

Sentencia C-853-09

Referencia: expediente D-7708

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 18, parcial, de la Ley 1121 de 2006, que modificó el artículo 441 del Código Penal.

Accionante: Miller Alfonso Ramírez Solórzano.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 40.6, 241.4 y 242.1 de la Constitución, el ciudadano Miller Alfonso Ramírez Solórzano solicita a la Corte Constitucional la declaración de inexecutable del artículo 18, parcial, de la Ley 1121 de 2006, “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, que modificó el artículo 441 del Código Penal.

El Magistrado Sustanciador, mediante proveído del 29 de mayo de 2009, dispuso: i) admitir la demanda; ii) fijar en lista el asunto y simultáneamente correr traslado al Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor; iii) comunicar su iniciación al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República y al Ministro del Interior y de Justicia; e iv) invitar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la

Comisión Colombiana de Juristas y las facultades de derecho de las universidades Nacional de Colombia, de Antioquia, Sergio Arboleda, Externado de Colombia, Libre de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de los Andes, para que aportaran sus opiniones sobre el asunto de la referencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales, y previo concepto del Ministerio Público, la Corte Constitucional procede a decidir sobre el asunto.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

“ LEY 1121 DE 20062

(diciembre 29)

Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones

DECRETA:

ARTÍCULO 18. Modifícase el artículo 441 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 9o de la Ley 733 de 2002, el cual quedará así:

Artículo 441. Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años”.

III. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Para el accionante el aparte impugnado vulnera los artículos 13 (derecho a la igualdad),

44 (derechos de los niños), 45 (derechos de los adolescentes) y 93 (prevalencia de los tratados de derechos humanos) de la Constitución. Esta última disposición en cuanto concierne a la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1º, 3º, 19, 34 y 36).

Señala que el tipo penal acusado sanciona penalmente al particular que omita sin justa causa informar inmediatamente a la autoridad sobre la comisión de cualquiera de las conductas de proxenetismo, en las que el sujeto pasivo sea un menor de 12 años y de las cuales tuviere conocimiento. Encuentra así evidente que si la víctima ha cumplido 12 años, pero aún no ha llegado a los 18, ya no es objeto de esa protección penal especial.

Estima que es al legislador al que corresponde establecer la política criminal del Estado; sin embargo, considera que dicha potestad no es absoluta por cuanto se halla limitada por los valores constitucionales, los principios fundamentales y los derechos fundamentales, particularmente por los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Además de los deberes que se imponen a todos los residentes del país, como el obrar conforme al principio de solidaridad social y colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, expone que la Constitución establece la protección prevalente de los derechos del niño, como el garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Sostiene que constituye un deber del Estado el protegerlos contra toda forma de violencia, abuso o explotación sexual (art. 44 superior), lo cual se extiende a los adolescentes (art. 45 superior), citando también como respaldo de su afirmación la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1º, 3º, 19, 34 y 36).

Precisa que en el ordenamiento jurídico colombiano y en la Convención sobre los Derechos del Niño, son considerados menores quienes no han cumplido los 18 años. De esta forma, la diferenciación establecida en la disposición acusada resulta inconstitucional, toda vez que si en Colombia es menor de edad todo aquel que no ha cumplido los 18 años, debería igualmente sancionarse penalmente al particular que omita, sin justificación, dar aviso inmediato a la autoridad sobre la comisión de cualquiera de las conductas de proxenetismo, en las que el sujeto pasivo no haya alcanzado los 18 años.

Considera así que los adolescentes (personas mayores de 12 años y menores de 18), tienen derecho también a ser protegidos, sin discriminación alguna, cuando se atente contra su desarrollo normal, pues finalmente son menores de edad.

Recuerda que en el proyecto de ley para la adopción del Código Penal (Ley 599 de 2000), la inclusión de la edad de 12 años se dio en el último debate sin que hubiera mayor discusión sobre el particular. Tampoco fue objeto de estudio en el trámite de los proyectos que se convirtieron en las leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006.

Explica que las conductas de proxenetismo descritas en el Capítulo IV del Título IV del Código Penal, no hacen distinción alguna en la edad de la víctima (arts. 217, 218 y 219 -A y B-), sino que, por el contrario, se alude a los menores de edad.

Pone de presente un estudio nacional sobre el delito de “trata de personas”, según una nota publicada en el diario ADN, número 125, de 31 de marzo de 2009, que recoge las conclusiones de un equipo de la ONU, del Ministerio del Interior y de Justicia y del Departamento de Estudio de Género de la Universidad Nacional, que investigó la ocurrencia de tal fenómeno en catorce ciudades del país, entre febrero y julio de 2008, encontrándose que “el 80% de las víctimas son mujeres. La mayoría, incluidas niñas, son objeto de explotación sexual comercial y al menos la mitad aún no ha cumplido los 18 años...Seis de cada diez víctimas están entre los 7 y 18 años”.

Aduce que aún cuando el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, establece el deber de toda persona de denunciar los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio, acontece que tal deber al ser desconocido no sería sancionado penalmente cuando en el delito de proxenetismo la víctima sea un mayor de 12 años y menor de 18.

De esta manera, encuentra que el legislador no tuvo criterios de razonabilidad ni de proporcionalidad al determinar que los particulares únicamente están obligados a denunciar los actos de proxenetismo en los que el sujeto pasivo fuera un menor de 12 años, toda vez que deja por fuera del ámbito de protección, sin razón valedera, a los mayores de 12 y menores de 18 años, contrariando así la obligación de proteger a todos los menores contra cualquier forma de abuso sexual.

IV. INTERVENCIONES³.

Apoya la inexecutable de la expresión “de doce (12) años”, al considerar que contraría el derecho a la igualdad respecto no solamente a los menores que se encuentren entre los 12 y 18 años, sino también frente a las demás personas que puedan ser sujetos pasivos de los delitos constitutivos de proxenetismo, ya que en no todas las circunstancias el sujeto pasivo es un menor de edad -arts. 2135 y 2146 del Código Penal-.

Explica que conforme a la legislación vigente en Colombia es menor de edad toda persona entre 0 y 18 años, categoría que tiene dos subespecies: la niñez, que comprende entre 0 y 12 años y, la adolescencia, entre los 12 y 18 años. Así las cosas, no vislumbra una razón valedera para que se mantenga el requisito de que el sujeto pasivo sean un menor de 12 años, a efectos de que se configure el delito de omisión de denuncia de particular en caso de proxenetismo.

2. Universidad de los Andes⁷.

Solicita la exequibilidad del aparte impugnado por cuanto el trato desigual establecido encuentra fundamento en un supuesto de hecho real y concreto, como lo es la condición física y psicológica del menor de 12 años, dirigida a obtener racionalmente una finalidad, que no conllevan a la violación del principio de igualdad entre quienes se encuentran en situaciones diferentes.

Con fundamento en la sentencia C-146 de 1994, afirma que hace parte de la potestad de configuración legislativa el definir la edad máxima de quien sea sujeto pasivo del hecho punible. Además, encuentra que el legislador ya ha realizado la distinción dentro del rango de edad, estableciendo fines para su protección.

Precisa que el derecho que ampara a los adolescentes cuando son sujetos pasivos del delito de proxenetismo, se encuentra regulado por el legislador en el artículo 219 B, relativo a la omisión de denuncia⁸. Agrega que las condiciones físicas, psicológicas y sociológicas de un menor mayor de 12 años, difieren sustancialmente de las de un niño menor de esa edad, que hacen admisibles distinciones que no afectan irrazonable y desproporcionadamente principios o derechos constitucionales.

3. Comisión Colombiana de Juristas⁹.

Participa de la inexecutable de la expresión “de doce (12) años” al desconocer los derechos a la protección especial (arts. 44 superior y 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y a la igualdad (art. 13 superior), en perjuicio de los niños y niñas mayores de 12 años y menores de 18.

Empieza por resaltar que el Estado colombiano está obligado a adoptar e implementar las medidas necesarias de protección especial de los derechos de los niños y las niñas y, en especial, la libertad, la integridad y la formación sexual, según las previsiones del ordenamiento jurídico interno y el orden internacional de los derechos humanos.

Encuentra que la disposición acusada establece una protección que se reduce a los menores de 12 años, dejando por fuera del aura de protección a los niños y niñas mayores de esa edad, lo cual considera grave y preocupante dado que la población excluida es, precisamente, la que requiere mayor amparo estatal.

