

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio a la propuesta de Proyecto de Ley No. 061 de 2023 Senado “*Por medio de la cual se dictan medidas para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes y se dictan otras disposiciones*”

Autora	Honorable Senadora Nadia Blel Scaff, Norma Hurtado Sánchez, Daniel Pinto, Mauricio Giraldo y otros.
Fecha de presentación	02 de agosto de 2023
Estado	Pendiente discutir ponencia para primer debate en senado
Referencia	Concepto No 08.2024

El Consejo Superior de Política Criminal, revisó el 07 de septiembre de 2023, el texto del Proyecto de Ley No. 061 de 2023 Senado “*Por medio de la cual se dictan medidas para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes y se dictan otras disposiciones*”. (en adelante “El Proyecto” o “La Propuesta”)

1. Contenido de El Proyecto

El Proyecto se encuentra compuesto por 8 artículos, incluido el de vigencia, y su objetivo es “*establecer medidas para contrarrestar la explotación sexual en niños, niñas y adolescentes mediante el endurecimiento de la sanción y la ampliación del componente descriptivo de las conductas tipificadas en el título IV, capítulo IV de la ley 599 de 2000*”. Para el desarrollo del objetivo, La Propuesta promueve modificaciones a algunos de los tipos penales contenidos en capítulo IV del Título IV del Libro II del código penal (Ley 599 de 2000), relativos a la explotación sexual.

El articulado se desarrolla así:

ARTÍCULO	CONTENIDO
Artículo 1	Objeto de la iniciativa.
Artículo 2	Modifica el artículo 213-A de la Ley 599 de 2000.
Artículo 3	Modifica el artículo 217 de la Ley 599 de 2000.
Artículo 4	Modifica el artículo 217-A de la Ley 599 de 2000.
Artículo 5	Modifica el artículo 219 de la Ley 599 de 2000.
Artículo 6	Modifica el artículo 219-B de la Ley 599 de 2000.
Artículo 7	Adiciona el artículo 218-A al capítulo IV del Título IV del Libro II de la Ley 599 de 2000.
Artículo 3	Vigencia.

2. Observaciones en relación con la motivación de la propuesta y la problemática social planteada

El Consejo considera que El Proyecto persigue un fin legítimo e importante, pues bajo el enfoque de preservar los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), pretende implementar medidas legislativas que configuren un mayor despliegue del poder coercitivo del Estado y contrarresten uno de los flagelos que más afectan la seguridad sexual de los NNA, a saber, la explotación sexual y comercial.

En este sentido, el artículo 2 de La Propuesta pretende modificaciones al tipo penal de “*proxenetismo con menor de edad*”, contenido en el artículo 213-A del código penal (Ley 599 de 2000). Entre ellas, (i) incluye como verbo rector la palabra “*promocionar*”; y (ii) aumenta los extremos punitivos en los que se graduará la sanción pasando de catorce (14) y veinticinco (25) años a veintiséis (26) y cuarenta y cinco (45) años.

Seguidamente, el artículo 3 de El Proyecto busca modificar el tipo penal de “*estímulo a la prostitución de menores*”, contenido en el artículo 217 del código penal (Ley 599 de 2000), consistente en un aumento en los extremos punitivos en los que se graduará la sanción pasando de diez (10) y catorce (14) años a veintiséis (26) y cuarenta y cinco (45) años.

El artículo 4 de El Proyecto pretende modificaciones al tipo penal de “*demandas de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años*”, contenido en el artículo 217- A del código penal (Ley 599 de 2000). Entre ellas, (i) el aumento en los extremos punitivos en los que se graduará la sanción pasando de catorce (14) y veinticinco (25) años a veintiséis (26) y cuarenta y cinco (45) años; y (ii) la incorporación de la expresión “*o en medio de actividades turísticas*” en el numeral 1 del párrafo de la disposición normativa en mención.

