia transicional no pueden beneficiar situaciones disociadas del conflicto.

59. Parecería que muy pocas conductas de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes pueden cometerse por causa, con ocasión o tener relación con el conflicto con las FARC, pues su marco de acción obedece a lógicas distintas y se ocupan de cuestiones muy distantes a las posiciones políticas, económicas y sociales sostenidas por los combatientes que se beneficiaron del Acuerdo Final.

Entonces, si las razones individuales del perpetrador de este tipo de crímenes atroces no están o son dudosamente relacionadas con el conflicto, bien podía el legislador estatutario excluir de los beneficios punitivos de la justicia transicional a estos autores. Parecería lógico inferir que la violencia sexual contra menores de edad no es un delito amparado por los beneficios de la justicia transicional porque no se relaciona con el conflicto. Por ello, la sentencia debió, cuando menos, condicionar la constitucionalidad de la norma para dejar a salvo la clara competencia de la justicia ordinaria para aplicar sanciones comunes a delincuentes de violencia sexual contra menores de edad cuando no se cumpla la conexidad con el conflicto, pese a lo cual no lo hizo.

60. Con todo, como lo sostiene la ponencia, la justicia transicional solo ampara «los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado», razón por la que, si en el caso concreto, se determina que eso no se cumple, sencillamente el delincuente no será beneficiario del SIJVRNR y su conducta debe regirse por las reglas de la jurisdicción ordinaria (juez, sanciones, subrogados y condiciones ordinarias). Eso es cierto y, en caso de que así se determine, la JEP debe remitir el asunto a la justicia ordinaria para su investigación, juzgamiento y sanción.

Sin embargo, ese no es el supuesto regulado por la norma objeto de estudio, pues el Legislador reconoce que, dado el grado de degradación al que llegó el conflicto colombiano, existieron casos en los que se utilizó el cuerpo de los niños, niñas y adolescentes como arma de guerra. En estos casos en los que puede existir una relación con el conflicto, el Legislador encontró válido excluir de los beneficios punitivos de la justicia transicional a este tipo de conductas, en consideración de la especial prevalencia constitucional que tienen los bienes jurídicamente protegidos. Es precisamente en ese punto en el que considero que la Corte se equivocó al concluir su inconstitucionalidad, pues las razones en que se apoyó no son convincentes y contrarían su propia jurisprudencia que ha reconocido el carácter prevalente de los derechos de los niños y niñas en Colombia. Veamos:

61. Al interpretar el artículo 13 transitorio, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2017, la Corte concluyó que las únicas sanciones imponibles en la jurisdicción especial para la paz son las propias, alternativas u ordinarias, previstas en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del subpunto 5.1.2. del acuerdo final, de ahí que imponer penas que superen esas sanciones como las previstas en la Ley 599 de 2000, contradice la Constitución.

Salta a la vista que la conclusión de la Corte desconoce su propia jurisprudencia, la cosa juzgada constitucional contenida en la sentencia C-630 de 2017 y el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2017, en tanto que es claro que el Acuerdo Final carece de valor normativo propio, no surtió proceso alguno de control de constitucionalidad y, adicionalmente, sus previsiones deben ser en cualquier caso ponderadas con los imperativos constitucionales y particularmente con los derechos de los sujetos de especial protección.

62. Son muchas las oportunidades [1430] en las que la Corte Constitucional ha aclarado que el Acuerdo Final - AF no tiene fuerza normativa, pues corresponde a un documento político, fruto de la negociación con las FARC-EP, que puede tener vocación normativa en tanto se implemente como norma jurídica exigible. Al respecto, la Corte dijo que el AF «debe obligatoriamente comprenderse como una decisión del ejecutivo que contiene una política pública carente de naturaleza normativa autónoma, la cual solo adquirirá en razón de un proceso de implementación, en todo caso posterior y basado en el acatamiento de las previsiones constitucionales sobre producción de normas jurídicas». [1431]

Por sí mismo, el Acuerdo Final no obliga. Luego, no es claro como la Corte confronta el contenido de un documento político con el proyecto de ley materia de debate y, más grave, retira del ordenamiento jurídico una disposición por contradecir las reglas fijadas en el AF. Entonces, si el acuerdo es un documento político la Corte no podía derivar de su contenido la vulneración de la Constitución que declaró.

63. Ahora bien, si concluimos que las sanciones referidas en el AF se implementaron normativamente al expedirse el Acto Legislativo 01 de 2016 y, por esa razón, realmente se confrontaba la Constitución y una ley, también llegamos a la conclusión que la norma objeto de control se ajustaba a la Carta Política. En efecto, el acercamiento referido podría aceptarse si el contenido del AF se hubiese incorporado al ordenamiento jurídico mediante el procedimiento democrático señalado en la Constitución y hubiese tenido control constitucional, pero eso no sucedió.

Como documento de política pública dirigido a conseguir la paz estable y duradera, en torno a las sanciones a imponer en justicia transicional, el Acuerdo no podía constituir parámetro de constitucionalidad que invalide la ley. No debemos olvidar que la sentencia C-630 de 2017, declaró exequible la expresión «validez» del artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2017, con la salvedad de que debía entenderse en el sentido de que el AF constituye parámetro de control para su implementación. Ni en esa sentencia, ni en ninguna, la Corte Constitucional entró a realizar el control de constitucionalidad de las sanciones impuestas en justicia transicional a los autores de los delitos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes. De hecho, tampoco hubo el mínimo debate en el Congreso de la República cuando se estaba expidiendo el acto legislativo que remitió al AF para efectos de señalar la punibilidad en la JEP, en relación con los delitos de violencia sexual contra menores de edad. En consecuencia, es claro que esos apartes del AF (los que fijan las penas) no fueron incorporados al ordenamiento jurídico colombiano como norma vinculante.

64. De otra parte, debo advertir que tampoco comparto el argumento de la sentencia al señalar que la necesidad de maximizar los derechos de las víctimas en el marco del SI-JVRNR exigían disminuir a su mínima expresión la pena en todos los casos de violencia sexual contra menores de edad.

La Sala olvidó que el proceso de paz colombiano decidió adelantarse y ejecutarse de conformidad con la Constitución, de ahí que toda regla normativa que obligue a las partes debía ser ejercida por los canales constitucionales y debía respetar en su contenido las normas superiores.

Como sucede con cualquier otra norma constitucional, su interpretación debe ir más allá de su sentido gramatical, por lo que debe hacerse de manera sistemática y finalística, particularmente conforme con los objetivos principales de la Constitución. Al respecto, la misma sentencia C-080 de 2018 reconoce que dentro de esos objetivos está la protección prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se ven gravemente afectados por los delitos de violencia sexual contra estos, acaecidos en el marco del conflicto armado.

65. En el caso analizado, el control de constitucionalidad no podía desconocer las normas superiores que imponen al Legislador el deber de proteger de manera prevalente los derechos de niños, niñas y adolescentes. De allí que considere que se está ante una válida decisión de política criminal por parte del Congreso, cuando se concluye que el interés superior de las niñas y niños exige fortalecer el componente de justicia frente a los delitos de violencia sexual, a través de la aplicación de las penas previstas en el régimen ordinario. Esto bajo el entendido de que no solo se está ante una expresión constitucional de la competencia del Congreso, sino también que esa instancia está investida de la legitimidad democrática para definir qué conductas resultan más reprobables al interior de la sociedad.

66. Así pues, cuando se ejerce el control constitucional automático, los artículos 241 de la Constitución y 22 del Decreto 2067 de 1991, le exigen a la Corte confrontar las normas objeto de estudio con toda la Constitución, por lo que, en todos los casos, deban ser ponderados todos los imperativos constitucionales y particularmente tener presentes los derechos de los sujetos de especial protección constitucional como el derecho prevalente de los niños a no ser maltratados, a la integridad física y a ser protegidos de todas las formas de violencia, entre otros (artículo 44 superior).

En el caso analizado, se está ante una válida decisión de política criminal por parte del Legislador, cuando se concluye que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes exige del Legislador la adopción de medidas normativas dirigidas a desestimar la violencia sexual contra ellos.

En conclusión, incluso si se llegase a considerar, como lo hace la mayoría, que del artículo 13 transitorio, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2017, se deriva una restricción al Legislador para que las sanciones imponibles por la JEP sean únicamente las allí previstas, en todo caso esa previsión debe analizarse de manera sistemática con las demás normas constitucionales, entre ellas las que le dan valor prevalente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A partir de estas normas puede encontrarse sustento suficiente para que el Congreso, en ejercicio de su competencia de producción legislativa, determine

un ámbito reforzado del contenido de índole retributiva para estos graves delitos, excluyéndolos de las penas propias del SIVJRNR.

67. Finalmente, tampoco encuentro que la mayoría tuviese razón al entender que la inconstitucionalidad de la norma derive de la necesidad de incentivar el logro de la verdad respecto de las circunstancias en que se cometieron los crímenes mencionados, pues la considero claramente insuficiente e inclusive contradictoria. En efecto, la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes genera un altísimo reproche social, que opera, por efectos de la vergüenza, paradójicamente como desincentivo para su voluntario reconocimiento por parte de los perpetradores, incluso al margen de la disminución en la sanción penal o la imposición de las penas propias del SIVJRNR.