Cita para el efecto algunos estudios que han alertado que la edad más frecuente de las niñas que son víctimas de explotación sexual se sitúa alrededor de los 13,5 años. Cifra que en opinión del interviniente genera aún más alarma cuando se advierte que el número de menores explotados sexualmente asciende a 35.000¹⁰.

Infiere así que la norma impugnada, al no comprender a un grupo de niños y niñas que resultan especialmente afectados por los delitos relacionados con el proxenetismo, deja de aplicar una medida de protección que podría favorecer la lucha en contra de tales prácticas. El legislador permite que se prolongue la situación crítica en la que se encuentran los menores que son explotados sexualmente y que se profundicen los efectos negativos que han tenido que padecer, desconociendo la obligación del Estado de otorgar una protección especial y prevalente a los niños y niñas¹¹.

Luego de determinar que el test de igualdad que debe aplicarse en este caso es estricto por encontrarse en juego el interés superior del menor, concluye que la distinción establecida por el aparte normativo acusado, al no perseguir una finalidad constitucionalmente imperiosa, además de que resulta inadecuada, innecesaria y desproporcionada para el logro de la hipotética intención de proteger la libertad, integridad

y formación sexual, resulta discriminatoria contrariando el derecho a la igualdad.

4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹².

Propone declarar la inexecutable del segmento demandado por violación de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que entienden por menor de edad a quien no ha cumplido los 18 años.

Como fundamento de su pretensión expone que se deja de proteger a los menores entre los 12 y 18 años, quienes si bien pueden tener un mayor grado de desarrollo fisiológico que los niños cuya edad es inferior a 12 años, también tienen derecho a que se les proteja como seres humanos y personas titulares del mismo derecho del que gozan todos los habitantes del país, además de que no sean empleados como objeto de lucro por otros, ni como instrumentos de la violencia armada, ni como víctimas de vejámenes, ni de ninguna otra vulneración de sus derechos fundamentales.

Anota que en nuestro medio social, conforme a las estadísticas de criminalidad y de víctimas del país, los proxenetas se valen de cualquier menor de edad para las prácticas sexuales que generan lucro económico, razón por la cual es más frecuente encontrar adolescentes que niños o niñas víctimas del proxenetismo.

En el caso de crímenes contra el derecho internacional humanitario señala que para los grupos armados al margen de la ley, resulta mejor utilizar adolescentes en sus filas porque no solo carecen de suficiente capacidad cognitiva, volitiva y de autodeterminación, sino que además están en capacidad física de portar y emplear armamento, así como distraer la atención de autoridades para los casos de labores de inteligencia¹³.

Respecto a las víctimas menores de edad de los delitos del Capítulo IV Título IV del Código Penal, la Oficina de atención al Ciudadano del ICBF advierte que ha recibido en los últimos 4 años las siguientes denuncias:

Consolidados de denuncias explotación sexual 2006-2009(primer semestre)

Situación

Motivo denuncia

2006

2007

2008

2009

Total

Explotación sexual

Prostitución infantil

228

315

392

240

Explotación sexual

Pornografía infantil

43

32

37

30

142

Explotación sexual

Turismo sexual infantil

9

34

24

10

77

Total

280

381

453

280

1394

Expone que en cualquier caso los menores de 18 años, requieren de tanta protección como los niños y niñas menores de 12 años, principalmente frente a delitos que revisten suma gravedad y que presuponen estructuras criminales, que ubican en iguales condiciones de desprotección a niños y adolescentes por razones de inmadurez psicológica, vulnerabilidad y cualquier otra situación externa que afecte su desarrollo adecuado.

Concluye que a pesar que en el diseño del nuevo sistema de protección legal se evidencia con mayor fuerza que dentro de la categoría de menores se impone una protección directamente proporcional entendida como que “a mayor debilidad, mayor protección”, o lo que inversamente es lo mismo “a mayor edad menor preferencia”, no justifica que tratándose de víctimas de delitos muy graves, se brinde menor protección a un adolescente que la que se otorga a un menor de 12.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 4818, recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 24 de julio de 2009, solicita a la Corte declarar la inexecutable de la expresión impugnada.

Empieza por advertir que dada la similitud entre el problema jurídico a abordar con el planteado mediante concepto anterior para el expediente D-756814, la Vista Fiscal procede a reiterar lo mencionado en tal oportunidad.

Afirma que la protección de los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un límite a la libertad de configuración legislativa en materia punitiva. Además, que la protección de la infancia y la adolescencia se componen del mismo catálogo de derechos y su distinción obedece, principalmente, al respeto que cada uno de los entes encargados de su protección debe aplicar a los niños según su nivel de desarrollo y cercanía a la mayoría de edad.

Concluye que la distinción aplicada por el legislador para punir la omisión de denuncia de particular, solamente cuando los delitos enunciados en el Capítulo IV del Título IV se realicen sobre los menores de 12 años, desconoce los derechos fundamentales de los adolescentes y la prohibición de ser discriminados.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto por cuanto el precepto parcialmente acusado hace parte de una Ley de la República (art. 241.4 superior).

2. Planteamiento del problema jurídico.

El demandante impugna parcialmente el artículo 18 de la Ley 1121 de 200615, que modificó el artículo 441 del Código Penal, que es del siguiente tenor:

El apartado que se demanda establece una medida de protección a favor del menor

de 12 años, en cuanto sanciona con prisión al particular que teniendo conocimiento de la comisión de cualquiera de las conductas contempladas en el Capítulo IV del Título IV, “De la explotación sexual”¹⁶, omite sin justa causa informar de ello de manera inmediata a la autoridad.

Para el demandante, la expresión “de doce (12) años” debe ser declarada inexecutable al excluir de su ámbito de protección a los adolescentes, es decir, a quienes son mayores de 12 años y menores de 18, vulnerando el derecho a la igualdad (art. 13 superior), los derechos de los niños (art. 44 superior), los derechos de los adolescentes (art. 45 superior) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1º, 3º, 19, 34 y 36)¹⁷.

Explica que tanto la Constitución Política como la Convención sobre los Derechos del Niño establecen que la minoría de edad comprende hasta antes de cumplir los 18 años. Además, presenta algunos datos estadísticos para demostrar que la población más expuesta a los delitos de explotación sexual son precisamente los adolescentes. Por lo tanto, encuentra que se desconoce el carácter fundamental y prevalente de los derechos de los niños, al introducirse un tratamiento discriminatorio entre los dos grupos de menores.

La mayoría de los intervinientes, en particular el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Comisión Colombiana de Juristas, la Universidad del Rosario y el Procurador General de la Nación, coinciden en solicitar que se declare la inexecutable del aparte normativo acusado, toda vez que las disposiciones de orden constitucional e internacional de los derechos humanos son claras en señalar como objeto de protección especial a todos los menores de edad (infancia y adolescencia) en condiciones de igualdad, dado que la minoría de edad comprende a quienes estén próximos a cumplir los 18 años. Así, consideran que existe un trato discriminatorio para los adolescentes, al no comprender su protección frente al delito de omisión de denuncia de particular¹⁸.

De la posición anterior se aparta la Universidad de los Andes que solicita la executable del aparte impugnado bajo la consideración de que la expedición del tipo penal hace parte de la potestad de configuración legislativa y que difieren las condiciones de desarrollo y vulnerabilidad de unos (niños y niñas) y otros

(adolescentes)¹⁹.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte debe determinar si el legislador al excluir del ámbito de aplicación del tipo penal de “omisión de denuncia de particular” respecto a los delitos de explotación sexual, a los adolescentes (mayores de 12 y menores de 18 años), vulneró el derecho a la igualdad, los derechos fundamentales de los niños y las niñas, y los derechos de los adolescentes previstos en la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como metodología a emplear para responder al interrogante señalado la Corte desarrollará los siguientes temas: i) la potestad de configuración legislativa punitiva y sus límites, ii) el interés superior del menor y la protección de su libertad, integridad y formación sexual, iii) el grupo etario que comprende al menor de edad y la jurisprudencia constitucional sobre la materia, iv) las características que identifican la omisión de denuncia de particular y v) el examen de la expresión acusada.

3. La potestad de configuración legislativa punitiva y los límites impuestos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

3.1. En virtud de la cláusula general de competencia normativa que le corresponde al Congreso de la República por los artículos 114 y 150 de la Constitución, dispone de la potestad genérica de desarrollar los mandatos superiores a través de la expedición de disposiciones legales, lo que incluye la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias²⁰.

La Corte Constitucional ha sostenido que es al legislador a quien le compete el diseño de la política criminal del Estado para determinar las conductas que constituyen delitos, las sanciones que deben imponerse y el procedimiento a cumplirse²¹.

