



**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 217 A DEL CÓDIGO PENAL
COLOMBIANO, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

John Jairo Penagos Quintero

Asesora:

Susana Escobar Vélez

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN, COLOMBIA**

2021

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 217 A DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

TABLA DE CONTENIDO	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	3
CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA	
1. EN LA DOCTRINA.....	5
2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	
2.1. EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	8
2.2. EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES.....	8
2.2.1. Corte Constitucional.....	9
2.2.2. Corte Suprema de Justicia.....	12
DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	
1. ANTECEDENTES DEL DELITO EN COLOMBIA.....	14
1.1. Legislación anterior al actual CP (Ley 599 de 2000).....	14
1.2. Código penal de 2000 y reformas posteriores.....	15
2. LEY 1329 DE 2009.....	23
3. APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL.....	27
4. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 217A POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	28
ARTÍCULO 217A Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.....	35
CONCLUSIÓN.....	41
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44
NORMATIVA Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	46
JUSRISPRUDENCIA CITADA.....	46

“Un pueblo gobernado despóticamente y en el que se mantiene el orden por medio de castigos, puede evitar la infracción de la ley, pero perderá su sentido moral.” Confucio

INTRODUCCIÓN

El Congreso de la República a través de su función legislativa, que lo faculta para elaborar, reformar y derogar leyes, ha establecido dentro del Código Penal colombiano (en adelante, CP) la protección, entre otros, de los bienes jurídicamente tutelados de la libertad, integridad y formación sexual, que a través del tiempo han sido configurados con el fin de imponer sanciones más rígidas a quienes cometan conductas contrarias a la normatividad vigente respecto de esta clase de delitos, atendiendo a las problemáticas que se generan a diario en el sistema jurídico colombiano y a los diferentes tratados internacionales que han sido ratificados.

A través del tiempo se han producido, entonces, cambios legislativos relevantes, dentro de los cuales se encuentra la expedición de la Ley 1329 de 2009, por medio de la cual *“se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”*, y que tiene como objetivo crear una protección especial hacia los menores de edad y castigar a quienes a través de cualquier medio utilicen a esta población vulnerable para satisfacer cualquier necesidad material, física o psicológica.

Con la entrada en vigencia de esta disposición normativa se incorporó al CP el artículo 217 A, que tipifica la demanda de explotación sexual en menor de 18 años. La incorporación de este tipo penal puede interpretarse como una respuesta a los casos de impunidad generados por la falta de previsión del legislador sobre conductas que, si bien no habían sido tipificadas con antelación a esta ley, se presentaban – y presentan- a diario, y resultan lesivas de los bienes jurídicos anteriormente mencionados.

Y si bien el Código Penal ha establecido dentro de su marco normativo la función que tienen las penas en Colombia, actualmente se reconocen problemáticas que han puesto en entredicho la aplicación de principios fundamentales en el derecho penal, y que pueden desembocar en consecuencias punitivas que no coinciden con un adecuado juicio de ponderación a nivel legislativo.

En este sentido, el presente trabajo de investigación buscará analizar el art. 217 A CP, a la luz del principio de proporcionalidad de la pena, para identificar si dicho artículo se inscribe o no en una tendencia de política legislativa punitivista e irracional¹.

En torno a este análisis se plantean, entonces, como objetivos específicos los de (i) Identificar cuál ha sido el desarrollo del principio de proporcionalidad en la doctrina y en el ordenamiento jurídico colombiano (ii) Analizar los antecedentes del artículo 217 A CP en el sistema penal colombiano, y su aplicación judicial y jurisprudencial, para finalmente poder llegar a (iii) determinar, a la luz del principio de proporcionalidad en estricto sentido, si el art. 217 A CP, refleja la tendencia al punitivismo irracional en el sistema penal colombiano, y más específicamente en la política legislativa reciente.

¹ Sotomayor Acosta, J. (2013). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*, 3(71), 13-66. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1846>

CAPÍTULO I

CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

1. EN LA DOCTRINA

El principio de proporcionalidad es considerado un principio esencial en cualquier Estado social de derecho, y se fundamenta en la búsqueda de un equilibrio en los medios escogidos por el legislador y los aplicados por el juzgador para hacer frente a una conducta reprochada, con la correspondiente pena o sanción a imponer.

Como advierte Díez Ripollés, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso busca poner límites al Estado, quien tiene las manos libres a la hora de decidir sobre las conductas a prevenir y sancionar, teniendo en cuenta que el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos no parece representar un contrapeso suficiente².

Para este autor, el principio de proporcionalidad atiende, en el nivel legislativo, a dos planos, denominados abstracto y concreto. En efecto, este principio parte del presupuesto de que la intensidad de la pena debe corresponderse con la afectación al objeto jurídicamente tutelado y con la responsabilidad que sea atribuible (plano abstracto). La utilidad de la pena, es decir, la determinación de la misma, supone que el dolor que se inflinge con ésta, guarde relación con la gravedad del daño y con la responsabilidad por esos hechos (plano concreto)³.

Para esto el legislador debe configurar el sistema de penas, salvaguardando los márgenes de maniobra del juez, permitiéndole ajustar la aplicación de la pena en este sentido, por ejemplo, definiendo marcos máximos y mínimos en lugar de penas fijas, previendo criterios que permitan graduar la pena de acuerdo con la gravedad de la conducta, grado de participación, circunstancias agravantes y atenuantes de la culpabilidad, entre otras⁴.

En un sentido similar, Ferrajoli, en su obra *Derecho y razón*, considera que la justificación

² Díez Ripollés, José Luis. (2003). *La racionalidad de las leyes penales* (pp.130). Madrid: Trotta.

³ Díez Ripollés, José Luis. (2003). *La racionalidad de las leyes penales* (pp.162). Madrid: Trotta.

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-108 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Febrero 23 de 2017).

del tipo y de la medida de la pena, aplicables en cada caso, como los límites máximos de pena, cualquiera fuera el delito cometido, “es un problema susceptible de ser dividido en **tres sub problemas**: el de la *pre-determinación* por el legislador del tipo y de la medida máxima y mínima de pena para cada tipo de delito; el de la *determinación por parte del juez* de la naturaleza y medida de la pena para cada delito concreto; el de la *post-determinación*, en la fase ejecutiva, de la duración de la pena efectivamente sufrida”⁵. Se explican a continuación:

En la etapa de la pre-determinación legal de la pena por el legislador (determinación en abstracto del tipo de pena reservada a la ley), la graduación de las penas y los límites máximos y mínimos dependerán en gran medida de la gravedad del delito, que conlleva una correspondiente pena dependiendo del daño ocasionado (orientación objetivista), así como por el grado de culpabilidad (orientación subjetivista)⁶.

No siendo posible medir la gravedad de un delito en concreto, si sería posible “conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo”⁷.

Así mismo, desde el punto de vista externo, si “dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo”⁸.

Por su parte, la etapa de la determinación judicial de la pena (determinación en concreto de la medida de la pena reservada al juicio), se enmarca en los espacios de discrecionalidad de que disponen los jueces, relacionada con el principio de legalidad de las penas, *nulla poena sine lege*. No puede estar en cabeza del juez un amplio poder más allá de lo que disponga la

⁵ Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (pp. 398-399). Madrid, Trotta.

⁶ Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (pp. 399). Madrid, Trotta.

⁷ Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (pp. 402). Madrid, Trotta.

⁸ Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (pp. 402). Madrid, Trotta.

ley, debiendo ceñirse, por tanto, a lo dispuesto por la normatividad y a examinar y verificar si se realizó o no por una persona, una actuación contraria a derecho, determinando la cantidad y no la calidad de las penas⁹.

Por último, en la etapa de post-determinación de la medida de la pena, sería posible la modificación de la duración de la pena en la fase de ejecución. La administración carcelaria o el juez de ejecución, podría eventualmente reducir o aumentar la pena conforme a los resultados del tratamiento, siendo posible re-determinarse por los órganos competentes de la ejecución, conforme al comportamiento y cumplimiento de requisitos por parte del condenado.¹⁰

En este sentido, también resulta relevante lo expuesto por Paredes Castañón, quien realiza una reflexión acerca de la proporcionalidad de la pena, en su artículo “*vademécum del legislador racional*”¹¹, donde explica algunas reglas que considera deben ser valoradas para justificar la limitación de la libertad del destinatario de la prohibición jurídica, y si con esa limitación se permite evitar efectivamente un daño al bien jurídico tutelado, debiendo además ser imprescindible y razonable dicha limitación de libertad¹².