Por ende, la aplicación del régimen ordinario carece, en el presente caso, de un alcance tal que incida en la definición de la verdad histórica sobre lo sucedido. Esto, más aún si se tiene en cuenta que dicha verdad no recae necesariamente sobre la identidad específica de cada victimario, sino sobre la definición de los patrones fácticos generales que dieron lugar a la violencia sexual contra menores de edad.

68. Adicionalmente, encuentro que la posición de la mayoría en este caso tiende a considerar que los fines restaurativos y reparadores para los derechos de las víctimas se concentran única y exclusivamente dentro del SIVJRNR, por lo que la imposición de las penas del régimen penal ordinario solo tiene una finalidad retributiva. Esta visión, como es apenas evidente, desconoce los fines de la sanción penal, así como el desarrollo jurisprudencial que ha otorgado a los derechos de las víctimas un lugar central en el proceso penal.

En ese sentido, lo que hace la sentencia es crear una falsa dicotomía entre la restauración de los derechos de las víctimas, solo posible en el ámbito del SIVJRNR, y la imposición de sanciones penales ordinarias, esencialmente retributivas. Esto sobre el desconocimiento que los fines reparadores y restauradores de los derechos de las víctimas son objetivos incuestionables tanto la justicia transicional como en la ordinaria, puesto que tienen la condición de derechos fundamentales exigibles al margen de la naturaleza del trámite judicial en el que se hagan exigibles [1432].

Advierto, en ese sentido, que la decisión de la Corte no solo desconoció la voluntad democrática que pretendía proteger a los menores de edad víctimas de violencia sexual, sino que además deja sin amparo suficiente a quienes de acuerdo con la Constitución son titulares de los derechos fundamentales prevalentes en Colombia.

El hecho de que el Acuerdo Final no hubiese determinado la punibilidad con base en la gravedad de las conductas, no impedía que el Legislador lo hubiere valorado y como consecuencia de ello, lo reprochase como una de las conductas que deben ser severamente sancionadas también con la terminación del conflicto. Los delitos de violencia sexual contra niños y niñas no constituyen infracciones comunes del derecho penal, sino que

son graves violaciones a los derechos, respecto de las cuales existe un consenso universal sobre la obligatoriedad de su investigación y sanción. Por ende, bien podía el Congreso establecer condiciones diferenciadas sobre su punición, como lo hizo a través de la norma que la Corte declaró inexecutable.

69. Hasta aquí las razones para separarme de la parte resolutive de la decisión y de la motiva que incidió directamente en la decisión. Procedo ahora a exponer razones de disenso únicamente con la motivación.

Comentario

El Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, «Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz», siguiendo el trámite legislativo propio de este tipo de Leyes según lo establecen los artículos 153 y 241 numeral 8 de la Constitución Política y 208 numeral 2 de la Ley 5ª de 1992, fue objeto de estudio previo y automático por parte de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, cuyos apartes anteceden a este comentario.

Esa decisión declaró la inconstitucionalidad de los artículos: 19, 20, 21, 22, 32, 34, 36, 41, 42, 43, 45, 46, 49, 52, 55, 57, 62, 63, 71, 79, 80, 82, 83, 85, 86, 88, 91, 93, 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 109, 110, 112, 114, 125, 146, 148, 152, 153 y 157, la mayoría de ellos de forma parcial y otros de manera condicionada, con excepción del artículo 146 que fue el único declarado abiertamente inconstitucional por lo cual fue excluido en su integridad del Proyecto de Ley, que a la postre se convirtió en derecho positivo (L. 1957/2019).

Lo anterior, generó un gran debate político y jurídico en la sociedad colombiana —ya polarizada frente a los temas propios del proceso de paz y en lo referente a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)—, lo cual llevó a doctores, académicos, e incluso al Fiscal General de la Nación, a hacer algunos reparos al entender que la providencia permitía, *grosso modo*, lo siguiente: en primer lugar, a que las personas reinsertadas que cometan delitos de ejecución permanente con posterioridad a la entrada en vigencia del

acuerdo de paz, esto es, a partir del primero de diciembre del 2016, no puedan ser procesadas por la jurisdicción ordinaria y, además, en segundo lugar, a que la reincidencia en los delitos de tráfico de drogas ilegales y secuestro no implique la pérdida de los beneficios propios de este sistema de justicia.

En tercer lugar, que la jurisdicción ordinaria pierda la facultad de investigar actos relacionados con el conflicto, aun cuando no exista ningún pronunciamiento por parte de la JEP ni de su Sala de Reconocimiento de Verdad y Verificación; en cuarto lugar, que se produzca impunidad para perpetradores de delitos de guerra que no sean máximos responsables limitando, además, el control del Alto Comisionado de Paz respecto a las listas de las personas que pretenden someterse ante esta jurisdicción. También, en quinto lugar, que los derechos de las víctimas y sus garantías se vean afectados y restringidos; y, que finalmente, en sexto lugar, los delitos sexuales cometidos en el marco del conflicto a menores se deban entender como conexos al conflicto y por ende sean competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En respuesta a lo anterior, el presidente de la República —con base en las facultades de los artículos 197 y siguientes de la Ley 5 de 1992— decidió presentar algunas objeciones al Proyecto de Ley devolviéndolo, según el trámite legal, al Congreso en donde fueron rechazadas. Las objeciones presentadas se fundaban en la inconveniencia del Proyecto enfocándose en: (i) las limitaciones para la reparación integral de las víctimas (art. 7°); (ii) la judicialización de los máximos responsables de crímenes internacionales (art. 19, parág. 2); (iii) la preservación de las facultades ejecutivas en futuras negociaciones de paz (inciso 8 del artículo 63); (iv) la parálisis de la jurisdicción ordinaria (art. 79. lit. j), y, (v) los obstáculos a la extradición (arts. 150 y 153). El gobierno señaló, además, que frente a los problemas estructurales resultantes de la competencia para la investigación y judicialización de responsables de delitos sexuales en contra de menores presentaría un proyecto de reforma (Cancillería de Colombia, 2019). Al respecto, cabe resaltar que sobre este asunto ya se había presentado en el Congreso en 2018 el Proyecto de Acto Legislativo 144, el cual fue archivado por cambio de legislatura.

Con todo, puede decirse que son muchas y muy diversas las problemáticas que suscita el pronunciamiento de la Corte Constitucional; sin embargo, y dada su importancia, las líneas ulteriores se enfocan en el análisis sobre la declaratoria de inconstitucional del artículo 146 el único que, como ya se dijo, quedó excluido en su totalidad del Proyecto y en el cual se contemplaba la prohibición de aplicación de penas propias de la Jurisdicción Especial para la Paz a los delitos sexuales cometidos en contra de los menores.

A tal efecto, se destina —en primer lugar— un acápite a la presentación del artículo 146 y al desarrollo legislativo del mismo para, con posterioridad, en segundo lugar, exponer los principales argumentos que determinaron la exclusión de la norma derivada de su inconstitucionalidad y los motivos por los cuales se presentó un salvamento de voto al respecto. En tercer lugar, se aborda el principio del interés superior del menor desde su conceptualización, alcance y desarrollo jurisprudencial porque este, como mandato internacional y constitucional, debió ser, qué duda cabe, el orientador del análisis hecho por la Corte.

Adicional a ello, y en gracia de discusión, en cuarto lugar se admite la igualdad de entidad de los principios enfrentados por la Corte para así poder, en quinto lugar, determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la ponderación hecha por ese Tribunal; en sexto lugar, se señalan las razones por las cuales se considera que la decisión va en contra de la política criminal que el Estado colombiano ha edificado durante los últimos años en relación con la violencia sexual en contra de niños y adolescentes. Finalmente, en séptimo y último lugar, se presentan las conclusiones y se hace una relación de las fuentes consultadas.

El artículo 146 del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, «Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz»

Según puede verse en la publicación oficial —Gaceta No. 626— el artículo 146 no se encontraba en el proyecto publicado para ser discutido en pri-

mer debate (Congreso de la República, 2017); no obstante, aparecen algunas constancias y proposiciones encaminadas a introducir un trato diferenciado frente a las conductas constitutivas de agresiones sexuales. Así, ya en el informe de ponencia para segundo debate en el Senado —Gaceta No. 971—, se indicó que los delitos de violencia sexual tenían que atender a deberes especiales de diligencia, no revictimización, asistencia jurídica gratuita, medidas de protección especiales para la vida, la integridad y la seguridad de las víctimas, protección a la salud mental y física, respeto a la privacidad e intimidad, y, por supuesto, de los demás mecanismos que permitieran hacer efectivos los derechos de estas víctimas (Congreso de la República, 2017a).

Así las cosas, el artículo en estudio solo aparece incorporado en el debate en la plenaria de Senado y es acogido también por la plenaria de la Cámara con modificaciones en la redacción. Posteriormente, la sesión conjunta de las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, que tuvo lugar el 9 de octubre de 2017 —Gaceta No. 1082—, abre el debate sobre el texto de este artículo limitando la discusión a la finalidad esencial de las sanciones encaminadas a satisfacer los derechos de las víctimas y la necesidad de entender a los menores como sujetos de derechos con protección reforzada, según lo establecido en el artículo 44 superior (Congreso de la República, 2017b). Por tal razón en las publicaciones oficiales que contienen el informe de la conciliación y, por ende, el texto definitivo del Proyecto de Ley Estatutaria, según puede verse en las Gacetas No. 118, Cámara, y 1109, Senado, atendía a la siguiente redacción:

Artículo 146. Las sanciones a las que se hace referencia en el Título IX de la presente ley no serán aplicables a quienes hayan cometido cualquier tipo de delito sexual contra Niños, Niñas o Adolescentes. A los infractores a los que se hace referencia en el inciso anterior se les aplicarán las penas y sanciones contempladas en la Ley 599 de 2000 o la que haga sus veces, y no procederán ninguna clase de beneficios o subrogados penales, judiciales y o administrativos, incluyendo los que se consagran en la presente ley (Congreso de la República, 2017c).