Entonces, al órgano legislativo le asiste en materia penal una competencia exclusiva y amplia que encuentra pleno respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (arts. 1º y 3º superior)²². Bien puede el legislador penal crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o

agravación de las conductas penalizadas; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social²³.

3.2. No obstante, tal potestad de configuración legislativa penal, como ejercicio del poder público que constituye, no resulta ilimitada, pues el constitucionalismo erradica toda clase de poderes absolutos dado el carácter vinculante del Estatuto Fundamental, que no concibe la vulneración de los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos constitucionales²⁴.

Esta Corporación ha señalado que los límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado pueden ser i) explícitos e ii) implícitos. Como límites explícitos se señalan la prohibición de la pena de muerte (art. 11); el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12); la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 34); entre otras. Tratándose de los límites implícitos, puede indicarse que el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado, como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo²⁵.

Conforme a lo anterior, esta Corporación entrará a desarrollar las garantías establecidas a favor de los menores de edad tanto en el orden constitucional como internacional de los derechos humanos, en la medida en que constituyen límites al ejercicio del poder punitivo del Estado.

4. El interés superior del menor y la protección de la libertad, la integridad y la formación sexual.

4.1. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se introduce un cambio normativo favorable en la concepción que se tenía sobre los derechos del menor, porque que de ser sujetos catalogados como incapaces, bajo garantías restringidas y fuertes limitaciones, transitaron a ser reconocidos como personas libres y autónomas, con la plenitud de sus derechos, que conforme a su edad y madurez deciden sobre los aspectos concernientes a su propia vida y asumen responsabilidades²⁹.

Según la Constitución (art. 44), son derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor. Les reconoce a éstos el derecho a ser “asistidos” y “protegidos” para garantizar su “desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, como deber que pesa sobre el Estado, la familia y la sociedad. Establece, además, que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, etcétera. Igualmente, se expresa que los niños también gozarán de los demás derechos contenidos en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Por último, reza que los derechos de los niños y las niñas “prevalecen sobre los derechos de los demás”.

De otro lado, el artículo 45, ejusdem, refiere a los adolescentes para señalar que tienen derecho a la “protección” y a la “formación integral”. Adicionalmente, radica en cabeza del Estado y de la sociedad la garantía de la “participación activa” de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Tal reconocimiento constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ha permitido a la Corte sostener que son sujetos de especial protección constitucional. Que dado el carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses, tienen un status reforzado. Ha precisado que la condición de un menor no es motivo para reducir sus derechos, sino para protegerlos bajo el marco de las libertades y el principio de dignidad humana³⁰.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección especial de los derechos del menor tiene fundamento principalmente en tres razones: i) la situación de fragilidad en que se encuentran frente al mundo, atendiendo su desarrollo personal, impone al Estado cargas mayores en la defensa de sus derechos; ii) es una forma de promover una sociedad democrática cuyos asociados conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad; y iii) la pretensión de corrección del déficit de representación política que soportan los menores, al no poder participar directamente en el debate democrático³¹.

También ha manifestado la Corte que el desarrollo de un menor es armónico cuando

no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos, y es integral cuando se da en diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, social, cultural etc.) 32.

Debe indicarse que los derechos de protección tienen por objeto garantizar que el Estado adopte las medidas fácticas y normativas para la defensa de los derechos del menor. Corresponde a las primeras (fácticas) aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos materiales y humanos para impedir el menoscabo de los derechos del menor. Las segundas (normativas) son propiamente los mandatos específicos -del orden nacional o internacional- de protección³³.

4.2. La protección constitucional especial y prevalente de los derechos del menor también encuentra reconocimiento en los convenios internacionales de derechos humanos a través del principio del “interés superior del menor”, contemplado en i) la Declaración de Ginebra de 1924, ii) la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 25.2), iii) la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2), iv) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 24)³⁴, v) la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (art. 19)³⁵ y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989³⁶. Este último instrumento refiere en el artículo 3.1.:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Sobre el alcance de este párrafo 1, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 5, señaló que el principio del interés superior del menor “exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las

medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”.

Esta Corporación ha destacado que el principio de preservación del interés superior del menor convoca la disposición de un trato preferente y de protección especial que garanticen la plenitud de sus derechos³⁷.

4.3. Ahora bien, dentro de los derechos materia de protección, la Constitución Política³⁸ y los tratados internacionales de derechos humanos³⁹ coinciden en señalar la libertad, la integridad y la formación sexual del menor.

No en vano la Carta Política dispone que los menores serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. De ahí que el Estado, la familia y la sociedad deban proteger al menor frente a los denominados riesgos prohibidos, es decir, se les debe amparar frente a todo tipo de abuso, arbitrariedad y condición extrema que amenace su desarrollo armónico e integral⁴⁰.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, establece la protección del menor en aspectos diversos de su vida, de manera específica y general. Apunta a que los Estados Partes i) adopten todas las medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de abuso físico o mental, explotación y abuso sexual (art. 19.1); ii) se comprometan a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual, para lo cual los Estados adoptarán las medidas necesarias para impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34); y iii) tomen todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean indispensables para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (art. 35)⁴¹.

En la misma línea debe resaltarse el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía infantil, del año 2000, aprobado en Colombia a través de la

Ley 765 de 2002. Como consideraciones que se tuvieron en cuenta para la adopción de dicho instrumento pueden indicarse: i) la conveniencia de ampliar las medidas que los Estados deben realizar a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; ii) la profunda preocupación por la creciente trata internacional de niños y turismo sexual; iii) el reconocimiento de que algunos de los grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, están en mayor riesgo de explotación sexual; iv) la alarma por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en internet y otros medios tecnológicos modernos, trayendo a colación la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet de 1999, en donde se exige la penalización en todo el mundo; y v) la importancia de la aplicación de las disposiciones del Programa Acción para la Prevención de Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Declaración y Programa de Acción aprobado en el Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de los niños celebrada en 1996. Entre las disposiciones adoptadas por dicho Protocolo facultativo, puede destacarse el artículo 3º, que señala:

“1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2o.:

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

a) Explotación sexual del niño; (...)

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2o.;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2o.

2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

3. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

4. Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1o. del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa”.

También, ha de resaltarse el artículo 8.3 del Protocolo Facultativo, en cuanto señala que los Estados Partes velarán porque en el tratamiento por el sistema de justicia penal de los niños que son víctimas de los delitos, el interés superior del menor sea una consideración primordial. Además, el artículo 9º de dicho instrumento expresa que los Estados adoptarán las medidas legislativas para prevenir los delitos mencionados en el Protocolo y prestarán especial atención a proteger a los niños que son particularmente vulnerables a esas prácticas.

La Corte al revisar dicho Protocolo a través de la sentencia C-318 de 2003, indicó que las razones básicas para la protección especial de los niños, las niñas y los adolescentes están en; i) el principio de dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho; ii) la indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus

facultades y atributos personales, en su relación con el entorno natural y social; y iii) la obligación de garantizar un futuro promisorio mediante la protección armónica e integral de sus derechos.

Además, tal instrumento llama la atención sobre la necesidad apremiante que pesa sobre el Estado colombiano de adoptar oportuna y eficazmente todos los mecanismos jurídicos tendientes a cumplir la gran responsabilidad que implica la asistencia y protección de la población menor del país, según los informes de la Oficina en Colombia del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF⁴², la Fundación Renacer⁴³, la Oficina Regional para América Latina y el Caribe⁴⁴ y la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía de la ONU⁴⁵.

4.4. De esta forma, sobre el legislador colombiano pesan unas limitaciones constitucionales e internacionales de derechos humanos cuando efectúa regulaciones de protección a los menores. Así lo señaló la Corte en la sentencia C-507 de 2004, al expresar que “constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha hecho referencia. Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección”.

En anterior oportunidad, sentencia C-107 de 2004, esta Corporación había expresado que la potestad de configuración legislativa sobre los derechos del menor se encuentra sujeta al conjunto de reglas constitucionales e internacionales que imponen el preservar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos, con

fundamento en el reconocimiento de la protección prevalente del menor sobre los derechos de los demás⁴⁶.

5. Franja etaria que comprende la minoría de edad. La jurisprudencia constitucional ha ratificado que es menor de edad todo ser humano que no ha cumplido los dieciocho (18) años.