Identifica el autor, como primer requisito de la proporcionalidad, el de la subsidiariedad, el cual consiste en que no debe existir ninguna otra opción eficaz para proteger el bien jurídico y que la limitación de la libertad sea siempre lo menos lesiva posible, con tal que sea suficientemente eficaz¹³. En esta línea se parte del entendido de que hay acciones que no son dañosas, aun cuando afecten al bien jurídico, no justificando una actuación estatal tan contundente¹⁴. Un segundo requisito sería el de la misma proporcionalidad que debe existir entre la limitación a la libertad y la protección para el bien jurídico, debiendo siempre sopesar los derechos de cada una de las partes¹⁵.

⁹ Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (pp. 402-406). Madrid. Trotta.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (pp. 408). Madrid, Trotta.

¹¹ Paredes Castañón, José Manuel. (2014). Vademécum del legislador racional (y decente): Noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal. Revista Libertas 2 – Julio 2014.

¹² Paredes Castañón, José Manuel. (2014). Vademécum del legislador racional... (pp. 379)

¹³ Paredes Castañón, José Manuel. (2014). Vademécum del legislador racional... (pp. 379)

¹⁴ Paredes Castañón, José Manuel. (2014). Vademécum del legislador racional... (pp. 379-380)

¹⁵ Paredes Castañón, José Manuel. (2014). Vademécum del legislador racional... (pp. 380)

De manera similar, Arias Holguín considera que es responsabilidad de los jueces el efectuar un juicio de proporcionalidad cuando vayan a tomar la decisión que conlleve la imposición de una pena, en cuanto al tipo y el monto de la pena o, incluso, en cuanto a prescindir de esta, escoger una diferente a la estipulada por el legislador o imponer una en cantidad menor, ejerciendo así su obligación constitucional de salvaguardar los derechos fundamentales en riesgo de vulneración por el castigo¹⁶.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1. EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

El artículo tercero del CP prescribe que toda pena o medida de seguridad debe fundamentarse en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Sin embargo, el Código no hace referencia al significado o alcance de estos principios. Por esta razón, su contenido se ha desarrollado por vía doctrinal y jurisprudencial.

Es importante aclarar que, si bien el principio de proporcionalidad no se prevé expresamente en la Constitución Política, sí se desprende de la idea de Estado de Derecho y de dignidad humana como pilares del ordenamiento jurídico y social colombiano, contemplados en el artículo primero. En este sentido, podría afirmarse que el principio de proporcionalidad de la pena tiene rango constitucional.

2.2. EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ) han desarrollado distintos criterios de aplicación de este principio. La primera, más desde el ámbito de la potestad legislativa, y la segunda, con un enfoque en su aplicación judicial.

¹⁶ Arias Holguín, Diana Patricia. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia. Revista de Derecho, núm. 38. julio-diciembre, 2012 (pp. 160).

2.2.1. Corte Constitucional

Por un lado, según la Corte Constitucional no existen criterios objetivos que permitan sostener que a determinado delito corresponde, como sanción proporcionada, una determinada clase y medida de pena, como quiera que la correlación entre estos dos extremos se establece a partir del consenso alcanzado en el debate democrático¹⁷.

Sin embargo, explica que el principio de proporcionalidad de la pena implica un límite a la libertad de configuración del legislador en tanto este no “puede fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados”¹⁸. Por ello, para considerar inconstitucional una pena por exceso, “el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal”¹⁹. Es decir, el Estado de derecho y la dignidad humana con todo lo que ello implica.

Teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad del legislador, la Corte Constitucional en sentencia C-334/13 afirmó que:

“la determinación de la pena se realiza en virtud de un sistema complejo que comienza con la determinación del rango punitivo mediante el establecimiento legal de un mínimo y un máximo de pena para cada conducta punible de acuerdo con la ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso y del grado de culpabilidad (...). Posteriormente es necesario establecer las causales de agravación o de atenuación de cada delito, dentro del marco de la política criminal y del principio de proporcionalidad anotado”²⁰.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-073 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Febrero 10 de 2010).

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-070 de 1996. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Febrero 22 de 1996).

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-070 de 1996. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Febrero 22 de 1996).

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-334 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Junio 13 de 2013).

Por lo cual la libertad configurativa del legislador tiene unos límites establecidos constitucionalmente que, en caso de no ser atendidos, pueden dar lugar a un control de constitucionalidad o una reforma legislativa posterior, lo que garantiza cierta seguridad jurídica que influye en la consolidación de un Estado que debe velar por la protección de los derechos y principios constitucionales.

Para la Corte, en materia penal existe un amplio margen de libertad de configuración punitiva, de acuerdo con los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, con el fin de diseñar una política criminal que responda a los principios propios del derecho penal, sin desfigurar los valores, principios y derechos fundamentales establecidos en la misma Constitución, realizando una exhaustiva revisión de los bienes jurídicamente tutelados que se vean vulnerados²¹, y teniendo presente que el derecho penal tiene como principio la mínima intervención, que impone al legislador un carácter razonable y proporcionado de *ultima ratio* en el derecho sancionatorio²².

Si bien existen límites constitucionales, estos pueden ser explícitos, como la prohibición a la pena de muerte y otras penas contempladas en la Constitución Política, o implícitos, que buscan una convivencia pacífica y un orden justo²³.

Resulta entonces amplio el margen del legislador para ejercer la configuración normativa, y tal como lo ha identificado la Corte Constitucional:

“no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. En efecto,

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1404 de 2000. (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; Octubre 19 de 2000); Sentencia C-916 de 2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Octubre 29 de 2002); Sentencia C-899 de 2003. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Octubre 7 de 2003); Sentencia C-248 de 2004. (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Marzo 16 de 2004); Sentencia C-575 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Agosto 26 de 2009); Sentencia C-636 de 2009. (M.P. Mauricio González Cuervo; Septiembre 16 de 2009); Sentencia C-983 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Diciembre 1 de 2010).

²² Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-636 de 2009. (M.P. Mauricio González Cuervo; Septiembre 16 de 2009).

²³ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-108 de 2017. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Febrero 23 de 2017).

el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional”²⁴.

Ahora bien, ha reiterado la Corte entonces, que es el legislador el encargado de determinar las conductas punibles y establecer la cuantía de las penas, y en esa labor cuenta con un margen muy amplio de libertad de configuración punitiva, pero al mismo tiempo se encuentra limitado por fundamentos de carácter constitucional que son inquebrantables. Estos principios no se encuentran todos establecidos taxativamente en la Constitución Política, sino que han tenido una construcción jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, con el fin de no desbordar los límites de protección que se encuentran instituidos en este marco normativo de mayor jerarquía.

Por consiguiente, dentro de los fundamentos que ha destacado la Corte se encuentra, en un primer momento, el principio de necesidad de la intervención penal que corresponde a la imposibilidad del Estado de castigar todas las conductas, ya que no todas presentan un verdadero riesgo para la sociedad²⁵. De ahí que otro de los principios intangibles para el legislador sea el de la protección exclusiva de los bienes jurídicos, pues debe hacer un examen de raciocinio sobre la protección, conductas y cantidad de la pena a imponer, de acuerdo con el bien jurídicamente tutelado que ha sido vulnerado y del cual depende en gran medida su protección, pues para la sociedad y el Estado deben pesar más ciertos bienes que otros²⁶.

Entonces, advierte la Corte, la tipificación de las conductas contrarias a los bienes jurídicos debe encontrarse establecida en la legislación, a través del Congreso de la República, que es

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-073 de 2010. (M.P. Humberto Sierra Porto; Febrero 10 de 2010).

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-636 de 2009. (M.P. Mauricio González Cuervo; Septiembre 16 de 2009).

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-420 de 2002. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Mayo 28 de 2002).

el encargado de promover las leyes y de hacer un control sobre las mismas, atendiendo al principio de legalidad que impide imponer una pena que no se encuentre señalada en la ley²⁷. De ahí la importancia del principio que hace referencia a la razonabilidad y a la proporcionalidad. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, al referirse a la libertad de configuración legislativa:

“si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad (...) en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso”²⁸.