De otro lado, el artículo 5 de El Proyecto busca modificaciones al tipo penal de “*turismo sexual*”, contenido en el artículo 219 del código penal (Ley 599 de 2000), a saber; (i) incluye como verbo rector la palabra “*financiar*”; (ii) agrega la siguiente expresión “*de cualquier forma participe*”; y (ii) hace un aumento de los extremos punitivos en los que se graduará la sanción de cuatro (4) y ocho (8) años a veintiséis (26) y cuarenta y cinco (45) años.

El artículo 6 de El Proyecto busca modificar el tipo penal de “*omisión de denuncia*”, contenido en el artículo 219-B del código penal (Ley 599 de 2000), consistente en una modificación de los límites de la multa que se impondrá como sanción a la conducta descrita pasando de los trece puntos treinta y tres (13.33) y setenta y cinco (75) SMLMV a los veinte (20) a cincuenta (50) SMLMV.

Por último, el artículo 7 de El Proyecto pretende adicionar el tipo penal de “*grooming*”, contenido en el artículo 218-A al capítulo IV del Título IV del Libro II del código penal (Ley 599 de 2000). Dicha tipificación establece que el que por medio de tecnologías de la información contacte a una persona menor de edad, con el propósito de cometer

cualquier delito contra la libertad, integridad y formación sexual de un menor de 18 años, se le impondrá una pena que oscilará entre los diez (10) a catorce (14) años.

El Consejo estima que las medidas descritas podrían encontrar fundamento en disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y reconocen el principio del interés superior de los NNA. Al respecto, el artículo 44 de la Constitución Política señala que 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.

Asimismo, pueden guardar armonía con (i) la Declaración Universal de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991, que establece que los niños gozan de una protección especial y que a través de las leyes se dispondrá de lo necesario para que puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad; y la (ii) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989 y ratificado por Colombia por medio de la Ley 880 de 2004, que obliga a los Estados parte a proporcionar la protección, prevención y la sanción del tráfico internacional de “menores”, a través de mecanismos e instrumentos legales y administrativos.

De otro lado, el Consejo reconoce que, las cifras que se incluyen en la exposición de motivos dan cuenta que la explotación sexual comercial de NNA es una problemática que debe ser atendida por el Estado Colombiano.

No obstante, aun cuando se cuenta con bases estadísticas y normativas que podrían promover una reforma a la ley para contrarrestar los fenómenos que se quiere atacar, es importante analizar si la manera en que El Proyecto lo establece cumple con los parámetros de una política criminal, racional, proporcional, efectiva y basada en evidencia.

3. Observaciones en materia de política criminal

3.1 Principio de proporcionalidad en el establecimiento de los máximos y mínimos de la pena y derecho penal como *ultima ratio*

Las medidas legislativas descritas tienen como objetivo principal la ampliación de los extremos punitivos para algunas de las conductas que tipifican los delitos relacionados con la explotación sexual comercial de NNA. Según se lee en la exposición de motivos de La Propuesta, dichas conductas deben ser sancionadas con medidas más “drásticas”, con el propósito de enviar un mensaje social contundente de rechazo.

Sin embargo, en el desarrollo de La Propuesta, no se adelanta un análisis de fondo que permita concluir que el aumento de penas podría desincentivar la comisión de dichos

delitos. Esto es relevante ya que, si bien el legislador goza de un amplio margen de acción para concretar y modificar el estatuto penal, dicha libertad de configuración no es absoluta, sino que encuentra límites en principios y valores que irradian el campo constitucional que propenden por evitar excesos punitivos.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ ha establecido que no existen criterios objetivos que permitan sostener que a un determinado delito le corresponde, como sanción proporcionada, una determinada medida de pena. Ello, en razón a que la correlación entre estos dos extremos se establece a partir del consenso alcanzado en el “*debate democrático*”, siendo el resultado de una decisión legislativa precedida por un debate sobre la materia.