En virtud de una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y de lo expresamente señalado por los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*⁴⁷, esta Corporación ha sostenido que el concepto menor de edad comprende a la niñez (0 a 12 años) y a la adolescencia (mayor de 12 y menor de 18 años) y, por lo tanto, gozan de una protección igualitaria en aras de su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos⁴⁸.

5.1. De la lectura conjunta de los artículos 44 y 45 de la Constitución, la Corte ha inferido que el empleo de los vocablos “niños” y “adolescentes”, respectivamente, no tiene por objeto excluir a estos últimos de la protección especial otorgada a la niñez, sino ofrecerles mayores espacios de participación en los organismos públicos y privados dado su nivel de desarrollo⁴⁹.

En la sentencia C-092 de 2002, esta Corporación precisó que “la Carta utiliza el término ‘adolescentes’ para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación”.

Con base en lo anterior, la Corte ha señalado que “en Colombia, los adolescentes

poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)”⁵⁰. Así con un enfoque garantista, este Tribunal Constitucional ha considerado que la protección constitucional conferida por el artículo 44 a favor de los niños y niñas, incluye a todo menor de dieciocho (18) años⁵¹.

5.2. La anterior conclusión también encuentra respaldo en los tratados internacionales de derechos humanos sobre protección del menor. Veamos:

- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, establece en el artículo 1º:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

- El Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional⁵², prevé en el artículo 3º:

“El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

- La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores⁵³, expresa en el artículo 2º:

“Para los efectos de la presente Convención:

a) ‘Menor’ significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años”.

Como se observa, los tratados internacionales mencionados determinan de manera expresa que es menor de edad aquella persona que no ha cumplido los dieciocho (18) años. Entonces, puede sostenerse que asiste el derecho a los adolescentes de exigir del Estado, la familia y la sociedad la protección integral de sus derechos como menores de edad, lo cual surge del garantismo que debe preceder a toda democracia

constitucional que predique un Estado humanista. En otras palabras, se busca proteger el interés superior del menor frente a la eventual agresión por otros y del poder estatal, mediante el establecimiento de límites al poder con la finalidad de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas⁵⁴.

De ahí que los derechos del menor han de interpretarse a la luz de los principios pro infans, pro libertatis y pro homine. En la interpretación y aplicación de los derechos del menor habrá de sobreponerse siempre la norma más favorable al interés superior del menor⁵⁵.

5.3. La proposición jurídica consistente en que la minoría de edad va hasta antes de cumplir los 18 años, ha permitido a la Corte declarar la inexecutable de distintas disposiciones penales, por haber limitado la protección sólo a la niñez, según puede observarse:

- En la sentencia C-1068 de 2002 se declaró inexecutable la expresión “de doce (12) años”, prevista en el artículo 231 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, mediante el cual se regula el tipo penal de mendicidad y tráfico de menores, en la medida que excluía de la condición de víctima a los mayores de 12 y menores de 18 años.

- En la sentencia C-247 de 2004 se declaró inexecutable la expresión “de catorce (14) años”, contenida en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, que establece como circunstancia de agravación punitiva para el delito de inasistencia alimentaria, el que se comete contra un menor de 14 años, excluyendo a los mayores de 14 y menores de 18 años.

- En la sentencia C-468 de 2009 se declaró inexecutable la expresión “de doce (12) años”, prevista en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, que regula el tipo penal de abandono de menor, por excluir a los mayores de 12 y menores de 18 años.

En esta última decisión se abordó como problema jurídico si el Congreso al reconocer la condición de víctima del delito de abandono solamente a los menores de 12 años, dejando por fuera a los adolescentes, violaba los artículos 13, 44, 45 y 93 de la Constitución. La Corte, al declarar la inexecutable de la expresión “de doce (12) años”, tuvo como fundamento principal para su decisión el que la condición de menor de edad

comprende a toda persona que no ha cumplido los 18 años. Además, el criterio distintivo utilizado por el legislador no resultaba razonable ni proporcionado al fin perseguido con la medida.

Por último, la Sala estima oportuno mencionar que la legislación colombiana desarrolla la fase etaria que comprende al menor de edad, tanto en el Código Civil como en el Código de la infancia y la adolescencia, reconociendo como menor a quienes aún no han alcanzado los 18 años de edad⁵⁶.

6. Las características que identifican el tipo penal de omisión de denuncia de particular.

6.1. El tránsito del Estado liberal fundado en el postulado *laissez faire-laissez passer*, al Estado social de derecho (art. 1º superior), conlleva indefectiblemente un cambio en el paradigma de la defensa de los derechos y, particularmente, en el cumplimiento de los deberes.

La existencia del Estado social de derecho comporta la auto imposición de deberes sociales para el Estado y también para los particulares. Existe una relación de complementariedad entre los derechos y los deberes constitucionales. De ahí que la persona humana no sólo es titular de derechos sino que también está sujeto a deberes y obligaciones imprescindibles para la convivencia social⁵⁷.

Ello se irradia claramente en la Constitución Política, cuando al señalar que Colombia es un Estado social de derecho, a renglón seguido lo funda, entre otros principios, en la solidaridad (art. 1º). También, al establecer como fines esenciales del Estado el garantizar “la efectividad de los principios, derechos y deberes”, además, de reconocer que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de “los deberes sociales” del Estado y de “los particulares” (art. 2º).

Ha de resaltarse que la Carta Política consagra el deber de los nacionales y de los extranjeros de acatar la Constitución y las leyes (art. 4º), como también que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir esta normatividad (art. 6º). Específicamente, el artículo 95 de la Carta expone los deberes y obligaciones de la

persona y del ciudadano, indicando, entre otros, los siguientes:

“2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

(...)

4. Defender ...los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.

(...)

7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.

6.2. Para el caso concreto del hecho punible de omisión de denuncia de particular, puede apreciarse que se trata de una medida que impone un deber jurídico de actuar, que encuentra sustento constitucional en los mandatos de obrar conforme al principio de solidaridad social y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.2.7)⁶⁰.

Como expresión de los deberes sociales de los particulares, este tipo penal se encuentra consagrado en el artículo 441 del Código Penal, bajo el Título XVI que consagra los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia.

La doctrina cataloga en términos generales este tipo penal como omisión propia⁶¹, de mera conducta, que no admite tentativa y donde el sujeto activo es indeterminado⁶².

A partir de la Ley 599 de 2000, Código Penal, la omisión de denuncia de particular se consagra en el artículo 441⁶³; después, es objeto de modificación por el artículo 9º de la Ley 733 de 2002, por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión⁶⁴; posteriormente, reformado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que modifica y adiciona el Código Penal⁶⁵; y finalmente modificado por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006, que dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo⁶⁶.

De esta manera, el supuesto de hecho de la omisión de denuncia de particular, en lo que

concierno específicamente a los delitos de explotación sexual, se ha mantenido en su esencia incólume sobre las leyes que posteriormente han modificado el Código Penal.

El motivo que llevó al Congreso de la República a la aprobación del tipo penal de omisión de denuncia de particular, se reduce a señalar que su consagración obedece a los delitos de mayor impacto social, que impone el deber de solidaridad como pilar fundamental del Estado social de derecho⁶⁷.

De otra parte, bajo el Título IV (delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexual) del Capítulo IV (delitos de explotación sexual), se contempla el tipo penal de “omisión de denuncia” (art. 219B), que parte esencialmente de un sujeto activo cualificado (por razón de su oficio, cargo, o actividad, al igual por el servidor público), que protege a los menores de 18 años y establece una pena de multa⁶⁸.

De igual modo, el artículo 417 del Código Penal, establece el tipo penal de “abuso de autoridad por omisión de denuncia”, señalando que la pena será de 2 a 4 años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular⁶⁹.

Por último, el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, refiere al “deber de denunciar”, que constituye una norma general, según puede extraerse sin mayores lucubraciones de su contenido literal⁷⁰.

7. La inexequibilidad de la expresión “de doce (12) años” por excluir del ámbito de protección de la omisión de denuncia de particular frente a los delitos de explotación sexual, a la población adolescente como sujeto pasivo.

En el presente caso, el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006, que modifica el artículo 441 del Código Penal, contempla el tipo penal de omisión de denuncia de particular, que tiene por objeto establecer una medida de protección a favor del menor de 12 años, al sancionar con prisión de 3 a 8 años, a quien teniendo conocimiento de la comisión de cualquiera de los delitos de explotación sexual, contempladas en el Capítulo IV del Título IV, omita sin justa causa informar de ello de manera inmediata a la autoridad.