El análisis de constitucionalidad del artículo 146 en la Sentencia y su salvamento de voto

Este artículo y los demás que constituían el cuerpo normativo del Proyecto de Ley Estatutaria fueron analizados por la Corte Constitucional mediante el control previo, oportunidad en la cual —con excepción del salvamento de voto— se encontró el texto abiertamente inconstitucional.

Los principales argumentos esgrimidos para su declaratoria de inexecutable fueron los siguientes: Para la Corte esta disposición tiene por objeto maximizar dentro del Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y Garantía de No Repetición (SIVJRNR) la protección de las víctimas de los delitos sexuales contra niños y adolescentes, porque «resulta plausible en cuanto pretende alcanzar importantes finalidades constitucionales relacionadas con la prevalencia del interés superior de niñas, niños y adolescentes, y su protección frente a la violencia sexual (art. 44 C. P.)» (Sent. C-080/2018, CConst, con. 1). Adicional a ello, ese organismo reconoce en la medida una finalidad de protección a los menores de edad «en tanto sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos prevalentes en el ordenamiento jurídico interno, contra un tipo de agresión que afecta derechos fundamentales constitucionales de primer orden, haciendo referencia a la lesividad de la violencia sexual contra niño y adolescentes debido a la multiplicidad y entidad constitucional de los derechos y bienes jurídicos menoscabados». No obstante, encuentra que la disposición resulta incompatible con el marco constitucional del SIVJRNR y, en particular, de la Jurisdicción Especial para la Paz como componente de dicho sistema, que fue adoptado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017.

Esto último, por varias razones: En primer lugar, porque la medida afectaría la integralidad del sistema pues de conformidad con el artículo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2017, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, se funda en tres principios básicos: por una parte, el reconocimiento de verdad plena sobre lo ocurrido; por otra, el reconocimiento de responsabilidad por parte de todos los que participaron

de manera directa o indirecta en el conflicto; y, finalmente, la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, por cuanto:

[el] Sistema que mediante dicho Acto Legislativo se adoptó pretende que las distintas medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, ocurridas a lo largo del conflicto y, en consecuencia, contribuyan al esclarecimiento de la verdad del conflicto y a la construcción de la memoria histórica. Por ello, como se advierte en el inciso quinto, los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto partes de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada, sino interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el *reconocimiento de verdad y responsabilidades* (Sent. C-080/2018, CConst., con. 1).

Por lo anterior, entiende la Corte que —respecto a los delitos sexuales en contra de los menores— estos deben ser conocidos por la Jurisdicción Especial para la Paz y la protección a las víctimas debe darse a través de ella, pues, como parte de la aplicación de una justicia restaurativa, es la que de forma preferente

[...] busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido (Sent. C-080/2018, CConst., con. 1).

En segundo lugar, señala que los delitos sexuales en contra de niños y adolescentes son cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y en tal orden de ideas la JEP es quien tiene competencia sobre esos delitos. Sin embargo, indica que quedan excluidos de esta Jurisdicción aquellos que no se cometieron en conexidad con el conflicto en los términos del artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2017 según el cual la JEP conoce:

[...] de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. (Acto Legislativo 01 de 2017, art. 05).

Al respecto, aclara que no cualquier hecho de violencia sexual contra niños y adolescentes cometido por personas sometidas a la JEP es de competencia de dicha jurisdicción, pues solo son los que cumplan con el requisito de conexidad con el conflicto armado, dado que:

[...] resulta inadmisibles desconocer que la violencia sexual en general, y en particular la cometida contra niñas, niños y adolescentes, es una realidad de los conflictos armados en Colombia y en el mundo. Por su extrema gravedad, el ordenamiento jurídico obliga como norma inderogable, que sea judicializada, y por consiguiente debe ser incluida en los mecanismos de justicia transicional, pues ella no puede quedar en la impunidad. (AL 01/2017, art. 05).

Por ello, con el fin de determinar la conexidad entre la agresión sexual en contra de un menor y el conflicto armado, la Corte estableció una presunción de relación cercana y suficiente entre el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado por la violencia y los actos de violencia sexual al indicar que: para que se configure esta presunción, basta con que se presenten dos elementos objetivos: por una parte, la ocurrencia de una agresión sexual, y por otra, la presencia de actores armados —cualquiera que sea su denominación— en las zonas del país en las que ocurren estas agresiones. Es más, para concluir sobre este aspecto, señaló:

[...] en consecuencia, la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado es de competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz. Por ser uno de los hechos de mayor gravedad, conforme a lo dispuesto en el artículo transitorio 66 constitucional, así como en el artículo 19 del Proyecto de Ley bajo estudio, la JEP podría decidir su priorización, en aras de contribuir a la pronta superación de la impunidad de estos graves hechos en el marco de la guerra (Sent. C-080/2018, CConst., con. 1).

En tercer lugar, encuentra que la norma no se adecúa a la Constitución por desconocer las finalidades constitucionales esenciales de las sanciones contempladas en la JEP como lo son: tanto el garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, la justicia y la reparación, como, el contribuir a la paz, es decir, a la terminación del conflicto armado y a la no repetición de hechos tan graves; por ello, complementa lo siguiente:

El fundamento de las sanciones no es entonces exclusivamente la proporcionalidad con la gravedad del hecho, pues dicha proporcionalidad se establece también en relación con *el grado de reconocimiento y verdad y responsabilidad*: «las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, *siempre en relación con el grado de reconocimiento y verdad y responsabilidad*» (AL 01/2017, art. 13).

Así las cosas, para la Corte si bien por fuera de un proceso de justicia transicional las mencionadas sanciones no cumplen los estándares de proporcionalidad y son medios de impunidad, en el marco de la justicia transicional —en cuanto tratamiento de justicia condicionado— la proporcionalidad de las mismas se establece en relación con los objetivos constitucionales que buscan satisfacer la verdad, la justicia y la reparación. Adicional a ello, advierte que debe tenerse en cuenta que delitos como los examinados son perpetrados por actores armados en el marco del conflicto armado, lo cual lleva a que por miedo a represalias o a la estigmatización social las víctimas no denuncien. Concluye, entonces, la providencia que frente a los delitos sexuales en mención el legislador estatutario no tenía competencia para determinar las sanciones a imponer por parte de la JEP, porque en esta Jurisdicción solo se pueden imponer las sanciones del artículo transitorio 13 cuando se tratare de conductas «cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado» (AL 01/2017, art. 13).

De la decisión mayoritaria se aparta la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado por entender, y con razón, que el artículo 146 se ajustaba plenamente a la Constitución, y, en tal medida, resultaba errónea la decisión de la mayoría, esto, por cuatro razones: la primera, porque no puede —en ningún

caso— entenderse que ese tipo de delitos puedan ser considerados como conexos al conflicto armado pues los mismos atienden a razones individuales de quien los comete sin que se relacionen con las condiciones políticas, económicas o sociales, pretendidas por el conflicto; en efecto:

Parecería que muy pocas conductas de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes pueden cometerse por causa, con ocasión o tener relación con el conflicto con las FARC, pues su marco de acción obedece a lógicas distintas y se ocupan de cuestiones muy distantes a las posiciones políticas, económicas y sociales sostenidas por los combatientes que se beneficiaron del Acuerdo Final. Entonces, si las razones individuales del perpetrador de este tipo de crímenes atroces no están o son dudosamente relacionadas con el conflicto, bien podía el legislador estatutario excluir de los beneficios punitivos de la justicia transicional a estos autores. Parecería lógico inferir que la violencia sexual contra menores de edad no es un delito amparado por los beneficios de la justicia transicional porque no se relaciona con el conflicto. Por ello, la sentencia debió, cuando menos, condicionar la constitucionalidad de la norma para dejar a salvo la clara competencia de la justicia ordinaria para aplicar sanciones comunes a delincuentes de violencia sexual contra menores de edad cuando no se cumpla la conexidad con el conflicto, pese a lo cual no lo hizo (SVoto M.P G. Ortiz Acto Legislativo 01 de 2017, art. 13).

La segunda, porque la Corte desconoce su propia jurisprudencia al darle mayor valor normativo a los lineamientos del Acuerdo Final, por encima de la misma Constitución, cuando esa Corporación en diversos pronunciamientos estableció que el Acuerdo carece de valor normativo propio a cuyo efecto cita, entre otras, la sentencia C-630 de 2017 y señala:

[...] es claro que el Acuerdo Final carece de valor normativo propio, no surtió proceso alguno de control de constitucionalidad y, adicionalmente, sus previsiones deben ser en cualquier caso ponderadas con los imperativos constitucionales y particularmente con los derechos de los sujetos de especial protección.