2.2.2. Corte Suprema de Justicia

La CSJ, por otro lado, considera que la tasación de la pena sin motivación constituye la vulneración al principio de proporcionalidad, ya que comporta arbitrariedad en la fijación de la consecuencia punitiva²⁹. Por esto, “la adecuada individualización de la pena constituye uno de los momentos más importantes del proceso de aplicación de la ley penal, pues de ella depende en buena parte el cabal cumplimiento de la función del derecho penal”³⁰. Lo anterior, porque la ley establece una pena dentro de la cual el juez tiene un margen de movilidad para la fijación de la pena en concreto. Entonces, el operador jurídico debe considerar, por ejemplo, las reglas de modificación de los extremos punitivos del tipo penal, de la fijación de los cuartos o ámbitos de movilidad, y lo relativo al límite máximo de la pena. Al respecto, la CSJ ha reconocido que los mencionados aspectos han sido estudiados con mayor rigurosidad en la doctrina³¹.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-173 de 2001. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Febrero 14 de 2001). *No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de reemplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público.*

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-247 de 2004. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Marzo 16 de 2004).

²⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 33254 de 2013. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez; Febrero 27 de 2013).

³⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 8485 de 1994. (M.P. Dídimo Páez Velandia; Agosto 24 de 1994).

³¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 8485 de 1994. (M.P. Dídimo Páez Velandia; Agosto 24 de 1994).

La legislación colombiana establece múltiples normas que regulan la tasación de la pena, estableciendo inicialmente los límites mínimos y máximos del respectivo tipo penal, teniendo en cuenta así mismo los criterios de menor o mayor punibilidad, de los artículos 55 y 58 CP, imputados y demostrados en el proceso de conformidad con el art. 61 CP. Estos criterios tienen que ver, entre otros aspectos, con la mayor o menor gravedad de la conducta, porque hay situaciones propias del hecho que hacen una misma conducta más gravosa. Así como con las agravantes y atenuantes específicas del delito. O con los elementos subjetivos del tipo, esto es, la intensidad del dolo, preterintención o culpa concurrente. Es en este último paso donde se evidencia la discrecionalidad reglada del juez para fijar la pena y se hace aún más necesaria la motivación de su decisión³².

Estas normas legales, en ocasiones no son de pacífica interpretación. Por lo tanto, la jurisprudencia de la CSJ ha ido estableciendo reglas de interpretación y aplicación de las mismas, sobre todo en los casos más controvertidos. Algunas de estas reglas son:

1. Todas las decisiones judiciales deben ser motivadas. En este sentido, “la simple enunciación o la mera alusión a [los criterios de individualización de la pena], sin la debida articulación y análisis con el caso en concreto, en nada satisfacen el deber de motivar la individualización de la sanción penal”³³.
2. La aplicación de los criterios del art. 61 CP es desarrollo de la discrecionalidad del juzgador. En este sentido, la Corte Suprema ha entendido que “dichos aspectos de ponderación, en tanto eminentemente valorativos, no pueden ser objeto de verificación ni de refutación por parte del superior jerárquico, ni de cualquier otro tipo de control más allá del cumplimiento del deber de motivar”³⁴.
3. En los casos de concurso, el juez tiene la obligación de dosificar, en forma individual, cada una de las penas relativas a los delitos que concurren. Con el fin de detectar cuál es la que resulta más grave. Por regla general, el límite máximo de la pena es de 50 años. El límite de 60 años del inc. 2 del art. 32 CP incide solo en los casos de concurso

³² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 46647 de 2016. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez; Febrero 3 de 2016).

³³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 46647 de 2016. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez; Febrero 3 de 2016).

³⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 41350 de 2014. (M.P. Eugenio Fernández Carlier; Abril 30 de 2014).

cuando se incrementa (hasta en otro tanto y sin superar la suma de las penas de los delitos que concursan) la sanción punitiva más grave³⁵.

CAPÍTULO II

DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

1. ANTECEDENTES DEL DELITO EN COLOMBIA

1.1. Legislación anterior al actual CP (Ley 599 de 2000)

Atendiendo a que Colombia ha sido un Estado que ha configurado su sistema normativo en diferentes épocas de la historia, es necesario hacer un recorrido por las legislaciones penales que han protegido derechos sexuales a nivel general, y que han hecho un énfasis particular sobre características especiales, como lo es la demanda de explotación sexual comercial exclusivamente con menor de 18 años y las nuevas modalidades de vulneración de derechos con su consecuente protección.

En este sentido, encontramos dentro de los antecedentes normativos, al Código Penal colombiano de 1837, que, de acuerdo con las referencias históricas, no tenía un capítulo particular mediante el cual protegiera los derechos sobre la sexualidad de las personas, sino que, por el contrario, estas conductas se incluyeron dentro del capítulo alusivo a los delitos contra las personas³⁶, en detrimento de la exigencia de determinación de los tipos penales, y dejando de lado características propias de las conductas a castigar, sin mencionar la vaguedad de las sanciones que se imponían.

Posteriormente, el Código Penal de 1890 estableció penas en contra de quien “abusara deshonestamente de una persona” y si “se consumare abuso”³⁷. La pena a imponer era de

³⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 41350 de 2014. (M.P. Eugenio Fernández Carlier; Abril 30 de 2014).

³⁶ Valencia M. Jorge. (2002). Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (pp. 5)

³⁷ Código Penal de Colombia (1890). Artículo 681.

seis (6) a diez (10) años de prisión, siendo importante destacar esta regulación, en tanto resultaba más organizada y expresa que las anteriores legislaciones³⁸.

Posteriormente, el Código Penal de 1936 incorporó la expresión “acceso carnal”, y equiparó la sanción, tanto para víctimas mayores como para menores de edad³⁹. A partir de la promulgación del Código Penal de 1980, se empezaron a castigar los delitos sexuales de violación, del estupro y de los actos sexuales abusivos⁴⁰, y con una sanción en mayor proporción a quien ‘*acceda carnalmente a menor de doce años*’ y ‘*realice acto sexual con mayor de catorce y menor de dieciocho años*’, evidenciando desde esta época la protección necesaria que se establecía en función de los menores de edad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se hizo necesario un cambio sustancial del Código Penal, con el cual se tuviesen en cuenta las garantías constitucionales, se reformaran conductas tipificadas en la legislación anterior y se establecieran las conductas y las penas que se consideraran necesarias, a partir de ese modelo constitucional.

1.2. Código penal de 2000 y reformas posteriores

En razón a la necesidad de establecer un sistema penal que se ajustara a las necesidades de la época en Colombia, se expidió la Ley 599 de 2000 - actual código penal-, el cual resulta un cuerpo normativo sólido en cuanto a la protección de los bienes jurídicos tutelados de la libertad, integridad y formación sexuales, que se establece como título a nivel general y contiene capítulos para cada uno de los escenarios que se presentan en la actualidad, tales como la violación, actos sexuales abusivos y explotación sexual, con penas que oscilan entre los nueve (9) y los veinticinco (25) años de prisión, sin tener en cuenta las posibles agravantes.

³⁸ Valencia M. Jorge. (2002). Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (pp. 9)

³⁹ Código Penal Colombiano Ley 95 de 1936, artículo 317.

⁴⁰ Código Penal Colombiano Decreto número 100 de 1980, artículos 298 y ss.

Como se evidenció en la normativa anterior a la legislación actual, no se encontraba una protección sólida y efectiva, sino que se condenaba solamente el acceso carnal abusivo, limitando las penas y las sanciones a imponer. Ahora bien, el cuerpo normativo que rige desde el año 2001 trajo consigo nuevas reformas, dentro de las cuales destaca la inclusión de un capítulo especial que se refiere a la ‘*explotación sexual*’, y en el que se incluyen los delitos de inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, trata de personas⁴¹ y estímulo a la prostitución de menores.

Tal como acaba de advertirse, en el año 2001 entró en vigencia el actual CP, y dentro de los delitos tipificados en él se encontraba el estímulo a la prostitución de menores, el cual imponía una pena de seis (6) a ocho (8) años de prisión y tenía como finalidad castigar a quienes mantuviesen casas de prostitución en las que participaran menores de edad⁴².