7.1. Ab initio podría sostenerse que el legislador colombiano al establecer como sujeto

pasivo del tipo penal de omisión de denuncia de particular respecto a los delitos de explotación sexual, sólo a los menores de 12 años, busca cumplir a cabalidad los imperativos constitucionales e internacionales de derechos humanos que disponen una protección preferente de los menores, especialmente a quienes por su condición de niñez (0 a 12 años), requieren de una protección mayor dada su falta de madurez, además, que se estaría frente a una ley (1121 de 1006) de mayor impacto social.

7.2. No obstante, es claro para la Corte que esta conclusión inicial carece de todo fundamento constitucional toda vez que la disposición impugnada parte de establecer una protección limitada tan sólo a los “menores de doce (12) años”, con lo cual termina excluyendo de su órbita de amparo y sin justificación constitucional alguna, a los adolescentes (mayores de 12 y menores de 18 años), quienes también están cobijados por el concepto “menor de edad”.

La Corte no desconoce que la niñez (0 a 12 años) es una población que se encuentra en condición de indefensión por causa del nivel de desarrollo de sus facultades y atributos personales. No obstante, ello no excluye el que los adolescentes estén exceptuados de los delitos de explotación sexual. Máxime cuando, como se apreciará, son la población más expuesta a los delitos que se identifican como conductas propias de explotación sexual.

Según se ha expuesto, si bien la Carta Política le reconoce al legislador la potestad de diseñar la política criminal del Estado, ésta no es una actividad que pueda desarrollarse con absoluta libertad, toda vez que tratándose de regulaciones concernientes al “interés superior del menor”, el Estado colombiano está obligado a adoptar e implementar todas las medidas necesarias con el fin de preservar la protección especial que le confiere la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*.

Es necesario insistir que la protección de la niñez y la adolescencia se componen del mismo catálogo de derechos y garantías en materia de protección y asistencia. En Colombia la distinción entre dichos grupos etarios no se realizó para efectos de la prevalencia de los derechos de unos sobre otros o para la exclusión de los segundos de la protección especial otorgada a los primeros, sino que pretende hacer más participativa

la intervención de los adolescentes en las decisiones que les conciernen, dado su mayor grado de capacidad, autonomía y madurez. De ahí que gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que la niñez y, por lo tanto, están cubiertos por las mismas garantías y beneficios⁷¹.

Además, puede apreciarse por la Corte que con la expedición de la Ley 1329 de 2009, el umbral de protección previsto por el legislador para las modalidades delictivas de explotación sexual, es de 18 años de edad, reconociendo así la necesidad de tutela penal en el ámbito de la protección de la libertad, la integridad y la formación sexual.

7.3. Ahora bien, la Corte precisa que los niños y las niñas (de una parte) y los adolescentes (de otro lado), son grupos poblacionales con características disímiles por su nivel de desarrollo. No obstante, con la expresión impugnada el legislador penal termina estableciendo una diferencia de trato entre la niñez (0 a 12 años, niños y niñas) y la adolescencia (mayores de 12 y menores de 18 años), que no encuentra justificación constitucional alguna, toda vez que es menor de edad todo aquel que no ha cumplido los 18 años de edad.

El criterio diferenciador empleado por el legislador en la norma penal cuestionada, ni siquiera superaría el más exiguo test de razonabilidad, toda vez que la restricción establecida al sujeto pasivo -que sea menor de 12 años-, no encuentra un fin constitucionalmente legítimo, ni imperioso (juicio estricto), al excluir a la población “adolescente” del ámbito de protección constitucional que como menores de edad tienen derecho al ser menores de 18 años.

Sin duda la norma demandada priva a un grupo significativo de menores de edad -adolescentes-, de una importante medida de protección penal que busca asegurar el goce efectivo de bienes tan preciados como la libertad, la integridad y la formación sexual. No resulta razonable ni proporcionado el aparte acusado dado que se muestra como una medida contraria al artículo 13 superior, al generar una grave desprotección para con los derechos de los adolescentes⁷².

7.4. Agregado a lo anterior, la realidad social muestra en Colombia una problemática que enfrentan los adolescentes y que hace imperante la intervención del Estado para garantizar, sin reparo alguno, el interés superior del menor frente a los

delitos de explotación sexual.

Como lo anotan el demandante y algunos intervinientes⁷³, varios estudios estadísticos llaman la atención en cuanto que la población adolescente es particularmente víctima de los delitos de explotación sexual, lo cual hace imperioso que la Corte refiera brevemente a algunos de los estudios que se han realizado sobre la materia. En efecto:

- El “Estudio Nacional Exploratorio Descriptivo sobre el Fenómeno de Trata de Personas en Colombia”, realizado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODOC, la Universidad Nacional de Colombia y el Ministerio del Interior y de Justicia, año 2009⁷⁴, señala que la trata de personas está vinculada, entre otras, con la explotación de la prostitución ajena que tiene presencia en todas las zonas, el reclutamiento forzado reportado en todas las zonas menos en Bogotá y el turismo sexual en todas las zonas menos en el sur. Expone la predominancia de trata asociada a la explotación sexual infantil y al turismo sexual en la costa atlántica, mientras que el matrimonio servil y el reclutamiento forzado en el sur y las zonas fronterizas.

En torno a las edades de las víctimas, en lo concerniente a la explotación de la prostitución ajena, señala un 12% (0 a 6 años), 39% (7 a 14 años) y 52% (15 a 18 años); en turismo sexual se registra un 0% (0 a 6 años), 4% (7 a 14 años) y 4% (15 a 18 años); y en reclutamiento forzado es del 0% (0 a 6 años), 8% (7 a 14 años) y 8% (15 a 18 años). La ocupación de los tratantes presenta a los administradores de bares, seguido de proxenetas y traficantes de drogas. Se indica que el conflicto interno es un escenario que permite diversas manifestaciones de violencia, en especial contra las mujeres, niñas y niños que son los más vulnerables. Los cuerpos de las mujeres se convierten en botín de guerra sin importar ninguna condición, escondiéndose actos de barbarie sexual, que se expresa en abusos sexuales, embarazos y abortos forzados, mutilación y esclavitud sexual.

Por último, resalta como sujetos pasivos de la trata a las mujeres en un 54%, que se encuentran en los rangos entre 7 a 14 años y 15 a 18 años de edad, identificadas en su mayoría bajo las modalidades de la prostitución ajena, servidumbre, mendicidad ajena y trabajos o servicios forzados. En la modalidad de explotación sexual, se señalan mujeres y adolescentes, que trabajan en la informalidad, quienes vivencian ambientes de violencia, maltrato, explotación y abuso sexual y algún grado de abandono⁷⁵.

- El “Estudio de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Niñez”, realizado sobre trece países, año 2005, en lo concerniente a la “magnitud del abuso sexual en un enfoque de entornos”, se señala en relación con Colombia:

“Según calcula el Instituto Nacional de Ciencia Forense y Medicina Legal, cada año unos 11,000 niños y niñas son víctimas de abuso sexual. Otra fuente indica que esta cifra apenas constituye entre el 2-5% del abuso sexual infantil que tiene lugar en el país. El Fiscal General de Colombia calcula que 25,000 niños y niñas son víctimas de explotación sexual; 16,000 de ellos tienen entre ocho y doce años. En los informes provenientes del Ministerio de la Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se detecta un incremento en el número de niños y niñas menores de diez años a quienes se les induce a la explotación sexual comercial. Las niñas colombianas son sujeto de trata hacia Europa, Estados Unidos y varios países de América Latina. Interpol ha revelado no menos de 54 rutas para la trata de personas, por los que pasan niños y niñas entre los 12 y 18 años...Las edades de los niños y las niñas a quienes con engaños se les lleva a la explotación sexual oscilan entre los 6 y 16 años. En Colombia, entre 6 y 11,000 niños y niñas están vinculados a los grupos armados. Todas las partes en conflicto recurren a la violencia contra las mujeres, que incluye la violación y la mutilación de los genitales, como una manera de sembrar un clima de terror” 76.