Adicionalmente, expresa:

Por sí mismo, el Acuerdo Final no obliga. Luego, no es claro como la Corte confronta el contenido de un documento político con el proyecto de ley materia de debate y, más grave, retira del ordenamiento jurídico una disposición por contradecir las reglas fijadas en el AF. Entonces, si el acuerdo es un documento político la Corte no podía derivar de su contenido la vulneración de la Constitución que declaró. En el caso ana-

lizado, el control de constitucionalidad no podía desconocer las normas superiores que imponen al Legislador el deber de proteger de manera prevalente los derechos de niños, niñas y adolescentes. De allí que considere que se está ante una *válida decisión de política criminal* por parte del Congreso, cuando se concluye que el interés superior de las niñas y niños exige fortalecer el componente de justicia frente a los delitos de violencia sexual, a través de la aplicación de las penas previstas en el régimen ordinario. (SVoto M.P G. Ortiz Acto Legislativo 01 de 2017, art. 13).

La tercera, toda vez que la exclusión de la norma por inconstitucionalidad no puede derivar de la necesidad de incentivar el logro de la verdad respecto de las circunstancias en que se cometieron los crímenes mencionados, pues esta razón resulta insuficiente e inclusive contradictoria. En efecto, la violencia sexual contra niños y adolescentes genera un altísimo reproche social que opera, por efectos de la vergüenza, paradójicamente como desincentivo para su voluntario reconocimiento por parte de los perpetradores, incluso al margen de la disminución en la sanción penal o la imposición de las penas propias del SIVJRNR.

La cuarta, en tanto la posición de la mayoría tiende a considerar que los fines restaurativos y reparadores para los derechos de las víctimas se concentran única y exclusivamente dentro de la JEP, por lo que la imposición de las penas del régimen penal ordinario solo tiene una finalidad retributiva. Esta visión desconoce, entonces, tanto los fines de la sanción penal como el desarrollo jurisprudencial que otorga a los derechos de las víctimas un lugar central en el proceso penal.

Así las cosas, expuestos entonces los principales argumentos que determinaron la exclusión de la norma dada de su inconstitucionalidad y los motivos por los cuales se presentó un salvamento de voto, las siguientes líneas se dedican al principio del interés superior del menor que —como mandato internacional— debió ser sin ninguna duda el orientador del análisis hecho por la Corte pero que, como pudo verse, fue omitido haciendo apenas una tímida referencia al artículo 44 superior al inicio del estudio de constitucionalidad.

Aproximación al principio del interés superior del menor y su desarrollo jurisprudencial

Colombia, en 1945, se incorpora en calidad de miembro fundador a la Organización de las Naciones Unidas adhiriéndose a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Un año después, en 1946, nace como institución de la Organización de las Naciones Unidas encargada de los derechos de la infancia el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, más conocido por sus siglas en inglés como la UNICEF —*United Nations International Children's Emergency Fund*—. Es más, el 16 de diciembre de 1966 firma los Pactos de Nueva York, a través de los cuales se obliga, por una parte, tanto a integrar a su legislación el reconocimiento de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como las herramientas y mecanismos para garantizarlos, y, por otra parte, a mantener su Carta política concordante con los lineamientos que en materia de derechos se desarrollen en el seno de esta Organización.

Con posterioridad, en 1969, también se adhiere a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José; el artículo 19 de este instrumento señala que «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» (CASDH, art. 19). Incluso, en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención General de los Derechos de los Niños y nuestro país la firma y ratifica en 1991; en ella, adviértase, se contempla el «interés superior del niño» como se infiere de los artículos 3, 9, 18, 21, 37 y 40, los cuales imponen una carga a los Estados de velar por la prevalencia de los Derechos de los niños.

Con tales precedentes es apenas entendible que Colombia, al promulgar la Constitución Política de 1991, disponga en la Carta Suprema el artículo 44 destinado a asegurar la prevalencia de los derechos del menor en los siguientes términos:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una

familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. *Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás* (Constitución Política de 1991, art. 44, Subraya fuera del texto original).

Ahora bien, una aproximación preliminar al concepto del «interés superior del menor», permite entenderlo como la prevalencia jurídica que se les otorga a los niños con el fin de darles un tratamiento preferencial en comparación con el que reciben los demás sujetos; ese trato especial se refleja en la protección de todos y cada uno de los derechos atribuidos a estos y además, como: «una obligación interpretativa en las actuaciones legales y administrativas que se susciten en el caso de encontrarse en conflicto, bien sea entre los menores y sus padres, entre los menores y otros particulares, entre los menores y el Estado» (Lizcano, 2014, p. 343). No obstante, ese principio resulta bastante complejo por las implicaciones que se desprenden del mismo por lo cual es necesario hacer una aproximación desde la jurisprudencia que lo desarrolla, para el caso las decisiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia de Colombia.

El principio del interés superior del menor según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según este organismo el principio se desprende, por un lado, del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño según el cual los niños requieren «cuidados especiales», y, por otro, del artículo 19 de la Convención Americana para el cual los menores deben recibir «medidas especiales de protección». En ambos casos, son necesidades que surgen de la situación de

vulnerabilidad en la que se encuentran los niños debido a su debilidad, inmadurez o inexperiencia (Opinión Consultiva OC 17/02, 2002).

Así, el postulado en examen demanda de manera imperiosa de los diferentes Estados el reconocimiento especial a los menores como puede verse, pues dicho principio nace de la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad (Caso Atala Riffó y Niñas. Vs. Chile, 2012. párr. 134 párr. 257, CIDH).

Adicionalmente, los Estados están obligados no solo a *disponer* y *ejecutar* directamente medidas de protección de los niños, sino también, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, «el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad», con derecho a «la protección de la sociedad y el Estado», constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por la Declaración Universal (artículo 16.3), la Declaración Americana (sección VI), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.1) y la Convención Americana (artículo 17.1). Lo anterior, puede observarse en las Sentencias de este Tribunal Internacional, en las que se indican que:

Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda «en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades» (Caso Bulacio Vs. Argentina, 2003. párr. 134, CIDH).

En similar sentido se dijo:

En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda «en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades» (Caso de los Hermanos Gómez Paqui Yauri Vs. Perú, 2004, párr. 163, CIDH).

También se ha señalado:

El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y niñas, quienes tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. El artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial. En esta materia, rige el principio del interés superior de los mismos, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia 2005, párr. 152, CIDH).

Así las cosas, se puede concluir que el principio del interés superior del menor a la luz de la jurisprudencia de la CIDH no solo orienta la interpretación de las normas sino que constituye un mandato que obliga a los Estados a adoptar medidas eficaces que permitan la protección de la niñez y la prevalencia de sus derechos, en todos los ámbitos, incluso en sus pronunciamientos, máxime cuando son emitidos por el Tribunal Constitucional de alguno de los Estados parte.

El principio del interés superior del menor según la Corte Constitucional colombiana

Según este tribunal de justicia los derechos de los niños deben prevalecer en todos los casos sobre los de los demás, tal como lo señala el artículo 44 de la Constitución Política dada su condición de indefensión (Sent. T-587/1998, CConst.) y vulnerabilidad (Sent. T-979/2001, CConst.), teniendo en cuenta que tal protección especial materializa el principio del interés superior del menor (Sent. T-044/2014, CConst.), que debe entenderse además como criterio de interpretación jurídica (Sent. T-557/2011, CConst.). Por ello, entiende que al menor:

[...] se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo in-

tegral y armónico como miembro de la sociedad. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal (Sent. T-510/2003, CConst.).

Así las cosas, el principio del interés superior del menor se caracteriza especialmente por ser real, independiente, relacional e integral. *Real*, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; *independiente* en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; *relacional*, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; y finalmente, *integral* en atención a la personalidad del menor (Sent. T-408/1995, CConst.).

En concordancia, y en virtud de tal principio, los menores se hacen acreedores de un trato preferente por ser sujetos de especial protección, atribuyéndoles la titularidad de un conjunto de derechos que debe contrastarse con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se encuentra (Sent. C-840/2010 CConst.). Lo anterior, conlleva al reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños como una finalidad esencial del Estado que busca garantizar las condiciones especiales requeridas por estos para su crecimiento, formación, y desarrollo al máximo grado (Sent. T-979/2001, CConst.). En tal orden de ideas, el Estado, tendrá que analizar situaciones concretas atendiendo consideraciones tanto fácticas, como jurídicas (Sent. T-510/2003, CConst.) para propender la protección del menor frente a riesgos prohibidos, en los siguientes términos:

Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas (Sent. T-510/2003, CConst.).

A tales fines, la Corte señala que se debe proteger a los niños, niñas y adolescentes, frente a las posibles situaciones que configuren una amenaza, algunas previstas en la Constitución Política como: la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes (art. 12); la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas (art. 17), cualquier forma de violencia intrafamiliar (art. 42), toda forma de abandono, violencia física o moral, *abuso sexual*, explotación económica (art. 44); y cualquier trabajo riesgoso (art. 44). Sin embargo, recalca que la enunciación de la Carta Suprema no es un catálogo taxativo de las posibles situaciones que pueden constituir riesgo para los menores pues éstas deben determinarse en cada caso concreto (Sent. C-804/2009, CConst.) los cuales se deben examinar a la luz de la prevalencia de la protección de los derechos de los niños y la búsqueda de su interés superior (Sent. T-899/2010, CConst.).

El principio del interés superior del menor según la Corte Suprema de Justicia

Según dicha corporación el axioma se desprende de la misma Constitución pero también de los tratados internacionales ratificados por Colombia, imponiendo una carga de especial cuidado con la niñez tanto a las autoridades públicas como a los particulares, por lo que

[...] no solo el legislador está obligado a respetar esta garantía en la elaboración de las leyes, sino que el juez constitucional, dentro del análisis de casos sometidos a su examen, debe hacerla prevalecer incluso frente al derecho de los demás o de otros bienes protegidos constitucionalmente (Sent. STL3771/2014, CSJ).