Posteriormente, de acuerdo con la política criminal de la época, las penas contenidas en el Título IV llegaron a considerarse por el legislador demasiado benignas para quienes cometieran delitos sexuales contra menores de edad⁴³. Por lo cual se debatió en el Senado y Cámara la necesidad de imponer penas más rigurosas a quienes cometieran esta clase de delitos, sin encontrar una argumentación razonable y proporcionada para este aumento que resultaba de forma general injustificado. Algunos de los argumentos que se presentaron en los debates versaron sobre la idea de que el incremento de penas podría cumplir una función de educación para la sociedad, defensa social, y ser más coherente con el “real daño que sufre el menor a raíz de los abusos”⁴⁴, y con los efectos de la intensificación de estas conductas. Así mismo se discutió acerca de que la función educadora y coercitiva de los ordenamientos jurídicos contribuye en la toma de conciencia y persecución de los delitos, buscando la protección del niño⁴⁵.

Desde la perspectiva de la protección a los menores de edad, la tendencia normativa se ha dirigido al cambio de enfoque, hacia uno más amplio y encaminado a la atención de

⁴¹ Artículo derogado y reestructurado dentro de los delitos contra la libertad individual y otras garantías.

⁴² Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000. Artículo 217. Texto sin modificaciones, Julio 24 de 2000. Diario Oficial No. 44097.

⁴³ Acta de comisión 243 de 2006, Senado.

⁴⁴ Gaceta del Congreso N° 243 de 2006.

⁴⁵ Gaceta del Congreso N° 243 de 2006.

paradigmas establecidos a nivel internacional. Este cambio de orientación se puede identificar desde la promulgación de la Constitución Política, que establece en su artículo 44 una protección especial en cuanto a derechos fundamentales que abarcan las garantías de los niños en Colombia.

En este sentido, la Convención sobre los derechos de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, compromete a los Estados parte a proteger a los menores de edad en contra de cualquier tipo de explotación o abuso sexual⁴⁶. Cabe resaltar que dentro de los convenios y los acuerdos ratificados por Colombia se encuentra esta convención (ratificada a través de la Ley 12 de 1991), que, como norma que se integra al bloque de constitucionalidad, obliga al Estado colombiano y lo impulsa a tomar acciones en contra de cualquier tipo de explotación o abuso sexual de los menores. Mediante la legislación, el gobierno colombiano ha creado acciones de cooperación internacional y ha implementado medidas administrativas, policivas, penales e investigativas, para determinar el alcance de la problemática, prevenir y combatir la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores⁴⁷. Para ello se establecen sanciones a quien incentive estas prácticas en el sector turístico y se crean nuevos artículos en el Código Penal.

Precisamente las agendas de varios países empezaron a enfocar su atención en el delito de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes desde el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, que se celebró en Estocolmo en 1996⁴⁸. Ello muestra que esta problemática ha sido evidenciada en el ámbito internacional, y ha generado que los organismos internacionales tomen medidas con el fin de aclarar esta clase de temáticas que resultan novedosas en los contextos culturales y sociales en donde se desarrollan.

Si bien en un inicio se planteó una agenda de “buenas prácticas”, con la finalidad de contrarrestar la explotación sexual de menores en diferentes países del mundo, inspiradas en

⁴⁶ Convención sobre los derechos del niño, artículo 19, UNICEF (2006).

⁴⁷ Así, por ejemplo, la Ley 697 de 2001, “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución”.

⁴⁸ UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe; Prevención de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Contribuyendo a un turismo sostenible en Centroamérica. 2005.

la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Declaración de Estocolmo, y tendientes a la identificación, concientización y educación⁴⁹, con el paso del tiempo se empezó a reconocer la importancia de establecer un plan de acción sobre las políticas que deben implementar los gobiernos y las acciones que se deben materializar por parte de las industrias, dado el alcance de las organizaciones delictivas y de la falta de garantías judiciales.

Con la finalidad de poner en marcha el plan de acción para erradicar la problemática que se estaba viviendo, la Organización Mundial del Turismo – en adelante OMT- Tras el Congreso de Estocolmo del año 1996, creó el Grupo de Acción Sobre Prostitución Infantil y Turismo, cambiando este nombre en el año 2001 por el de “Grupo de acción para proteger a los niños de la explotación sexual en turismo”, integrado por representantes de gobiernos, asociaciones del sector turístico y diferentes entidades que tenían como objetivo la prevención del turismo sexual organizado, acciones que fueron tenidas en cuenta por las Naciones Unidas al transformar a la OMT en un organismo especializado⁵⁰, dándole un estatus internacional más fuerte, para contrarrestar la grave problemática turismo sexual.

Como consecuencia de los estudios realizados por la OMT y las diferentes acciones que ha tomado en contra de la explotación sexual, esta organización se ha consolidado como un apoyo a los Estados, al punto de realizar constantes recomendaciones a los países miembros. Además, la Organización realiza campañas a nivel internacional a través de encuestas con el fin de evidenciar el grado de respuesta de los Estados hacia las recomendaciones que realiza. Este apoyo también se ha consolidado en Colombia como país miembro, el cual se encuentra en constante relación con la política internacional para mitigar la explotación sexual.

Cabe resaltar que en la Asamblea General de las Naciones Unidas, se había discutido sobre la trata internacional de menores de edad, la difusión del turismo sexual y además el crecimiento de la exposición de los niños a la explotación sexual, por lo que se adoptó en el

⁴⁹ Conde, María J. (2005). UNICEF; Buenas prácticas en la lucha contra la explotación sexual de niños, Niñas y Adolescentes en América Latina y el Caribe. En Prevención de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Contribuyendo a un turismo sostenible en Centroamérica. Capítulo 2.

⁵⁰ UNICEF. (2005). Oficina Regional para América Latina y el Caribe; Prevención de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Contribuyendo a un turismo sostenible en Centroamérica (pp. 8).

año 2000 el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵¹, en el cual se debían ampliar las medidas correctivas implementadas por los Estados partes para evitar y combatir las graves violaciones de las cuales estaban siendo objeto los menores.

En el año 2008 la ECPAT International⁵² realizó un estudio mediante el cual se evidenció el aumento de la explotación sexual de niños y adolescentes en el turismo en diferentes países de América Latina, destacando que México y Brasil para ese momento eran los destinos más concurridos para la realización de estas prácticas, y para Colombia se advirtió un crecimiento a nivel de turismo para fines de explotación sexual. Sin embargo, en las fechas marco en las que se realizó el estudio, se pudo evidenciar un incremento en la problemática con los diferentes casos reiterados, especialmente en Cartagena, que requerirían la atención inmediata del gobierno y de las industrias⁵³.

Es así como las normas y recomendaciones internacionales refuerzan la idea de que el Estado debe hacer *“uso legítimo de la fuerza coercitiva concretada en el derecho penal, debe atacar todas las manifestaciones de agresión sexual en contra de los Niños, Niñas y Adolescentes, debido a la relevancia del bien jurídico protegido y la situación de vulnerabilidad de los menores de edad frente a los adultos abusadores y explotadores”*⁵⁴, dando alcance a todas las herramientas legítimas que tenga para la protección del orden social.

A partir de la promulgación de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la adolescencia-, se hizo notoria la aplicación de garantías normativas que llegaran a la aplicación de dicha protección, pues tal como se evidencia en materia penal, particularmente determina en su artículo 199 que, en el caso de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales contra niños, niñas y adolescentes, si existiesen razones para proferir medida de aseguramiento:

⁵¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. (2000).

⁵² Red mundial de organizaciones y personas que trabajan en conjunto para poner fin a la prostitución, la pornografía y la trata de niños y adolescentes con fines sexuales.

⁵³ ECPAT. (2008). Combatiendo al turismo sexual con niños y adolescentes.

⁵⁴ Informe de Ponencia Segundo debate en Senado. Proyecto de Ley 181 de 2007.

“esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables (...) medidas no privativas de la libertad (...) No se otorgará el beneficio de detención en el lugar de residencia. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad (...) No procederán las rebajas de pena con base en los ‘preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado’ (...) Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”⁵⁵.