- El “Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño” del año 2005, traído a colación en la intervención de la Comisión Colombiana de Juristas, bajo el acápite del “Derecho a la protección integral contra el abuso y la explotación sexual comercial”, expone que “el 86% de las víctimas de violencia sexual son niños y niñas, la población más afectada aquella entre los 10 y 14 años, seguida por la de 5 a 9 años. De acuerdo con (el) Instituto Nacional de Medicina Legal, en el 2003 se realizaron 14.239 dictámenes sexológicos de los cuales el 84% fue practicado a niñas con una edad promedio de 13 años y el 16% a niños entre los 9 y 12 años...Aproximadamente 35 mil niños y niñas son explotados sexualmente en Colombia⁷⁷; de ellos, solamente 14.400 han sido atendidos por el ICBF⁷⁸. La edad más frecuente para que niños y niñas sean iniciados en la explotación sexual es de 13.5 años, aunque en la ciudad de Cartagena las autoridades han encontrado niñas de 10 años de edad ejerciendo la prostitución; Barranquilla, Pereira y Bogotá son otras ciudades donde se presenta este fenómeno. Los motivos más generalizados para vincularse son la violencia

intrafamiliar, el desplazamiento forzado y la necesidad del dinero”⁷⁹.

Adicionalmente, el texto “Derechos de los niños y las niñas”, de la Universidad Nacional de Colombia, en relación con la explotación sexual de las niñas, niños y adolescentes, la Defensora Delegada para la Niñez y la Familia⁸⁰ recuerda que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, estima que globalmente existen 10 millones de menores explotados sexualmente. Precisa que UNICEF señala que cada año 1 millón, en su mayoría niñas, lo son fines comerciales. Manifiesta que en Colombia no existen cifras certeras debido a la clandestinidad con que se realiza dicha actividad, aunque la Fiscalía General de la Nación indica que el fenómeno puede superar los 25 mil niños y niñas en el territorio nacional. Añade que la explotación sexual infantil se expresa bajo diversas modalidades como el turismo sexual, el tráfico de menores de edad y principalmente la prostitución infantil, que compromete múltiples aspectos del desarrollo como la salud física y mental, el bienestar emocional y la calidad de vida⁸¹.

También ha de resaltarse que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– confirma en su intervención que es más frecuente encontrar adolescentes víctimas de los delitos de explotación sexual⁸².

Entonces, la Corte corrobora de los estudios mencionados que no solo la niñez en Colombia sino también los adolescentes, son objeto de vejámenes contra la libertad, la integridad y la formación sexual, lo cual hace imperiosa la intervención del Estado para la garantía y protección de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, el mayor impacto social de los delitos que motivó la expedición de la Ley 1121 de 2006, si bien en principio expone la protección especial de la niñez (0 a 12 años) a causa del nivel de desarrollo de sus facultades y atributos personales frente a los delitos de explotación sexual, también debe comprender a los adolescentes (mayores de 12 y menores de 18 años), toda vez que, conforme se ha expuesto, la realidad social nos muestra que dicha población es particularmente la más afectada.

7.5. De otra parte, tipos penales como la “omisión de denuncia” (art. 219B del Código Penal), no complementan, ni menos ayudan a superar la exclusión de los adolescentes que se expone para el caso que nos ocupa, como lo es la “omisión de

denuncia de particular”, ya que parte de un sujeto activo cualificado (por razón de su oficio, cargo, o actividad...servidor público) y no indeterminado (particular), estableciendo una sanción de multa y no de prisión⁸³.

De igual modo, el tipo penal que se examina no puede confundirse con el “deber de denunciar”, establecido en el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que no acarrea consecuencia sancionatoria alguna⁸⁴.

Ni menos puede superarse la exclusión con el artículo 417 del Código Penal, toda vez que refiere al tipo penal de “abuso de autoridad por omisión de denuncia”, predicable del servidor público y estableciendo una pena de 2 a 4 años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular⁸⁵.

7.6. Ahora bien, la Corte no encuentra necesario integrar la unidad normativa de la disposición acusada con los artículos 219 B y 417 del Código Penal. Ello por cuanto no se cumplen los presupuestos estatuidos por la jurisprudencia constitucional para su procedencia excepcional⁸⁶. Si bien puede apreciarse que las penas establecidas en uno (norma acusada) y otros tipos penales (no demandados) difieren en el quantum -sanción establecida-, la demanda de inconstitucionalidad que nos ocupa atiende a tópicos diferentes -sujeto pasivo del tipo penal-, bajo modelos descriptivos que en principio difieren, por lo que no se presenta la estrecha relación con el contenido normativo acusado, ni tampoco resulta absolutamente indispensable para pronunciarse sobre lo impugnado⁸⁷.

7.7. Conforme a lo anterior, la Corte puede señalar que la omisión de denuncia de particular, como expresión del deber de solidaridad y colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95 superior), tratándose de los delitos de explotación sexual, debe comprender como sujeto pasivo a todo menor de edad (niñez y adolescencia).

La expresión “de doce (12) años”, prevista en el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006, que modificó el artículo 441 del Código Penal, será declarada inexecutable por resultar violatoria de los artículos 13, 44 y 45 de la Constitución, y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (arts. 1º, 3º, 19, 34 y 36).

Ello con la finalidad de excluir del ordenamiento jurídico el límite de edad establecido para el sujeto pasivo del delito de omisión de denuncia de particular, dado que la condición de menor de edad comprende a toda aquel que no ha cumplido los 18 años, esto es, a la niñez (0 a 12 años) y a la adolescencia (mayores de 12 y menores de 18 años), quienes indistintamente deben tener la condición de sujetos pasivos de este tipo penal.

8. La conclusión en el presente caso.

La Corte colige que la expresión acusada “de doce (12) años”, contenida en el tipo penal de “omisión de denuncia de particular”, resulta inexecutable por excluir de su ámbito de protección -sujeto pasivo- respecto a los delitos de explotación sexual, a los adolescentes -déficit de protección respecto a los mayores de 12 y menores de 18 años-. Así se vulneran el derecho a la igualdad (art. 13 superior), los derechos de los niños y las niñas (art. 44 superior), los derechos de los adolescentes (art. 45 superior) y, principalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1º, 3º, 19, 34 y 36).

Determinación que guarda coherencia con la jurisprudencia constitucional sentada en las sentencias C-468 de 2009, C-247 de 2004 y C-1068 de 2002, en la medida en que se sostiene que los tipos penales que incluyan a los menores de edad como sujetos pasivos, deben tener presente que la protección especial a ellos prodigada por el orden interno e internacional de los derechos humanos comprende también a los adolescentes. Esta premisa tiene por fundamento que es menor de edad todo aquel que no ha cumplido los 18 años y que el uso de los vocablos “niños” y “adolescentes” no tiene por objeto excluir a estos últimos de la protección especial, sino ofrecerles mayores espacios de participación en los organismos públicos y privados conforme a su nivel de desarrollo. Además, la población más expuesta a los delitos que comprende explotación sexual es precisamente la adolescente que resulta excluida.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE la expresión “de doce (12) años”, contenida en el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006, que modificó el artículo 441 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento aceptado.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Esta disposición había sido objeto de modificación por los artículos 9º de la Ley 733 de 2002 y 14 de la Ley 890 de 2004.

2 Diario Oficial No. 46.497 de 30 de diciembre de 2006.

3 La Academia Colombiana de Jurisprudencia y el ciudadano Jaime Ballesteros Beltrán, según constancias de la Secretaría General de la Corte Constitucional de fechas 7 y 1 de julio de 2009, respectivamente, intervinieron de forma extemporánea.

4 Interviene la Dra. Andrea Mateus Rugeles, profesora de Carrera Académica.

5 Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de 10 a 22 años y multa de 66 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6 Constreñimiento a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de 9 a 13 años y multa de 66 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7 Interviene el Dr. Oscar José Celedón Ruiz, Coordinador del Área Penal de Consultorio Jurídico.

8 El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de 10 a 50

salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo.

9 Intervienen los Dres. Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Juan Camilo Rivera R., como Director, Coordinadora Área de Promoción y Debates y Auxiliar Área de Promoción y Debates, respectivamente.

10 Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia (COALICO). Alternative report to the report of the government of Colombia on the situation of the rights of the child in Colombia. 2005, p. 69. Disponible en <http://www.coalico.org/quehacemos/infalterno.htm>.

11 De acuerdo con un informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que se ocupó de estudiar el fenómeno de la prostitución en distintas ciudades de Colombia, algunas de las situaciones que genera la prostitución son: enfermedades de transmisión sexual y el contagio del VIH; el consumo de drogas, licor y cigarrillo; el maltrato físico y psicológico causado por los clientes; y la inseguridad de los ambientes circundantes al ejercicio de su actividad. Cft. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Fundación Renacer. Reconocimiento y caracterización de los niños, niñas y adolescentes vinculados a la prostitución en San Andrés, Antigua Providencia y Santa Catalina, Barranquilla, Pereira y Magangué, Bogotá, 1997. Disponible en: <http://www.sijo.gov.co/investigaciones/buscar.php?ver=15>.