Así, la prevalencia del interés del menor debe verse además como la garantía en la adopción de medidas de protección que por su condición requieren todos los niños para su desarrollo mental, moral, espiritual y social de manera normal y saludable, en condiciones de libertad y dignidad, por lo cual infiere que frente a los poderes públicos esta prevalencia además limita las competencias (Sent. STC 16395/2017, CSJ).

De ello se infiere, entonces, que el principio del interés superior del menor y el mandato constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños y adolescentes implican un mayor rango que el Estado debe garantizar por lo cual, una vez verificada tal prevalencia, resultaría «inocuo realizar un juicio de ponderación de derechos fundamentales cuando exista una colisión entre un principio de orden fundamental de diversa índole frente a un principio que proteja los derechos de los niños» (Lizcano, 2014, p. 330).

Sobre el juicio de ponderación a la luz de la Sentencia C-080 de 2018

Ahora bien, en gracia de discusión, si se parte del hecho que —tal como lo afirma la Corte en la Sentencia C-080 de 2018— se pudiera dar un mismo rango constitucional a los principios en colisión, estos son los propios de la justicia transicional (verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición) y el principio del interés del menor (con todos los derechos que de este se desprenden para los niños), la decisión debió estar fundada en una ponderación que no resulta evidente en los argumentos expuestos por la mayoría de los magistrados, dado que no quedan claros los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que orientaron la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma a favor de la exclusión de la misma, pues la parte motiva de la sentencia en estudio se parece más a un discurso de legitimación política que a una reflexión constitucional profunda.

Así, debe tenerse en cuenta que un Estado social de derecho, como el colombiano se caracteriza, por una parte, por: (i) la referencia a la seguridad jurídica y la justicia; (ii) la Constitución como norma suprema dentro de la jerarquía normativa robustecido por una jurisdicción constitucional que vela por el cumplimiento de la misma; (iii) la vinculación jurídica de los poderes públicos a la Ley y al Derecho; (iv) la división de poderes como una limitación recíproca de los poderes estatales; (v) y, en fin, la protección y tutela de los derechos fundamentales y de los derechos sociales. Por otra parte, y en tratándose de la interpretación del postulado —social— atribuida al Estado, el mismo suele entenderse como una cláusula concebida de habilitación y

mandato constitucional que implica un interés por los asuntos sociales en pro de un orden social justo, a través del propósito del Estado por garantizar la igualdad real de los denominados socialmente débiles en busca siempre del bien común (Benda, 2001, pp. 493-509).

En consecuencia, en el marco de esta forma de organización estatal se deben fijar las pautas de análisis, interpretación y solución a los hipotéticos casos de colisiones de derechos prevalentes que permitan al mismo Estado garantizar sus fines constitucionales, pues de no hacerlo ello podría conducir a la ocurrencia de una de estas dos posibilidades: o la violación flagrante de alguno de los dos, o la imposibilidad de su aplicación. Por ello, se debe pretender la armonización constitucional dándole mayor valor a uno en perjuicio del otro (Lizcano, 2014). Así las cosas, para tales efectos se tiene que acudir a un juicio de ponderación orientado por el «*principio de ponderación*» el cual opera en el caso de colisión entre dos derechos de rango constitucional y a través del cual se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados, pues las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas, aún con mayor razón cuando el «*principio de la unidad constitucional*» exige —según la Corte Constitucional— «la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran» (Sent. T-425/1995, CConst.).

Adicionalmente, se suman a los principios de ponderación y al de la unidad constitucional el principio «de armonización concreta» el cual impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro; así las cosas, de conformidad con este principio el intérprete debe:

[...] resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como mo-

mento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra (Sent. T-425/1995, CConst.).

En este contexto, la jurisprudencia constitucional aplica la ponderación para solucionar colisiones entre derechos y principios fundamentales, pues la norma suprema prevé un amplio catálogo de derechos y principios que tienen una dimensión normativa diferente, empero la Constitución no señala el valor a atribuirle a cada uno siendo esta una tarea del legislador y del juez constitucional, que, en suma, son los llamados a hacer el análisis de ponderación en cada caso en concreto con el fin de determinar cuál debe ser el nivel razonable de satisfacción de los derechos fundamentales. Este nivel razonable de satisfacción, a su vez, también resulta indeterminado. No obstante, la jurisprudencia señala que esta indeterminación se puede superar al aplicar la ponderación en dos pasos: (i) un análisis interpretativo acerca del contenido del derecho, y, en consecuencia, del nivel de satisfacción razonable del mismo —análisis de razonabilidad—; y, (ii) un análisis empírico acerca del modo de satisfacción —análisis de proporcionalidad— (Sent. T-027/2018, CConst.).

Queda claro, entonces, que para poder hacer la ponderación efectiva en la Sentencia C-080 de 2018 la Corte debió exponer los argumentos en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión, a tal efecto y siguiendo los lineamientos propios de su jurisprudencia se tendría que: por una parte, hacer el análisis de razonabilidad el cual implica (i) un estudio acerca del contenido del derecho previsto por el legislador y, por otra, el análisis de la pretensión concreta (*nivel de satisfacción pretendido*) comprobando en este caso si, en efecto, el régimen de la naciente jurisdicción transicional resultaba más garante para los derechos de los menores víctimas de violencia sexual en contraposición al tratamiento dado a este tipo de delitos en la jurisdicción ordinaria.

En tal medida, la Corte ha sostenido que en estos eventos el juez debe tomar decisiones que consulten no solo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales sino, también, las

posibilidades de solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución (Sent. T-406/1992, CConst.), toda vez que, «[...] el juez deberá adoptar el remedio judicial más apropiado que permita lograr la eficacia de los derechos fundamentales, en consideración a las circunstancias del caso concreto» (Sent. T-027/2018, CConst.).

En cuanto al segundo nivel de análisis indispensable para la ponderación, puede decirse que el mismo está orientado por el principio de proporcionalidad el cual es de carácter relativo y del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino que es entendido como un principio relacional, pues a través de él se comparan dos magnitudes: los medios a la luz del fin (Velásquez, 2018, p. 48). Ahora bien, este estudio debe hacerse según la misma Corte Constitucional a la luz de los subprincipios de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad en sentido estricto (Sent. T-027/2018); sin embargo, este examen también se echa de menos en la Sentencia pues lo mínimo era —por lo menos— en clave de la necesidad frente a la satisfacción de los derechos del menor víctima de violencia sexual, determinar la eficacia de la jurisdicción ordinaria en esta materia la cual lleva ya varios años fortaleciéndose político criminalmente como se detalla a continuación, y que, debido a la exclusión del artículo 146 al que se hace referencia, queda inoperante.

Tratamiento político criminal de la violencia sexual contra los menores

La política criminal en Colombia en cuanto a la violencia sexual en contra de niños y adolescentes se refiere, ha llevado al fortalecimiento del sistema penal, procesal penal y penitenciario, en pro del interés superior del menor materializándose, básicamente, en: (i) la creación de nuevos delitos, (ii) el aumento de las penas para los delitos ya existentes y (iii) la privación de beneficios penales, procesales y penitenciarios; adicionalmente, (iv) se ha exigido el diseño de protocolos especiales para la atención del menor como víctima y testigo de delitos.

Así, puede verse que en los últimos años se han pretendido algunas reformas y se han materializado otras tantas. Frente a las primeras, en el año 2004 fueron radicados cinco Proyectos de Ley, el primero de ellos el 145 de 2004 del Senado, radicado el 20 de octubre de este año, por medio del cual se buscaba la reforma del Código Penal para garantizar la protección sexual de los menores de edad en lo concerniente a la agravación de las penas contra la violencia y el abuso sexual sobre menores de edad; este proyecto fue retirado por el autor ese mismo año. El segundo, Proyecto de Ley 221 de 2004 de la Cámara que se presentó el cinco de noviembre buscando, nuevamente, la reforma del Código Penal para agravar las penas; sin embargo, al igual que el anterior fue retirado por el autor. Ambas propuestas tenían una estructura similar en su articulado —Gacetas S644 y C687— en en las cuales se determinaba:

1. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de once (11) años a veintitrés (23) años. 2. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de edad o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de seis (6) años a doce (12) años. 3. Circunstancias de agravación punitiva: se aumentarán las penas de una tercera parte a la mitad cuando la conducta (1) se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero, y (2) el responsable sea integrante de la familia de la víctima. Cuando los delitos se realicen en persona menor de edad, las penas se aumentarán al doble. (Congreso de la República, 2004).

El tercer Proyecto, el 162 de 2004 de la Cámara (Gaceta 552/2004), que pretendía reforzar el régimen penal frente a los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales cometidos en menores de edad, buscaba dos cosas en esencia: Por una parte, prohibir las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; la aplicación de subrogados penales para la pena privativa de la libertad o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o, en fin, la libertad condicional, excepto los beneficios por colaboración; y por otra, buscaba aclarar que los delitos constitutivos de un núcleo básico de violencia sexual en contra de los menores eran los siguientes: acceso carnal

violento, acto sexual violento sobre menores de edad, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años, inducción a la prostitución y constreñimiento a la prostitución cuando la víctima sea menor de 18 años, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores y, en fin, utilización de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. No obstante, este Proyecto de Ley se archivó por tránsito de legislatura el 20 de junio de 2005.