El Proyecto de Ley 181 de 2007 presentado ante el Senado de la República el 1 de noviembre de 2007, tuvo como exposición de motivos, fundamentos múltiples de disposiciones normativas como la Ley de Infancia y Adolescencia, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) adoptada por Colombia en 1991, el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía del año 2000⁵⁶, entre otros instrumentos, sobre todo de carácter internacional, que buscan promover la lucha contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

Dentro de las motivaciones que llevaron al legislador a presentar la propuesta del tipo penal de demanda de explotación sexual comercial, se desprende de los antecedentes legislativos, que en primer debate no se presentó una argumentación concisa sobre las razones para promover este cambio sustancial en la legislación penal. Sin embargo, se puede evidenciar que, en acta de comisión de segundo debate, se argumentó que Colombia se había convertido en un país en donde se podía hacer de manera más sencilla un turismo sexual infantil. En este sentido giró la controversia de la necesidad de implementación de los cambios que se presentaron en el proyecto de ley, para posteriormente precisar que la motivación principal era la de una recomendación que estaba haciendo UNICEF a nivel de América Latina⁵⁷.

⁵⁵ Ley 1098 de 2006, Código de la infancia y la adolescencia.

⁵⁶ Senado de la República. (6 de noviembre de 2007). Gaceta del Congreso No. 554.

⁵⁷ Senado, Acta de Plenaria 10 del 03 de septiembre de 2008.

Así como lo mencionan Cita Triana y González Amado⁵⁸ con respecto a la Ley 1236 de 2008, que realizó un aumento punitivo a casi la totalidad de delitos que integran el título IV CP: *“fue variando a través de los debates la punición de algunos delitos, ampliándose deliberadamente la propuesta inicial cuando se realizó el primer debate en la Cámara de Representantes (...), situación que en el segundo debate se consideró desproporcionada y por lo tanto se volvieron a reducir las penas”*⁵⁹. Lo cual evidencia que la misma decisión legislativa se implementó sin tener una política criminal bien definida y sin estar basada en criterios de racionalidad⁶⁰.

Sin tener en cuenta estos criterios se expidió la Ley 1236 de 2008, que incrementó casi todas las penas del Título IV del Código Penal y estableció una pena de diez a catorce años de prisión a quien incurriera en el delito de estímulo a la prostitución de menores, con lo cual se incrementaron más de cuatro años las penas a imponer⁶¹. Cabe resaltar que mientras esta ley acababa de entrar en vigencia, ya se estaba debatiendo la implementación de nuevos tipos penales para la protección misma de los menores de edad.

Como se ha visto hasta aquí, ante la necesidad de proteger a los menores de edad se han implementado mecanismos normativos que pretenden fortalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y han generado un deber hacia el Estado para el reconocimiento y penalización de conductas que atenten contra los derechos de aquellos, promulgados por la Constitución y por convenios internacionales previamente ratificados.

En esta línea debemos recordar, entonces, que el actual Código de Infancia y adolescencia trae en su contenido la protección integral de los menores de edad, entendida como:

“el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y

⁵⁸ Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

⁵⁹ Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. (pp.100). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

⁶⁰ Díez Ripollés, José Luis. (2003). *La racionalidad de las leyes penales* (pp.91). Madrid: Trotta.

⁶¹ Ley 1236 de 2008 por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.

la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”⁶².

Esta protección garantista se desarrolla a través del principio de corresponsabilidad, por medio del cual se exhorta a la familia, la sociedad y el Estado a implementar acciones para la atención y cuidado de los niños, niñas y adolescentes⁶³. Ello conlleva la creación de nuevas herramientas que estén al alcance de cualquier persona y que tengan como finalidad la promoción de un ejercicio real para la erradicación de cualquier tipo de violencia en contra de los menores de edad y en especial de la explotación sexual comercial con menores de 18 años.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce dentro de las prácticas de trabajo infantil, la explotación sexual comercial, integrada por actividades como: a) utilización de menores en actividades sexuales remuneradas, con cualquier tipo de pago y en cualquier lugar; b) la trata de menores con fines de explotación sexual; c) el turismo sexual infantil; d) la producción, promoción y distribución de pornografía que involucre menores de edad; e) el uso de niños en espectáculos sexuales⁶⁴.

De acuerdo con lo establecido en el Congreso de Estocolmo en el año 1996, la explotación sexual “*constituye un tipo de coerción y violencia en contra del niño, equiparable a los trabajos forzados y a una forma de esclavitud contemporánea*”⁶⁵, lo cual es ratificado por diferentes organizaciones defensoras de los derechos humanos, al considerar que la población infantil debe tener una protección especial respecto de su integridad, libertad y formación sexual.

⁶² Ley 1068 de 2006. Artículo 7.

⁶³ Artículo 8, Ley 1068 de 2006

⁶⁴ OIT. 2019. Explotación sexual comercial infantil

⁶⁵ Estocolmo. (1996).

2. LEY 1329 DE 2009

Ante la búsqueda de castigar al cliente de la prostitución infantil, se radicó un proyecto de ley en el año 2008 con la finalidad de realizar una reforma legislativa para el título IV, capítulo IV, del código penal colombiano, sobre explotación sexual, argumentando que las personas que buscan servicios sexuales de menores de edad no eran castigadas por la legislación. Esta afirmación se soportó, en primer debate, con un caso particular de un fotógrafo que “*se dedicaba exclusivamente a tomar fotos de niños y niñas desnudos*”⁶⁶, y que no pudo ser castigado por ausencia de legislación que regulara esta materia. Se aludió también a serias falencias con relación a la persecución penal de esta actuación, al no existir un tipo penal propio para conductas de explotación sexual comercial de menores, añadido al hecho de que la sanción a los clientes sólo se establecía cuando las víctimas eran menores de 14 años⁶⁷.

El Proyecto de Ley radicado y aprobado en el Senado contemplaba pena de prisión de 96 a 144 meses⁶⁸, es decir, de 8 a 12 años de prisión, así como las tres primeras agravantes especiales. La Plenaria de la Cámara aprobó el aumento de 14 a 25 años, con el argumento de que “si se está reprochando directamente a la persona que utiliza el cuerpo de la víctima no puede tener una pena inferior a la del intermediario”⁶⁹. Se adicionaron, además, las causales 4 y 5 de agravación de la conducta.

Así, la Ley 1329 de 2009 introdujo modificaciones que buscaban contrarrestar el abuso y explotación de niños, niñas y adolescentes, así como dar respuesta a las obligaciones adquiridas por Colombia a través de convenios, tratados y recomendaciones de orden internacional en la materia. Con esta ley se crearon los delitos de proxenetismo con menor de edad en el artículo 213-A CP y demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad en el artículo 217-A CP⁷⁰.

⁶⁶ Acta de comisión 51 del 11 de junio del 2008. Senado.

⁶⁷ Senado de la República. (6 de noviembre de 2007). Gaceta del Congreso No. 554.

⁶⁸ Senado de la República. (11 de septiembre de 2008). Gaceta del Congreso No. 618.

⁶⁹ Cámara de Representantes. (9 de junio de 2009). Gaceta del Congreso No. 463.

⁷⁰ Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana (pp. 103). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Con respecto al tipo creado de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, en el artículo 217-A CP, se tenía como propósito penalizar la conducta de los clientes en la prostitución de niños, niñas y adolescentes, cometiendo el delito quien de manera directa o a través de un tercero, solicite o demande realizar actos sexuales o tener relaciones sexuales con persona menor de 18 años, existiendo de por medio pago o promesa de pago.

La incorporación de este tipo penal atendía al requerimiento de hacerle frente a la problemática del comercio sexual con menores, de tal modo que no simplemente quien realiza actos de proxenetismo sobre niños, niñas y adolescentes sería penalizado, sino que así mismo debía ser sancionado penalmente quien demanda la realización de intercambio sexual con menor de edad. La pena establecida finalmente oscila entre los catorce (14) y los veinticinco (25) años de prisión⁷¹.

Las motivaciones que se evidencian en el informe de conciliación no dan cuenta de aspectos de razonabilidad y proporcionalidad con respecto a las penas a imponer, dado que no se generó un examen minucioso sobre la gravedad de las conductas y su repercusión en la prevención especial y en la reinserción social, ni una ponderación entre el bien jurídico tutelado y la condena que se impone con el objetivo de cumplir con los fines esenciales de la pena.