No obstante, el principio de proporcionalidad o la “*prohibición de exceso*”, que ha tenido un amplio desarrollo por la jurisprudencia constitucional a partir de postulados de la Constitución Política, tales como la cláusula de Estado social de derecho y principio de dignidad humana (artículo 1); reconocimiento de los derechos inalienables de la persona (artículo 5); prohibición de la pena de muerte (artículo 11); prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos, o degradantes (artículo 12); y el principio de igualdad (artículo 13), ha pugnado porque el legislador tenga en cuenta unos mínimos básicos a la hora de fijar los marcos punitivos.

Estos criterios son principalmente los siguientes: (i) la importancia del bien jurídico tutelado; (ii) la gravedad de la amenaza o transgresión a ese bien jurídico; (iii) el ámbito diferenciado (dolo o culpa) de responsabilidad subjetiva del infractor; (iv) la actitud procesal del imputado. La sujeción a dichos criterios en salvaguarda del principio de proporcionalidad garantiza a su vez que la sanción se pueda ajustar atendiendo las variaciones del caso concreto.

Bajo estas consideraciones, el Consejo considera que las disposiciones de El Proyecto que incrementan en forma generalizada los marcos punitivos de algunos de los tipos penales previstos en el capítulo IV del Título IV del Libro II del código penal, es contraria al principio de proporcionalidad de las penas. Esto, en la medida en que, su inclusión en la norma penal no está precedida de estudios o evidencia empírica, respecto de cada delito, que fortalezca su fundamentación.

De ahí que, la consideración de política criminal orientada a efectuar incrementos punitivos focalizados atendiendo únicamente el criterio del impacto social o gravedad de determinadas conductas, no puede ser la única razón que sustente medidas como las que pretende El Proyecto. Esto, dado que, al no tener un sustento más allá de la gravedad de las propias conductas, constituye una clara afrenta al principio de proporcionalidad y necesidad que rige la configuración del sistema de sanciones del ordenamiento jurídico y la política criminal del estado.

¹ Corte Constitucional. (2017). Magistrado Ponente L. Vargas Silva. Sentencia C-108 de 2017. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-108-17.htm>

Además, se estima que su implementación podría agravar otros problemas ya existentes en nuestro país. Esto, por cuanto el incremento de los extremos punitivos de las conductas descritas en líneas anteriores podría contribuir a elevar los niveles de hacinamiento penitenciario.

De otro lado, el Consejo estima que El Proyecto no se ajusta al principio de mínima intervención en el cual se enmarca el derecho penal contemporáneo. Este principio supone que la facultad sancionadora del Estado debe ejercerse cuando las demás alternativas de control han fallado. De ahí que, la decisión de sancionar un comportamiento humano debe ser la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer.

Esta característica que distingue al derecho penal como *última ratio*, impone al Estado la obligación de implementar otras estrategias de intervención social complementarias al sistema penal. Por tanto, el Consejo insiste en que es de utilidad acudir a herramientas extrapenales que contribuyan a contrarrestar la comisión de delitos desde su prevención, antes de hacer uso del derecho penal. Más cuando ya las conductas tienen una consagración de carácter penal en el ordenamiento y el propósito es el incremento punitivo.

En síntesis, el Consejo considera que las razones que se exponen para justificar las medidas legislativas de El Proyecto son insuficientes. No se garantiza una menor impunidad, tampoco garantiza que se disuadirá a los potenciales autores de realizar dichas conductas, y mucho menos atiende a sus causas reales mediante el diseño e implementación de políticas públicas que desincentiven su comisión. Por tanto, se emitirá un concepto desfavorable a este Proyecto de Ley.

4. Conclusión:

Se emite concepto **DESFAVORABLE** por parte del Consejo Superior de Política Criminal.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

DIEGO MAURICIO OLARTE RINCON
Director de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria - Secretaría Técnica CSPC

Revisó: Dirección de Política Criminal y Penitenciaria

Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co