El cuarto Proyecto de Ley presentado en esta anualidad fue el 239 de 2004 Cámara, por medio del cual se pretendía la modificación de los delitos contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Penal y aumentar las penas —Gaceta 759—; el mismo fue radicado el 23 de noviembre de 2004 y archivado por tránsito de legislatura. No obstante, incorporaba como novedad una agravación punitiva en el siguiente sentido:

[...] las penas de los anteriores delitos aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando (1) se realice a un hijo, hijastro o menor al cuidado del adulto; (2) el responsable sea de la familia de la víctima; (3) la víctima quede en embarazo; (4) la víctima contraiga alguna ETS (Congreso de la República, 2004a).

En fin, el quinto y último Proyecto que fue radicado en esta anualidad sobre esta materia fue el 829 de 2004 (Senado), depositado el quince de diciembre de 2004, y que pretendía la agravación de las penas contra la violencia y el abuso sexual a menores de edad estableciendo que ellas se aumentaban de una tercera parte a la mitad cuando «la conducta (1) se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero, y (2) el responsable sea integrante de la familia de la víctima. Cuando los delitos se realicen en persona menor de edad, las penas se aumentarán al doble». El mismo alcanzó a ser aprobado en segundo debate y fue archivado por tránsito de legislatura el 21 de junio de 2006.

Para el año 2005, se radicaron dos Proyectos de Ley: el 032 de 2005 (archivado en cuarto debate el once de diciembre de 2006) y el 037 de 2005 Senado (archivado por tránsito de legislatura el 20 de junio de 2006). El primero de ellos con miras a eliminar los beneficios penales y subrogados

para los delitos sexuales cometidos en menores de edad; y, el segundo, para modificar el artículo 211 del Código Penal incorporando como pena para los reincidentes la castración química en los siguientes términos:

1. En los casos en que se incurra en acto sexual violento de manera reincidente a menor de edad o quien se encuentre en estado de indefensión, además de la pena privativa que se le imponga, se le aplicará, por solicitud del confeso, el procedimiento de castración química. 2. La solicitud de castración química la debe presentar quien la vaya a recibir. En caso de enajenación mental, el padre, madre o esposo(a) podrá autorizarla. 3. Quien no se practique la castración química y sea reincidente en este tipo de delitos no tendrá derecho a fianza, indulto, perdón condicional, *libertad condicional* o *disminución de la condena*. (Congreso de la República, de 2005).

Para el 2007, también fueron dos los proyectos presentados: el 063 de 2007 Senado «por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000, se crea la pena de registro público obligatorio para las personas condenadas por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y el delito de incesto cometidos en menores de edad» (Gaceta 374/2007). Y, el 100 de 2007 Cámara (Gaceta 419/2007) que pretendía crear como delito autónomo el tipo penal de «asedio sexual a menores de edad» entendido como actos de hostigamiento, persecución o acoso sexual a menores de edad con una agravante punitiva cuando se cometiera en contra de menores de 12 años. Ambos fueron archivados por tránsito legislativo.

Dos años más tarde, se buscaba, a través de la Ley 1327 de 2009, convocar a un referendo constitucional sometiendo a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, del artículo 34 Superior, con fines de implementar la cadena perpetua a violadores; no obstante, la normatividad fue declarada inexecutable (Sent. C-397/2010, CConst.). También, en el año 2013, con el Proyecto de Acto Legislativo 036 (Gaceta 582/2013) se pretendió modificar el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, para permitir la prisión perpetua revisable a partir de los 40 años de prisión, cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro o

explotación sexual, fuera un menor de 14 años o un menor de 18 años con discapacidad, no obstante este Proyecto fue retirado por el autor.

Posteriormente, se presentó en el 2016 el Proyecto de Acto Legislativo 12 de 2016 Senado (Gaceta 1104/2016) —la llamada Ley Yuliana Samboní— mediante el cual se pretendió, nuevamente, la modificación del artículo 34 de la Constitución Nacional buscando la implementación de la prisión perpetua revisable cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro, explotación sexual o feminicidio fuera un menor de 14 años o menor de 18 años con discapacidad; sin embargo, este proyecto se archivó por vencimiento de términos el 16 de diciembre de 2016.

Es más, en el 2017 se presentó el Proyecto de Ley 228 Cámara —Gaceta 142/2017— que pretendió crear e implantar un régimen de inhabilidades para ejercer profesiones, oficios y empleos relacionados con la educación, orientación, cuidado e instrucción de menores de edad por delitos sexuales; este Proyecto fue archivado por tránsito de legislatura el 21 de junio de 2017. Finalmente, en el 2018 se presentaron dos proyectos: el primero, el Proyecto de Ley 51 de 2018 Cámara, que busca implantar el procedimiento de castración química obligatoria como complemento a la pena privativa de la libertad en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en menor de 14 años; allí se disponían penas severas:

1. Prisión de 12 a 20 años a quien realice acceso carnal con otra persona mediante violencia. Si la conducta recae sobre menor de 14 años, una vez decretada la extinción de la pena de prisión, el sentenciado deberá someterse a castración química. 2. El que realice acto sexual diverso al acceso carnal violento incurrirá en prisión de 8 a 16 años. Si la conducta recae sobre menor de 14 años, una vez decretada la extinción de la pena de prisión, el sentenciado deberá someterse a castración química. 3. Por acceso carnal abusivo con menor de 14 años se tiene una pena de 12 a 20 años de prisión, mientras que los actos sexuales con menor de 14 años tienen una pena de 9 a 13 años de prisión. Ambos tienen la misma obligación de castración química mencionada en los puntos anteriores (Congreso de la República, 2018).

El último fue el Proyecto de Acto Legislativo 144 de 2018 (Gaceta No. 731/2018) Cámara que, atendiendo al pronunciamiento de la Corte de cara a

permitir la competencia a Tribunales de Justicia Transicional para el conocimiento de este tipo de delitos, pretendía la reforma de los artículos 44 y 250 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 1°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 44 de la Constitución Política de Colombia. PARÁGRAFO: En todos los casos en los que resulten como víctimas de delitos sexuales los niños y niñas, se mantendrá la competencia en cabeza de los jueces penales de jurisdicción ordinaria. Artículo 2°. Adiciónese el numeral décimo (10) al artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. 10. Ejercer la acción penal, en todos los supuestos de delitos sexuales en donde resulten como víctimas niños y niñas, promoviendo la protección de los mismos a través del proceso penal ordinario (Congreso de la República, 2018a).

Lo anterior, evidencia cómo se ha pretendido reforzar el régimen penal ordinario existente en esta materia, aunque de manera no exitosa, pero también demuestra la voluntad legislativa al respecto. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que son varias las reformas expedidas al respecto, entre las cuales se debe resaltar la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia a través de la Ley 1098 de 2006, la cual busca garantizar estándares mínimos para que los menores de edad puedan tener un adecuado desarrollo personal, prevaleciendo el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

En cuanto al régimen penal se refiere, la Ley juvenil señala en su Art. 199 que los perpetuadores de actos de violencia sexual en contra de menores no podrán: acceder a las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones; tampoco podrán obtener ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva; y finalmente, no tendrán la posibilidad de casa por cárcel, por lo que su condena se debe cumplir en un establecimiento de reclusión y sin posibilidad de disfrutar de libertad condicional.

En el capítulo segundo de esta ley, se encuentran contempladas todas las medidas para evitar la victimización secundaria (o revictimización a través del proceso penal), reconociendo: derechos especiales de los niños y los ado-

lescentes víctimas de delitos (art. 192); se indican cuáles son los criterios a observar en el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales ellos son víctimas (art. 193); como deberán efectuarse las audiencias en los procesos penales (art. 194); cuáles son las facultades del defensor de familia en los procesos penales (art. 195); cómo deberá desarrollarse el incidente de reparación integral en tales procesos; (art. 197); y la creación de programas de atención especializada para ellos (art. 198).

En el año 2007, a través de la Ley 1154, se modificó el artículo 83 del Código Penal, para establecer que cuando se tratara de delitos contra la formación sexual de los menores de edad, la acción penal prescribe en 20 años contados a partir del momento en el cual la víctima alcance la mayoría de edad, pues con la modificación al artículo 83 del Código Penal se pretende que las personas que fueron abusadas siendo menores y decidan siendo adultos denunciar, no encuentren en el sistema penal una barrera de impunidad. Similares medidas pueden observarse en países como Alemania, Dinamarca, Bélgica, Suecia, entre otros (Congreso de la República, 2006).

Con la Ley 1236 de 2008 se modificó el Código Penal en los artículos que van desde el 205 al 219, exceptuando los 212 y 215. Los cambios fundamentales se encuentran en los artículos 208 y 209, que aumentan las penas del acceso carnal abusivo con menores de catorce años y de los actos sexuales con menor de catorce años. Obsérvese: En el texto original de la ley 599 de 2000 se indicaba que, en el caso de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, las penas iban de 4 a 8 años, y, en tratándose de los actos sexuales con menor de catorce años, las sanciones eran de 3 a 5 años. Posteriormente, la Ley 890 de 2004 aumentó los castigos para el acceso carnal abusivo con menor de catorce, que iban de 64 a 144 meses (5 años y 4 meses a 12 años); y, en el caso de los actos sexuales con menor de catorce años, ellas eran de 48 a 90 meses (4 a 7 años y 6 meses). La reforma aludida logró que las sanciones para el acceso carnal abusivo con menor de catorce fueran de 12 a 20 años, y, en el caso de los actos sexuales con menor de catorce años, de 9 a 13 años.