12 Interviene el Dr. José Oberdan Martínez Robles, Jefe de la Oficina Jurídica.

13 El ICBF tiene un registro de 1534 niños, niñas y adolescentes, víctimas del delito de reclutamiento ilícito que han ingresado a sus programas de atención a desvinculados del grupos armados al margen de la ley entre el 1 de enero de 2004 al 31 de mayo de 2009. Del total de niños, niñas y adolescentes que reciben, 2439 son adolescentes que ingresaron al ICBF entre los 12 y 17 años. La mayor concentración de ingreso al programa está entre los 14 y 17 años, coligiendo que los menores de edad víctimas del delito de reclutamiento se encuentra en la franja de 12 a 18 años. Considera necesario comprender dentro del delito de omisión de denuncia de particular todas las edades entre 0 y 17 años.

14 Culminó con la sentencia C-468 de 2009, donde la Corte declaró inexecutable la

expresión “de doce (12) años”, prevista en el artículo 127 del Código Penal.

15 Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.

16 El texto original era: “DEL PROXENETISMO”. Hoy, la Ley 1329 de 2009, modificó el Título IV de la Ley 599 de 2000, que quedó así: “CAPITULO IV. DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL”. Como conductas propias de la explotación sexual se señalan: inducción a la prostitución (art. 213), proxenetismo con menor de edad (art. 213A), constreñimiento a la prostitución (art. 214), estímulo a la prostitución de menores (art. 217), demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (art. 217A), pornografía con personas menores de 18 años (art. 218), turismo sexual (art. 219), utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (art. 219A), omisión de denuncia (art. 219B).

17 El artículo 93 de la Constitución, constituye una norma de reenvío a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales prevalecen en el orden interno. Conforme a esta disposición superior, la jurisprudencia constitucional ha referido a la figura de origen francés denominada bloque de constitucionalidad stricto sensu.

18 La Academia Colombiana de Jurisprudencia solicita la inexecutable del aparte impugnado, aunque su intervención es extemporánea.

19 El ciudadano Jaime Ballesteros Beltrán interviene para solicitar la executable de la norma parcialmente cuestionada, aunque lo hace de forma extemporánea.

20 Sentencia C-1404 de 2000.

21 Sentencia C-1080 de 2002.

22 Sentencia C-226 de 2002.

23 Sentencia C-013 de 1997.

24 Sentencia C-420 de 2002. Cft. Sentencias C-148 de 2005, C-475 de 2005 y C-1033 de 2006.

25 Sentencia C-070 de 1996. Cft. Sentencia C-468 de 2009.

26 En la sentencia C-939 de 2002, se sostuvo: “En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca”.

27 En la sentencia C-939 de 2002, se señaló: “En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad”.

28 En la sentencia C-939 de 2002, se indicó: “Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional”.

29 Sentencia C-507 de 2004.

30 Ibidem.

31 Ibidem. Cft. Sentencia C-468 de 2009.

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

35 Aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972.

36 Aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991.

37 Cft. Sentencias C-507 de 2004 y T-510 de 2003.

38 Artículo 44.

40 Sentencia T-510 de 2003.

41 Cft. Sentencia 507 de 2004.

42 “Situación General: Los niños de Colombia son las principales víctimas de la violencia y de la crisis política e institucional del país. Los derechos de los niños son violados constantemente. Según la proyección del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), hoy la población colombiana llega a 40.214.723 habitantes. De ellos el 41.5% es decir, 16.722.708 son menores de 18 años, de ellos: ...

“Una estimación de 4.500.000 niños en Colombia con edades comprendidas entre los 4 y 12 años son abusados física, moral y psicológicamente; 850.000 son abusados en una forma severa y constante”.

43 “En Colombia hay 18’000.000 de personas menores de 18 años y las investigaciones desarrolladas en el país estiman cifras que van desde considerar que hay 4.477 mujeres menores de 20 años ejerciendo la prostitución (Censo de la Policía Nacional, 1997) hasta plantear que existen 35.000 niños(as) vinculados(as) a esta práctica (estimación del DAS y la Interpol, 1998) pasando por una cifra media de 20.000 niños(as) explotados(as) sexualmente (Fundación RENACER, 1997).

“Todas las fuentes coinciden en afirmar que el ingreso de niños y niñas a la prostitución es cada día mayor. Igualmente se plantea que las edades de vinculación a la prostitución son cada vez más tempranas, encontrando por reportes de historias de vida niños(as) que empezaron a ser explotados(as) sexualmente desde los 9 años. Esta situación se ha

visto incrementada por la creencia falsa de que los niños y niñas tienen menos posibilidades de tener enfermedades de transmisión sexual y por el miedo de los adultos abusadores a contraer VIH/ SIDA”.

44 “La explotación sexual comercial, sea bajo formas de turismo sexual o en ámbitos de prostitución urbana, ha verificado altas tasas de ocupación infantil. En Brasil, Paraguay, Colombia y República Dominicana se ha constatado la importancia de esta violación criminal -en el sentido legal del término- de los derechos de niños y niñas, aunque existe evidencia de que la dimensión real del mismo es de mayor envergadura.

“Cada año, al menos seis millones de personas menores de 18 años son víctimas de agresión física severa y de éstas 85.000 mueren a causa de la violencia intrafamiliar. Las investigaciones existentes muestran que el abuso sexual comienza tan temprano como a los cinco años de edad, y aumenta significativamente entre los cinco y los nueve años. La información de distintos países es coincidente también en que entre un 70% y un 80% de las víctimas son niñas; en la mitad de los casos los agresores viven con las víctimas y, en un 75% de los casos, son familiares directos de los niños y niñas de los que abusan”.

45 Documento A/51/456 de 1996:

“A. Causas

“9. Las causas que dan lugar a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de los niños en la pornografía tienen numerosas dimensiones que van desde las violaciones estructurales o sistemáticas de los derechos de los niños a las violaciones particulares y menos organizadas. En toda situación suelen combinarse varias causas.

“10. Las causas del problema abarcan una amplia gama de circunstancias y de prácticas perniciosas que van en contra de los intereses de los niños, desde la necesidad económica a las discrepancias socioculturales, pasando por la discriminación sexual y otras formas de discriminación por motivos de raza, casta o clase. Por lo que respecta a la discriminación por motivos de género, las niñas son más vulnerables a la explotación sexual, ya que, entre otras cosas, hay una cultura de violencia, violación, incesto y abusos sexuales y de otra índole contra las mujeres. La discriminación comprende también

el menosprecio sistemático de las mujeres, a las cuales se valora en términos de “propiedad” o por lo que pueden ganar con su trabajo, y arraiga en la organización social y las estructuras de poder, que dan a los hombres mayores prerrogativas y poder sobre las mujeres.

“11. Otras causas de la explotación de los niños son el crecimiento demográfico, tanto a escala nacional como a escala más local (por ejemplo, en el caso de la migración urbana); la debilitación de la estructura de la familia, que priva a los niños de uno de los elementos más estabilizadores de sus vidas, y la pérdida de los valores sociales y espirituales, que ofusca el buen discernimiento de los padres, quienes pueden considerar al niño un factor de producción o una inversión por razones económicas en lugar de un ser dotado de derechos fundamentales y de una dignidad inherente a su condición humana. La situación se agrava aún más por el hecho de que las prioridades políticas sobre todo en lo que respecta a cuestiones presupuestarias, suelen estar poco equilibradas, y el desarrollo y la protección de los niños se considera un asunto de escasa prioridad. ...

“1. Las víctimas

“14. En todo el mundo, los niños se están volviendo cada vez más vulnerables a la explotación sexual con fines comerciales. Su vulnerabilidad suele deberse a las circunstancias que atraviesa su familia, ya sea que pertenezcan a una familia marginada o destrozada, hayan recibido malos tratos en ella o sean hijos de mujeres que trabajan en la industria del sexo.

“15. Los niños de la calle son particularmente vulnerables, ya sea por la presión que suelen ejercer sobre ellos sus compañeros o porque la prostitución constituye para ellos un medio de subsistencia. Los niños que se encuentran en orfanatos o bajo la custodia de las autoridades locales también suelen ser objeto de abusos sexuales por parte de los adultos que ostentan cargos de confianza o de autoridad. Son víctimas fáciles de los desaprensivos que alegan el pretexto de que ha habido consentimiento.