Por otra parte, en relación con los agravantes que se plasmaron en la Ley 1329 de 2009, en debates de Senado y Cámara no hay justificación sobre los dos artículos que se anexaron al final, pues en primera propuesta se estableció como agravante “1) *Si la conducta es cometida por miembro armado organizado al margen de la ley* 2) *Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado* y 3) *Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley*” y en el último informe de conciliación se introdujeron “cuando es menor de 14 años” y cuando “la víctima es familiar”⁷².

⁷¹ Gaceta 463 de 2009, Cámara.

⁷² Código Penal Colombiano. Artículo 217-A.

El artículo 3 de la Ley 1329 de 2009 introdujo así el artículo 217A al Código Penal colombiano. El tipo penal consagrado no ha sido modificado hasta ahora, y su tenor es el siguiente:

El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.

Parágrafo. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se agravará de una tercera parte a la mitad:

1. Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero.
2. Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado.
3. Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley.
4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad.
5. El responsable sea integrante de la familia de la víctima⁷³.

Así, si bien la conducta descrita en el tipo contiene una pena privativa de la libertad de 14 a 25 años, la misma se podría aumentar de una tercera parte a la mitad en caso de que se incurriera en los agravantes acabados de referir.

A continuación, se presenta una tabla que permite evidenciar la evolución del tratamiento punitivo de los delitos relacionados con la explotación sexual, a partir de la entrada en vigencia del actual CP. Con ello se busca evidenciar, entre otros aspectos, que la pena para el delito que aquí es objeto de análisis es una de las más altas dentro de este grupo:

⁷³ Congreso de la República de Colombia (24 de julio de 2000). Ley 599. Diario Oficial N° 44.097. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#1

DELITOS TÍTULO IV CAPÍTULO IV: DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL				
DELITO	Pena Actual		Pena 2001	
	Mínima	Máxima	Mínima	Máxima
Art. 213 Inducción a la prostitución	10	22	2	4
Art. 213 A Proxenetismo con menor de edad	14	25	No Existía	No Existía
Art. 214 Constreñimiento a la prostitución	9	13	5	9
Art. 215 Trata de personas	Derogado	Derogado	4	6
Art. 217 Estímulo a la prostitución de menores	10	14	6	8
Art. 217 A Demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años	14	25	No Existía	No Existía
Art. 218 Pornografía con personas menores de 18 años	10	20	6	8
Art. 219 Turismo Sexual	10	14	3	8
Art. 219 A Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años	10	14	No Existía	No Existía

TABLA No. 1 ELABORACIÓN PROPIA, INFORMACIÓN EXTRAIDA DEL CÓDIGO PENAL

De la anterior gráfica se debe señalar, en principio, que la referencia de mínimas y máximas alude a la pena privativa de la libertad, que es la que se impone en estos delitos. En este sentido, se pueden evidenciar las consecuencias punitivas desproporcionadas que trajo consigo la Ley 1236 de 2008, que impuso sanciones privativas de la libertad hasta tres veces más graves que las estipuladas por el legislador en un principio, y que, como se observó anteriormente, su aplicación no obedece a unos criterios político-criminales razonables.

Respecto del delito de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años, teniendo en cuenta que no se puede hacer una comparación respecto de una configuración legislativa anterior, se debe señalar que este tipo penal, junto con el de proxenetismo con

menor de 18 años, tiene una de las penas más altas respecto de los delitos estipulados en el Capítulo IV, y eso sin tomar en consideración los agravantes para cada tipo penal.

Por último, para el análisis que aquí se presenta es importante advertir que, en este tipo penal de explotación sexual comercial con menor de 18 años, el sujeto activo de la conducta es quien “solicita o demanda” (como verbos rectores) acceso carnal o actos sexuales con menor de 18 años, a través de pago a promesa de pago en dinero o en especie. Así, dentro de las características propias de este delito está la no necesidad de consumación del acceso o acto sexual, en razón a que al solicitarlo ya se configura la conducta⁷⁴.

3. APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

Con la entrada en vigencia de este tipo penal, se impuso a los organismos encargados realizar un informe anual con el objetivo de evidenciar las problemáticas generadas en la aplicación, implementación y desarrollo de los delitos de turismo sexual; por lo cual el ICBF, en asocio con otras entidades estatales, empezó a presentar estadísticas y a formular propuestas para desincentivar estas actividades.

DELITOS TÍTULO IV CAPÍTULO IV								
Año	Pornografía Con Menores De Edad Art. 218 Cp.		Demanda De Explotación Sexual Comercial Con Menor De 18 Años Art. 217 A.		Proxenetismo Con Menor De Edad Art. 213 A		Estimulo A La Prostitución De Menores Art. 217	
	Imputación	Condena	Imputación	Condena	Imputación	Condena	Imputación	Condena
2005	1	1	NO	0	NO	0	NO	0
2006	4	4	NO	0	NO	0	9	5
2007	5	1	NO	0	NO	0	12	1
2008	4	4	NO	0	NO	0	5	3

⁷⁴ Véase en ICBF. MANUAL PARA LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA de los intereses de las víctimas de trata de personas en Colombia. 2015, Pág. 89. Tomado en https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Manual_Juridico_Victimas_Trata_final1.pdf

2009	14	5	NO	0	1	0	11	3
2010	16	8	6	1	5	0	11	2
2011	17	3	17	2	10	1	8	0
2012	8	7	14	9	13	1	7	5
2013	10	3	11	6	9	2	4	1
2014	22	3	26	6	23	5	2	2
2015	46	8	22	8	14	9	7	3
2016	66	22	29	10	20	6	6	3
2017	122	28	40	13	12	10	2	2
2018	19	11	13	8	10	3	2	0
TOTAL	324	108	178	63	117	37	86	30

TABLA No. 2 ELABORACIÓN PROPIA, INFORMACIÓN EXTRAIDA DE: ICBF, LÍNEA DE POLÍTICA PÚBLICA PARA LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES 2018 – 2028. (a junio 2018).

De esta información recopilada se extrae que, a junio de 2018, se habían imputado a 178 personas por el delito de explotación sexual comercial contemplado en el artículo 217 A CP, y que a esa misma fecha habían sido condenadas 63 personas, siendo uno de los delitos por los cuales la Fiscalía ha realizado más imputaciones en lo que respecta a delitos que protegen la libertad, integridad y formación sexuales de los menores de 18 años. Además, desde el 2005 se habían formulado cerca de 705 imputaciones y proferido 238 condenas relacionadas con los delitos contemplados en el título IV capítulo IV, que fueron incluidos desde hace poco en la legislación colombiana.

4. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 217A POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Cabe resaltar que el delito consagrado en el artículo 217A del Código Penal corresponde a un tipo penal con sujeto activo indeterminado y sujeto pasivo determinado (debe ser menor de 18 años), y cuyos verbos rectores son: solicitar o demandar el acceso carnal o actos sexuales, a cambio de pago o promesa de pago en dinero, especie u otra retribución.

Son múltiples las sentencias y los autos de inadmisión de demandas de casación de la Corte Suprema de Justicia donde se han indicado los elementos configurativos del tipo penal de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad.

Para comenzar, la CSJ ha sido enfática en aclarar que el bien jurídico protegido en este tipo no es el mismo que el de los delitos sexuales. En realidad, se trata de prevenir conductas relacionadas con la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Por lo tanto, no es posible argumentar que el delito no se configura cuando el menor es mayor de 14 años con base en la autonomía en materia sexual que goza. Esto es, se incurre en el ilícito aun si el o la menor tiene más de catorce años.

Al respecto la CSJ en el Auto AP1715 de 2018⁷⁵ explica que: “el contenido del tipo sexual en cuestión es diferente a las previsiones que en materia de bienes jurídicos protegidos se introducen [...] a los delitos de actos sexuales o acceso carnal abusivos con menores de catorce años”. Ya que, se materializa una protección especial “por tratarse de menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurada plenamente”.

En ese mismo auto se argumenta que al ser un delito de mera conducta (para su consumación basta que se realice la conducta descrita), el delito de explotación sexual comercial de menores de 18 años podría concursar con los delitos de actos o acceso carnal abusivos con menores de catorce años si estos se concretaron. Así mismo, se resalta que la agravante número 4 reprocha esta situación.