Más tarde, con la Ley 1719 de 2014, «por medio de la cual se modifican algunos artículos de los Códigos Penal y Procesal Penal (Ley 906 de 2004) y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado», se incorporan, entre otros, dos artículos al título II de la Parte Especial del Código Penal que contempla los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, el 138 A —acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años— y 139 A —actos sexuales con persona protegida menor de 14 años—.

En el 2016, a través de la Ley 1773 de 2016 se adiciona el artículo 116 A y se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359 y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Aquí, resulta relevante lo atinente a los beneficios penitenciarios y procesales para los violadores, pues la Ley modifica el Art. 68A ampliando el catálogo de delitos a los cuales no se les concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni ningún otro beneficio judicial o administrativo, salvo los que son de colaboración regulados por la ley y, ello, siempre que esta sea efectiva quedando incluidos los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario —en donde encontraríamos los ya mencionados artículos 138 A y 139 A, además de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual—.

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

Inhabilidades por Delitos Sexuales Cometidos Contra Menores. Las personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años de acuerdo con el Título IV de la presente ley; serán inhabilitadas para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad en los términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.

En síntesis, queda claro que a través de todas estas modificaciones se ha robustecido y endurecido el régimen penal ordinario de tratamiento a los perpetradores de este tipo de violencia sexual, pero que también, en materia de protección a los menores víctimas, se ha creado un andamiaje que garantizan sus derechos y su participación en el proceso bajo un régimen garantista de asistencia, medidas todas estas que quedan excluidas del procedimiento ante la naciente Jurisdicción Especial para la Paz, que hasta el momento ha creado más incertidumbres que certezas jurídicamente hablando.

Conclusiones

La violencia sexual contra los menores, es una problemática nacional latente en el Estado colombiano; según el Instituto de Medicina Legal el año 2017 será recordado como el que presentó mayores casos por presuntos delitos sexuales en el país, frente a lo registrado durante la última década. De ahí que se hayan atendido en dicha anualidad a un total de 23798 eventos, de los cuales el 86,83% se cometieron contra niños y adolescentes (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2018, p. 308). Las anteriores cifras, que son bastante dicientes de la problemática colombiana en cuanto al flagelo sufrido por nuestros niños, se intensifican cuando ellas se contrastan con las cifras reportadas por la Fiscalía General de la nación.

Así, esta entidad señala que durante los últimos 5 años se han reportado un total de 142603 casos en los que menores de 18 años han sido víctimas de alguno tipo de violencia sexual, y se han encontrado como delitos principales los siguientes: en primer lugar, el acceso carnal abusivo con menor de 14 años con un total de 52428; en segundo, los actos sexuales con menor de 14 años con 57085; en tercer lugar, el acceso carnal violento y, en cuarto, los actos sexuales violentos, que reportan un total de 9110 y 9433, respectivamente. Para terminar, se hallaron 3974 casos de acoso sexual; y algo de relevancia: Frente a estos últimos tres delitos las cifras corresponde a los supuestos en los

que las víctimas, si bien eran mayores de 14 años, aún no han cumplido la mayoría de edad.

Esta situación nacional ha llevado a que, tal como se demostró, Colombia desarrolle una política criminal bastante rigurosa en contra de los perpetradores de este tipo de delitos, considerando dentro del debate —aunque de manera poco reflexiva en ocasiones— incluso la posibilidad de hablar de castración química o cadena perpetua. Que esto es así puede evidenciarse del análisis hecho a las reformas que hasta la fecha se han pretendido hacer y de aquellas que, efectivamente, se han logrado en el marco de la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, en la decisión de la Corte Constitucional, a propósito de la Sentencia C-080 de 2018, se indicó que atendiendo a los principios fundantes de la Jurisdicción Especial para la Paz que materializan el proceso de Paz entre el «pueblo colombiano» (y en esto olvida la Corte la votación negativa de la mayoría respecto del Acuerdo) y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia —FARC EP— los delitos sexuales en contra de los menores deben ser competencia de este nuevo Tribunal de justicia transicional, sometiendo a los autores de los mismos a las sanciones que para este tipo de delitos contempló el Acto Legislativo 01 de 2017 y no al régimen ordinario.

Lo anterior implica, por una parte, no solo el desconocimiento de las conquistas que en materia jurídica se han logrado en pro de la prevalencia del menor sino que, además, demuestra un retroceso político-criminal en los lineamientos que de manera articulada y coherente se han desarrollado y obtenido en el marco del sistema penal ordinario, lo cual lógicamente va en contra de los principios de un Estado social de derecho.

Pero además, por otra parte, en dicho pronunciamiento no se tiene en cuenta que el Código de la Infancia y la Adolescencia hace una remisión expresa al sistema procesal penal ordinario, el hecho que el mismo no pueda aplicarse traería como consecuencia directa que esta norma que estuvo motivada por la ponderación a favor de los menores y la mayor protección que el Estado debía brindarles, tal como puede verse en su Exposición de Motivos

en el Proyecto de Ley Estatutaria 085 (Congreso de la República, 2005d), resulte inaplicable no solo en cuanto a la privación de beneficios a los que cometen tales conductas sino que, adicionalmente, se dejaría a los menores sin las medidas de asistencia, protección y acompañamiento como víctimas dentro del proceso que contempla esta Ley.

Con todo, puede decirse que en el caso examinado se analiza dicho delito atendiendo a la condición del victimario y no a la de la víctima, situación que como resulta obvio va en contra del principio del interés superior del menor el cual debe entenderse tal como se indicó —no solo como una garantía de la prevalencia de los derechos de los niños sino, como una obligación del Estado y un límite a su ejercicio por mandato internacional—. Dicho principio impediría que los derechos fundamentales de los niños —víctimas o no— entraran en colisión con cualquier otro tipo de derecho o principio, pues por mandato constitucional y del bloque de constitucionalidad estos resultarían, a todas luces, prevalentes.

No obstante, la Corte no solo encuentra que este principio puede ponderarse con los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición fundantes de la JEP, sino que a su juicio estos últimos resultan prevalentes en perjuicio del interés superior del menor, circunstancia que llevó a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 146 del Proyecto de Ley Estatutaria. Análisis que hace con desconocimiento de su propia jurisprudencia, pues no se puede evidenciar en su decisión la aplicación de un test de proporcionalidad que siga los lineamientos dados por esta misma corporación, de cara a determinar la razonabilidad y la proporcionalidad lo allí decidido.

En la decisión también se desconocen, como acertadamente lo señala la magistrada que presentó salvamento de voto, los fines de la pena en la jurisdicción ordinaria pues se le atribuye una finalidad netamente retributiva olvidando que, a través del sistema penal, también se obtienen otros fines como lo señala el artículo 4° del Código Penal Colombiano y como lo desarrolla la jurisprudencia colombiana; y que, adicionalmente, a través del sistema pro-

cesal penal se han establecido con suficiencia los derechos y mecanismos de protección y participación de las víctimas que buscan satisfacer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación en artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y, añádase, en virtud de los cuales la jurisprudencia le otorga facultades especiales y amplias, como puede verse en la reciente decisión Corte Constitucional (Sent. C-031/2018) en la cual, prácticamente, se señala que las víctimas tienen casi una intervención de parte por permitírseles su participación en las etapas de la investigación y del juicio.

También, señala la Corte que los delitos sexuales cometidos contra menores guardan una relación de conexidad con el conflicto armado, argumento esgrimido sin determinar cuál es el factor de conexidad entre los mismos, por lo que resultaría improcedente afirmar la misma. En este punto, una vez más, la corte desconoce sus decisiones pues, según la misma pueden existir distintas tipos de conexidad, a saber: (i), la *material*, si uno de los delitos no surge a la vida legal sino cuando, para ejecutarlo, el agente debió producir otro, unido al anterior por ese nexo objetivo que los hace inseparables; (ii), la *ideológica* o *real* cuando se observa una relación de medio a fin frente a las infracciones cometidas, es decir, que uno de los delitos se ha cometido como medio para realizar otro; (iii), la *jurídica*, en cuya virtud si uno de los delitos pierde su autonomía al consumarse se incorpora en el otro, bien sea para calificarlo o como infracción de mayor entidad jurídica; y, en último lugar, (iv) la *consecuencial* que surge cuando se pretende por el agente ocultar otro delito o procurar que quede impune (Sentencia C-225/1995, CConst.).

Frente a este mismo asunto, por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sostiene que los delitos conexos son aquellos que «se encuentran estrechamente entrelazados, como ocurre cuando un punible se comete como medio para alcanzar un fin delictivo (conexidad teleológica), por ejemplo, cometer un homicidio para realizar un hurto». También, «cuando una conducta punible se comete para asegurar el producto de otra, v. g. cuando se lavan los activos procedentes de un delito de extorsión (conexidad paratática)»; o, en fin «en aquellos casos en los que el segundo delito se comete para ocultar uno anterior, por ejemplo, cuando se

causa la muerte al testigo de un acceso carnal violento (conexidad hipotática)» (Sent. SP, 25.931 de 2007, CSJ).