“16. Asimismo, la frecuencia creciente con que se recurre a la fuerza o al rapto para arrastrar a los niños a las redes de explotación y abuso entraña una amenaza grave para los niños que no pertenecen a grupos marginales”.

46 El principio del interés superior del menor ha sido objeto de desarrollo legislativo en Colombia a través de la Ley 1098 de 2006, contentiva del Código de la Infancia y la Adolescencia. Los artículos 7º, 8º y 9º establecen que se garantiza la protección integral del menor conforme al principio del interés superior del menor, que dicho principio constituye un imperativo que obliga a todos y que en cualquier expedición de acto, decisión o medida administrativa o judicial, o de cualquier otra naturaleza, prevalecerán los derechos del menor. De igual modo, contempla el derecho a la integridad personal, en cuanto los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen, por ejemplo, el sufrimiento físico, sexual o psicológico, entendiendo por maltrato, entre otros, toda forma de abuso físico, omisión o explotación sexual (art. 18). También determina dicha ley que los niños, las niñas y los adolescentes son objeto de protección contra la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexual de la persona menor de edad; y la transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual (art. 20.4.18). Por último, contempla como obligaciones del Estado, en el contexto del desarrollo integral del menor, el prevenir y atender la violencia sexual (art. 41.26).

47 Particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

48 Ver, sentencias C-019 de 1993, C-226 de 1999, C-092 de 2002, C-1068 de 2002, C-318 de 2003, C-170 de 2004, C-247 de 2004, C-507 de 2004, C-534 de 2005, C-118 de 2006 y C-468 de 2009, entre otras.

49 Sentencias C-092 de 2002.

50 Sentencia C-019 de 1993.

51 Sentencia C-092 de 2002. Recuérdese que el artículo 98 de la Constitución dispone: “Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años”.

52 Aprobada en Colombia a través de la Ley 256 de 1996. Sentencia C-383 de 1996.

53 Aprobada en Colombia a través de la Ley 470 de 1998. Sentencia C-226 de 1999.

54 Cft. Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Madrid. 2005. Págs. 21 y 22.

55 Cft. Sentencias C-170 de 2004 y C-507 de 2004.

56 El Código Civil denomina infante al niño o niña que no ha cumplido los siete años, impúber al que no ha cumplido catorce años y adulto al que ha dejado ser impúber, mayor de edad al que ha cumplido (los 18 años) y menor de edad el que no ha llegado a cumplirlos (art. 34). La Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia, establece en el artículo 3º: “SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”.

58 Sentencia T-125 de 1994.

59 Ibidem. Cft. SU.747 de 1998.

60 Cft. Sentencia C-067 de 1996.

61 La omisión será propia cuando el mismo tipo penal la consagre expresamente. En contraposición a la omisión impropia cuando no esté consagrada explícitamente en un tipo penal y sea necesario inferirla de un tipo penal normalmente de resultado, previsto en la parte especial. La omisión impropia recibe también en la doctrina el nombre de comisión por omisión.

62 Cft. El delito de omisión en el nuevo Código Penal. Juan Carlos Forero Ramírez. Serie Lex Nova. Legis. 2005. Págs. 27 a 33. Igualmente, puede consultarse el texto: Derecho Penal, Parte General. Cuarta Edición. Fernando Velásquez V. Librería Jurídica COMLIBROS. Págs. 658 y ss.

63 Texto original: El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera

de las conductas contempladas en el título II de éste Libro o de las conductas contenidas en Capítulo IV del Título IV del Libro II cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

64 Amplía los delitos que comprende el tipo penal de omisión de denuncia de particular, aumenta la pena de prisión y establece una circunstancia de agravación punitiva. Veamos su contenido: El que teniendo conocimiento de la comisión de delitos de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro Extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario o de las conductas de proxenetismo cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años. La pena se aumentará en la mitad para el servidor público que cometa cualquiera de las anteriores conductas de omisión de denuncia.

65 Se aumentan las penas. Apreciemos lo que señala: El que teniendo conocimiento de la comisión de delitos de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro Extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario o de las conductas de proxenetismo cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses. La pena se aumentará en la mitad para el servidor público que cometa cualquiera de las anteriores conductas de omisión de denuncia.

66 Precisa el tipo penal y aumenta la pena. Señala: El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas,

enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

67 Ley 599 de 2000: Gaceta del Congreso No. 139 del 6 de agosto de 1998. Pág. 18.

68 ARTÍCULO 219-B. OMISIÓN DE DENUNCIA. <Artículo adicionado por el Parágrafo Transitorio del Artículo 35 de la Ley 679 de 2001. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto adicionado y con penas aumentadas es el siguiente:> El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo.

69 Abuso de autoridad por omisión de denuncia. El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular.

70 DEBER DE DENUNCIAR. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

71 Sentencias C-468 de 2009, C-118 de 2006, C-507 de 2004, C-247 de 2004, C-170 de 2004, C-1068 de 2002, C-092 de 2002 y C-226 de 1999.

72 En la sentencia C-468 de 2009, que declaró inexecutable la expresión “de doce (12) años, prevista en el artículo 127 del Código Penal (abandono), se señaló: “El criterio distintivo utilizado por el legislador en la norma acusada, basado exclusivamente en la edad del niño, no resulta entonces razonable y proporcional al fin perseguido con la medida: la protección del menor”.

73 Comisión Colombiana de Juristas e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

74 Comprende el periodo de febrero a julio de 2008. Busca visibilizar la dinámica de esta problemática en catorce ciudades del país: Bogotá, Medellín, Manizales, Pereira, Armenia, Cúcuta, Barranquilla, Cartagena, Ipiales, Pasto, Tumaco, Cali, Buenaventura y Neiva.

75 A efectos de profundizar sobre la materia, ver Tercer Capítulo que contiene el análisis de los hallazgos a nivel nacional. Págs. 227 a 289.

76 Presentación Global de la Alianza Internacional Save the Children. 10 puntos de aprendizaje esenciales. Escuchar y pronunciarse contra el abuso sexual a niñas y niños. Base en informes de país de Save the Children en Canadá, Colombia, Brasil, Nicaragua, Siria, Suráfrica, Mozambique, Ruanda, Uganda, Bangladesh, Nepal, España y Rumania. Pág. 40. www.reddbarna.no.

77 Procuraduría General de la Nación y Unicef. Op. Cit. Marzo de 2005.

78 Mauricio Aponte Canencio y Carlos Iván García. Explotación sexual infantil en Bogotá, Departamento Administrativo de Bienestar Social de Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2002, pág. 221, citado en el disfrute del derecho a la educación en Colombia. Informe alterno presentado a la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación por la Comisión Colombiana de Juristas. Agosto de 2004.

79 Informe de la Coalición contra la Vinculación de Niños, Niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia. Comisión Colombiana de Juristas. Septiembre de 2005. Págs. 64 y 65.

80 Dra. María Cristina Hurtado.

81 Derechos de los Niños y las Niñas. Debates, Realidades y Perspectivas. Ernesto Durán y María Cristina Torrado, editores. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas, Centro de Estudios Sociales. Colección CES. 2007. También se indica: “Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo considera que la política criminal debe hacer énfasis en la acusación, judicialización y penalización de los agresores (proxenetas, clientes, explotadores) y, particularmente, en el delito de turismo sexual, en el que los principales agresores son extranjeros que visitan el país y que, con el pretexto de conocer las playas caribeñas, compran, erotizan y explotan el cuerpo de nuestras niñas y niños”. Págs. 209 a 213.

82 Págs. 80 a 85 del cuaderno principal.

83 ARTÍCULO 219-B. OMISIÓN DE DENUNCIA. <Artículo adicionado por el Parágrafo Transitorio del Artículo 35 de la Ley 679 de 2001. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto adicionado y con penas aumentadas es el siguiente:> El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo.

Debe recordarse que el tipo penal de omisión de denuncia (art. 219B), fue objeto de modificación con la Ley 890 de 2004, en tanto que la “omisión de denuncia de particular” (art. 441) fue objeto de una nueva modificación por la Ley 1121 de 2006.

84 DEBER DE DENUNCIAR. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

85 Abuso de autoridad por omisión de denuncia. El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba

adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular.

86 Cft. Sentencias C-109 de 2006, C-1175 de 2004, C-1126 de 2004, C-871 de 2003 y C-320 de 1997, entre otras.

87 En la sentencia C-420 de 2002, la Corte sostuvo la improcedencia de integrar la unidad normativa toda vez que la naturaleza e intensidad de la pena difieren en una y otra norma.