Así mismo, la Corte Suprema en distintos autos y sentencias ha detallado que el tipo penal del Art. 217A no exige calidades especiales en el sujeto activo de la conducta. Esto con especial atención a la expresión “comercial” que se emplea en el tipo. Es decir, puede ser cometido por cualquier persona. Así las cosas, en el auto AP787 de 2018⁷⁶ la Sala de Casación Penal determinó que no tiene que tratarse de “un cliente usual de este tipo de actividades”.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto AP1715 de 2018. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; Abril 25 de 2018).

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto AP787-2018. (MP Fernando Alberto Castro Caballero; Febrero 28 de 2018).

Además, en la Sentencia SP27 2017⁷⁷ la CSJ, por ejemplo, afirmó que no es necesaria la existencia de “una red dedicada a la prostitución infantil”. Y que la expresión “comercial” no se restringe a las actividades de conglomerados mercantiles, sino que comprende también “actos propios de la vida cotidiana”. Puesto que, tal y como se explica en el Auto AP4868 de 2016⁷⁸, argumento acogido por distintas sentencias de casación, “un negocio jurídico celebrado entre dos particulares puede ser catalogado perfectamente como ‘comercial’”.

También, en este punto de la orientación “comercial” de la conducta, la Corte ha señalado que *“contratar la obtención de favores sexuales a cambio de dinero es un acto de comercio, regulado por las leyes mercantiles. Pero cuando ese acuerdo involucra la participación de un menor de edad, su objeto no solamente es ilícito, sino está contemplado como conducta punible”*⁷⁹, así el interés sea con propósito de incentivo o con la finalidad de requerir a un tercero para que consiga favores sexuales de un menor, involucra una actividad comercial ilegal a todas luces.

En síntesis, para que se configure entonces este tipo penal basta con la “solicitud o demanda” de servicios sexuales sin ser relevante la calidad del sujeto, y la expresión comercial no comporta una cualificación del sujeto activo del tipo.

El delito de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años es un tipo penal relativamente nuevo en la legislación colombiana, y ha pasado un tiempo prudencial de aplicación en el que se han emitido fallos relevantes en primera y segunda instancia en la materia, que han llevado a la Corte Suprema a resolver los diferentes recursos extraordinarios de casación interpuestos; decisiones que permiten establecer el alcance que esta alta corte le da al tipo penal.

En principio, para la CSJ es necesario señalar la marcada diferencia existente entre el proxenetismo y la demanda de explotación sexual con menor de edad, puesto que el primero

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP15490-2017. (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto AP4868-2016. (Julio 27 de 2016).

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).

busca sancionar la inducción a la prostitución y el segundo busca sancionar al cliente de servicios sexuales en los que se ve involucrado un menor de edad como prestador de estos servicios, sin importar si la remuneración es en dinero o en especie y sin tener en cuenta si el menor de edad tenía o no voluntad de prestar los servicios⁸⁰.

Con el propósito de no alejarse de la política criminal establecida por el legislador, la Corte realiza un análisis sobre el fin propio del delito, delimitando su alcance por medio de la interpretación legislativa del debate que se dio en Cámara y Senado.

Atendiendo a esta necesidad, se resalta que la introducción del delito obedece a la penalización de ‘clientes’ e intermediarios que quieran utilizar a los niños, niñas o adolescentes en actividades conducentes a la prostitución, pero ya no con el objetivo de castigar a quien financie o mantenga casa de prostitución con menores, sino a aquel que requiera o solicite los servicios sexuales de un menor de edad⁸¹.

Sumada a las anteriores conceptualizaciones a las que ha llegado la Sala Penal respecto del delito, destaca una reciente sentencia proferida por esta alta corte, en el caso de un ciudadano en estado de alcohóramiento, que le ofrecía aparentemente diez mil pesos a dos menores de edad, a cambio de “hacer el amor”, y que fue condenado en primera y segunda instancia. En esta oportunidad, la Sala realizó una valoración jurídica, dando peso probatorio a circunstancias personales como temperamento, convivencia y hechos, que le permitieron realizar el siguiente análisis:

“En esa secuencia, es insoslayable conjugar varias herramientas interpretativas encaminadas a darle contenido a la naturaleza de aquella acción de cara a la finalidad del ius puniendi en un Estado Social de Derecho, en pos de hacer compatible el suceso material origen del silogismo jurídico objeto de controversia, con los principios que guían su adecuada construcción. En particular, debe tenerse en cuenta el concepto de bien jurídico, noción que explica no solo la inclusión de

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 40867 (M.P. María Del Rosario González Muñoz; Junio 4 de 2013).

⁸¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 40867 (M.P. María Del Rosario González Muñoz; Junio 4 de 2013).

ciertos comportamientos susceptibles de sanción sino que también excluye los que pese a ajustarse formalmente a tipos legales, no lesionan ni ponen en peligro los intereses que la normatividad custodia. Así mismo, los principios de lesividad, subsidiariedad y ultima ratio conducen a una visión minimalista, reacia al control indiscriminado de riesgos potenciales que únicamente exacerbaría la función simbólica e ideológica del derecho penal”⁸².

Del anterior análisis se deriva la necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de este tipo penal, a partir de un estudio minucioso de las circunstancias fácticas y de consecuencias jurídicas distintas a las plasmadas por los jueces en sede de primera y segunda instancia, pues si bien se encargaron de enmarcar los hechos materia de investigación en el tipo penal, se alejaron de una valoración integral, dejando de lado el elemento de lesividad del bien jurídico⁸³.

Pues, tal como ha destacado la jurisprudencia, para establecer la tipicidad de la conducta será necesario comprobar su idoneidad para producir el resultado lesivo a los bienes jurídicos que protege⁸⁴. En dicha decisión, la CSJ casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Penal-, el 12 de enero de 2016, al encontrarse en discusión si la oferta realizada por el acusado resultase transgresora del bien jurídico, al carecer de capacidad de repercutir en la libertad, integridad y formación sexual de las menores.

La Ley 1329 de 2009, por medio de la cual se introdujo este tipo penal, entró a regir el 17 de julio de 2009 y las primeras demandas de casación estudiadas con base en este delito datan del año 2013⁸⁵. Es importante aclarar que en un comienzo la mayoría de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se efectuaron a través de autos de inadmisión de demandas de casación. Por ende, en un inicio, la interpretación jurisprudencial del tipo penal se construyó con base en estos autos.

⁸² Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).

⁸³ HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán. (1992). Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, El objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile (pp. 171 y s.s.).

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; 27 Sept. 2017). (Corte Suprema de Justicia de Colombia SP 9235-2014. (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; Julio 16 de 2014).

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP rad. 40867 (M.P. María del Rosario González Muñoz; Junio 4 de 2013).

En este sentido, la Corte Suprema entendía que:

- El delito contemplado en el “artículo 217-A la conducta se agota con la sola propuesta, de suerte que no es relevante si la persona accede a ella o no”⁸⁶.
- “La expresión “comercial” [...] no está solo circunscrita a las actividades de los conglomerados mercantiles, sino también a actos particulares, propios de la vida cotidiana”⁸⁷.
- “El contenido del tipo penal en cuestión es diferente a las previsiones que en materia de bienes jurídicos protegidos se introducen en otras normas”, ya que, el “legislador configuró la norma de prohibición en consonancia con criterios atinentes a la necesidad de prevenir conductas relacionadas con la llamada explotación sexual comercial de adolescentes”⁸⁸.
- No es posible argumentar que el delito no se configura cuando el menor es mayor de 14 años con base en la autonomía en materia sexual que goza. Esto es, se incurre en el ilícito aun si el o la menor tiene más de catorce años⁸⁹.

Ahora bien, en tres ocasiones la CSJ ha proferido sentencia de casación en el estudio de procesos que involucran el tipo penal en cuestión.

En la ya mencionada sentencia con rad. 47862 del 27 de septiembre de 2017⁹⁰, la CSJ reiteró su jurisprudencia sobre todos los elementos del tipo antes mencionados. Además, destacó que deben analizarse las circunstancias del caso para determinar si se transgrede o no el bien jurídico protegido. Lo anterior, en razón de los principios de lesividad, subsidiariedad y *ultima ratio*. Así las cosas, se debe (1) valorar tanto la correspondencia entre la conducta y el tipo como (2) la idoneidad de esa conducta para afectar el bien jurídico protegido.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 45708 (M.P. Eugenio Fernández Carlier; Abril 29 de 2015).

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 48195 (M.P. Eugenio Fernández Carlier; Julio 27 de 2016).