Ahora bien, si se parte de las elaboraciones doctrinarias, puede decirse de manera amplia que se habla de dos teorías diferentes a la hora de determinar la de conexidad: por una lado, la de la conexidad objetiva para la cual habrá conexidad cuando un comportamiento antijurídico y culpable lesione o ponga en peligro bienes jurídicos no personalísimos y, además, sea necesario como un medio idóneo para la concreción o materialización del peligro contra el régimen constitucional o legal vigente. Y, por otro lado, la teoría de la conexidad puramente subjetiva, que se da cuando el delito común es llevado a cabo con la única finalidad de posibilitar la ejecución de un delito posterior (Süssmann, 2015).

En tal orden de ideas, puede inferirse que ni desde la jurisprudencia nacional ni desde la doctrina se encuentra una justificación para entender que la comisión de un delito sexual, y en menor medida uno cometido en contra de un niño resulte conexo con el conflicto armado, por lo cual la Corte en este aspecto también se equivoca en su decisión al excluir el artículo 146 del Proyecto de Ley «Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz», pues no presenta argumentos constitucionales que motiven su decisión, pareciendo que hace, en este punto, más a un análisis político que jurídico.

Referencias

- Acto Legislativo 01 (2017 abril 04) Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial N° 50.196 de 04 de abril de 2017*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris.
- Asamblea General de la ONU. (1989). Convención General de los Derechos de los Niños, UNICEF. Junio de 2006. Madrid: Nuevo Siglo.

- Benda, E. (2001): El Estado social de Derecho. En: Benda, E.; *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional* (pp. 487-559), 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Cancillería de Colombia (2019) *El ABC de las objeciones presidenciales*. Recuperado de: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2019/jep_espanol1.pdf.
- Constitución Política de Colombia (1991, julio 7) [C. N.].
- Congreso de la República. (2004). *Proyecto de Ley 162 de 2004*. Por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales cometidos en menores de edad. (*Gaceta del Congreso* N° 552 (Cámara) del 17 de septiembre de 2004.) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2004). *Proyecto de Ley 221 de 2004 Cámara*. Por la cual se modifica el Código Penal para garantizar la protección sexual de los menores, en lo concerniente a la agravación de las penas contra violencia y el abuso sexual a menores de edad y se dictan otras disposiciones. (*Gaceta del Congreso* N° 687 (Cámara) del 09 de noviembre de 2004) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2004). *Proyecto de Ley 239 de 2004 Cámara*. Por medio del cual se modifican y aumentan las penas contempladas de los artículos 208 y 209 del Código Penal y se dictan otras disposiciones. (*Gaceta del Congreso* N° 759 (Cámara) del 26 de noviembre de 2004) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2005). *Proyecto de Ley 032 de 2005 Cámara*. Por medio de la cual se eliminan beneficios y subrogados para delitos sexuales cometidos en menores de edad (*Gaceta del Congreso* N° 478 (Cámara) del 03 de agosto de 2005) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República (2007). *Proyecto de Ley 063 de 2007 Senado*. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000, se crea la pena de registro público obligatorio para las personas condenadas por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y el delito de incesto cometidos en menores de edad (*Gaceta del Congreso* N° 374 (Senado) del 13 de agosto 2007) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2007). *Proyecto de Ley 100 de 2007 Cámara*. Por medio del cual se modifica la Ley 599 del 2000 y se dictan otras disposiciones (*Gaceta del Congreso* N° 419 (Senado) del 30 de agosto de 2007) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2013). *Proyecto de Acto Legislativo 036 de 2013 Senado*. Por el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, para permitir la prisión perpetua revisable a partir de los 40 años de prisión exclusivamente cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro o explotación

- sexual, fuera un menor de 14 años o un menor de 18 años con discapacidad y se dictan otras disposiciones (*Gaceta del Congreso* N° 582 (Senado) del 02 de agosto de 2013) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2016). *Proyecto de Acto Legislativo 12 de 2016 Senado*. Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, para permitir la Prisión Perpetua Revisable cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro, explotación sexual o feminicidio sea un menor de 14 años o menor de 18 años con discapacidad y se dictan otras disposiciones (*Gaceta del Congreso* N° 1104 del 07 de diciembre de 2016) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2017). *Proyecto de Ley número 228 de 2017 Cámara*. Por medio de la cual se busca crear el régimen de inhabilidades para ejercer profesiones, oficios y empleos relacionados con la educación, orientación, cuidado e instrucción de menores de edad, buscando garantizar la realización de dichas actividades por parte de un personal idóneo que cumpla con las condiciones éticas y de pedagogía necesarias para brindar un servicio de calidad y proteger a los menores (*Gaceta del Congreso* N° 142 del 13 de marzo de 2017) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2017). *Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara*. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (*Gaceta del Congreso* N° 626 del 01 de agosto de 2017) [Informe ponencia primer debate]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2017). *Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara*. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (*Gaceta del Congreso* N° 971 del 24 de octubre de 2017) [Informe ponencia segundo debate]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2017). *Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara*. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (*Gaceta del Congreso* N° 1082 del 21 de noviembre de 2017) [Acta de comisión]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2017). *Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara*. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (*Gaceta del Congreso* N° 1109 del 28 de noviembre de 2017) [Informe de conciliación]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2018). *Proyecto de Ley 51 de 2018 Cámara*. Por medio del cual se busca implantar el procedimiento de castración química obligatoria como complemento a la pena privativa de la libertad en caso de delitos contra la li-

- bertad, integridad y formación sexuales, en menor de 14 años (*Gaceta del Congreso* N° 567 del 02 de agosto de 2018) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2018). *Proyecto de Ley 144 de 2018 Cámara*. Por medio del cual se adicionan: un párrafo al artículo 44 y el numeral 10 al artículo 250 de la Constitución Política de Colombia para la protección de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales (*Gaceta del Congreso* N° 731 del 18 de septiembre de 2018) [Exposición de motivos]. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, noviembre 7-22). San José, Costa Rica. Organización de los Estados Americanos.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, D. E. (2017). Exámenes medicolegales por presunto delito sexual. Colombia, año 2017. *Forensis. Datos para la Vida* (19) 1, 303-346.
- Ley 599 (2000, julio 24). Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N° 44097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1957 (2019, junio 6). Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N° 50976 de seis de junio de 2019. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Lizcano, P. (2014). El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños. *Derecho y Realidad* (24), 330-357.
- Opinión Consultiva OC 17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia (2007, diciembre 5). Recurso de casación. [Radicado 25931]. Magistrado Ponente: María del Rosario González de Lemus. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación [Colombia].
- Sentencia STL3771 (2014, marzo 19). Recurso de casación. [Radicado 52821]. Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil [Colombia].
- Sentencia SL5081 (2015, abril 29). Recurso de casación [Radicado N° 53242]. Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral [Colombia].
- Sentencia SC 16280 (2016, noviembre 18). Recurso de casación [Radicado N° 73268-31-84-002-2001-00233-01]. Magistrado Ponente: Ariel Salazar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria [Colombia].

- Sentencia STC 16395 (2017, octubre 10). Recurso de casación [Radicado N° 05001-22-10-000-2017-00296-01 Magistrado Ponente: Ariel Salazar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria [Colombia].
- Sentencia T-406 (1992, junio 05). Acción de tutela [Expediente T-778]. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-408 (1995, septiembre 12). Acción de tutela [Expediente T-71149]. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-425 (1995, septiembre 26). Acción de tutela [Expediente T-72178]. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-587 (1998, octubre 20). Acción de tutela [Expediente T-164386]. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-979 (2001, septiembre 13). Acción de tutela [Expediente T-461168]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-510 (2003, mayo 02). Acción de tutela [Expediente T-722933]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-804 (2009, noviembre 11). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7719]. Magistrada Ponente: María Victoria Calle. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-840 (2010, octubre 27). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8080]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-899 (2010, noviembre 12). Acción de tutela [Expediente T-2.748.473]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-205 (2011, marzo 24). Acción de tutela [Expediente T- 2830810]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-557 (2011, julio 12). Acción de tutela [Expediente T-2983421]. Magistrada Ponente: María Victoria Calle. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-044 (2014, enero 31). Acción de tutela [Expediente T-4.051.870]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-630 (2017, octubre 11). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente RPZ-005]. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-027 (2018, febrero 12). Acción de tutela [Expediente T- 6.425.510]. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-031 (2018, mayo 02). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-11906]. Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-080 (2018, agosto 15). Control automático de constitucionalidad [Expediente RPZ-010]. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2003, septiembre 18). Caso Bulacio Vs. Argentina [Fondo, Reparaciones y Costas]. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia (2004, julio 08). Caso de los Hermanos Gómez Paqui Yauri Vs. Perú. [Fondo, Reparaciones y Costas]. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia (2005, septiembre 15). Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia [Fondo, Reparaciones y Costas]. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia (2009, noviembre 16). Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México [Fondo, Reparaciones y Costas]. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia (2009, noviembre 24). *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala* [Fondo, Reparaciones y Costas]. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia (2010, agosto 24). Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* [Fondo, Reparaciones y Costas]. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia (2012, febrero 24). Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile [Fondo, Reparaciones y Costas]. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Süssmann, N. *et al.* (2017). El narcotráfico: de crimen organizado a delito conexo al delito político en el marco del proceso de paz en Colombia. *Nuevo Foro Penal* (85), 158-182.
- Velásquez, F. (2018): *Fundamentos de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.