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 46581 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; Abril 25 de 2018).

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP Rad. 46581 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; Abril 25 de 2018).

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).

En todo caso, en esa sentencia, la Corte reiteró que el tipo penal del Art. 217-A si bien no se restringe a la concurrencia de “redes de explotación sexual infantil, [la presencia de esta] sí constituye un criterio orientador para ponderar qué conductas encajan” en el tipo, “sobre todo cuando esta novísima infracción es la más gravosa, en términos de punibilidad, [...] superando, por ejemplo, la correspondiente al acceso carnal violento”⁹¹.

En la Sentencia con rad. 48734 del 27 de junio de 2018⁹² la Corte se dedica a reiterar lo estipulado en la sentencia anterior, sentando jurisprudencia respecto a que la conducta típica no exige “la intermediación de un tercero en la relación comercial ilícita”. Y tampoco requiere la consecución de un propósito especial como lo es el ánimo de lucro del sujeto activo.

Finalmente, en la Sentencia con rad. 49156 del 12 de diciembre de 2019⁹³ determina que el Art- 217-A exige un “trasfondo de explotación sexual para admitir la vulneración del bien jurídicamente tutelado”. En este sentido, la Corte entiende que “no todas las propuestas lujuriosas que un adulto formule a un menor entre los catorce y dieciocho años, que incluya retribución económica o de otra especie serán, indefectiblemente, merecedora de un reproche penal”. Así las cosas, para la Corte ese marco de explotación sexual debe tener “como finalidad inducir o promover a la víctima a la realización de prácticas sexuales por remuneración –comercio– o aproveche que aquella ya se encontraba inmersa en un entorno de prostitución”.

Es importante decir que, pese a que el artículo 217-A contempla un marco punitivo muy superior, incluso con relación a otros delitos de índole sexual, la proporcionalidad de la pena no ha sido un tema discutido a profundidad, ni por el Congreso de la República (al momento de estipularlo), ni por la CSJ (al hacer el estudio de los casos concretos). Sólo en la Sentencia del 2017⁹⁴ este Tribunal justificó un mayor grado de vinculación del ilícito con la explotación

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).

⁹² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP Rad. 48734 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; Junio 27 de 2018).

⁹³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP Rad. 47862 (M.P. Eyder Patiño Cabrera; Diciembre 12 de 2019).

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).

sexual infantil en la gravedad de la pena para este contemplada. Sin embargo, esta apreciación fue mencionada de paso.

CAPÍTULO III

ARTÍCULO 217A Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

Desde su expedición, el CP ha sido objeto de más de cincuenta reformas legislativas. Dichas reformas implican, entre otros aspectos, modificación del marco punitivo (aumento o disminución de las penas), la creación de nuevos tipos, y la ampliación de los elementos de los tipos ya existentes.

Por ejemplo, con la entrada en vigencia del actual CP no eran delito en Colombia los actos de discriminación (Art. 134A) ni el hostigamiento (Art. 134B), ambos delitos introducidos con la Ley 1482 de 2011. De igual modo, no era considerado delito el feminicidio (Art. 104A), el cual fue agregado por medio de la Ley 1761 de 2015. Tampoco lo era, como se ha visto hasta acá, el delito de demanda de explotación sexual comercial de menores de edad (Art. 217A), que fue adicionado con la Ley 1329 de 2009.

Al analizar las reformas también se encuentra una tendencia a imponer pena de prisión a delitos que antes no la contemplaban. Este es el caso del delito de la violación de los derechos de reunión y asociación (Art. 200), que actualmente contempla pena de prisión de uno (1) a dos (2) años. Igual situación se presenta con relación al tipo penal de utilización indebida de información privilegiada (Art. 258), que hoy dispone pena de prisión de uno (1) a tres (3) años. El primero, modificado por la Ley 1453 de 2011; y el segundo, modificado por la Ley 1474 de 2011.

La posibilidad de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad a los presuntos infractores ha sido otro aspecto incluido en las reformas. En este sentido, por ejemplo, la Ley 1142 de 2007, al aumentar las penas de varios delitos, hizo posible para estos la imposición de la detención preventiva. Además, esa misma ley excluyó los beneficios y subrogados

penales para todo aquel que haya cometido, de forma dolosa o preterintencional, delito dentro de los cinco años anteriores (Art. 68A).

En general, las variaciones al Código Penal redundan en una mayor potestad punitiva del Estado (más delitos, más penas de prisión, más duración de las penas). Sin embargo, la determinación de los delitos, de las penas y su duración no responden a un criterio sistematizado. Por el contrario, los argumentos son “genéricos sobre la gravedad de la conducta o la afectación a bienes jurídicos, particularmente aquellos que se invocan como incidentes en la seguridad ciudadana, y las penas se fijan sin observar una fórmula de cualquier índole”⁹⁵.

Es evidente que el Legislador colombiano incrementa o establece las penas sin atender a la gravedad de la conducta o la forma como puede cometerse, lo que repercute en un sistema penal arbitrario. Por ejemplo, llama la atención que el delito de demanda de explotación sexual de menor de dieciocho 18 años, siendo de mera conducta, contemple una pena máxima más grave (25 años de prisión) que delitos sexuales de resultado como el de acceso carnal violento (20 años de prisión), o el de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años (20 años de prisión). Incluso, el delito de demanda de explotación sexual de menor de dieciocho (18) años agravado por recaer en menor de catorce (14) años incorpora una pena máxima de prisión (37 años y 6 meses) equivalente a la pena máxima dispuesta para el delito de homicidio simple (37 años y 6 meses).

Adicionalmente, la CSJ ha entendido que como los tipos penales de los arts. 217A y 208 del CP protegen dos bienes jurídicos distintos, pueden concursar⁹⁶. Esto es, si se realiza la demanda de explotación sexual comercial con menor de catorce (14) años, y se consuma el acto sexual, se comete, también, el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años. En caso de concurso, primero debe individualizarse la pena de cada uno de los delitos, de acuerdo con el supuesto concreto. Esto es, aplicar las agravantes y atenuantes que correspondan. Después, con base en el delito con la pena más grave, se procede a establecer

⁹⁵ Cita Triana, R. & Gonzalez Amado, I. (2017). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana (pp. 125). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto Penal AP Rad. 46581, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; Abril 25 de 2018).

el incremento por los delitos concurrentes. Entonces, el juez, de conformidad con los artículos 31, 59 y 61 del Código Penal, podría establecer la pena partiendo del delito que no lesiona el bien jurídico de forma directa, sino que lo protege de ser lesionado.

El legislador colombiano entonces, utiliza la pena de prisión como la sanción principal a las conductas punibles con una marcada tendencia al endurecimiento punitivo: estableciendo pena de prisión a delitos que antes no la contemplaban, creando nuevos tipos penales, aumentando indiscriminadamente las penas, y excluyendo de beneficios a los condenados (libertad condicional, subrogado penal, etc.). Situación, que cabe mencionar, no responde a una política criminal juiciosa, que propenda por la consecución de los fines de la pena. Y, por el contrario, repercute en un sistema penal incoherente, que no atiende a los principios que lo rigen, establecidos en la Constitución Política y la parte general del Código Penal.

Así, con el paso de las últimas décadas, se han venido deteriorando las garantías sustantivas y procesales en el sistema penal colombiano⁹⁷. Parte de este menoscabo se evidencia en el incremento injustificado de penas en diferentes tipos de delitos, desdibujándose, con ello, la correlación o correspondencia de la sanción con la infracción penal cometida. *“En Colombia, existe un interés por legislar en el campo del derecho penal, ello se demuestra en la cantidad importante de iniciativas legislativas que no pretenden solucionar los problemas de la sociedad, sino que responden a intereses particulares y a la falsa percepción de los ciudadanos frente al derecho penal”*⁹⁸.

Debido a este desequilibrio punitivo, es decir, a la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, se evidencia en nuestro ordenamiento que hechos que antes no eran considerados delito, y delitos que no contemplaban una sanción de prisión, hoy son delitos con penas de prisión y posibilidad de imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, que obedecen a una política criminal irracional, desbordada e

⁹⁷ Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2013). El Deterioro De La Función De Garantía del Derecho Penal Actual. En *Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes.

⁹⁸ Riaño García, Daniel Ricardo. (2018). La Castración Química y sus Avances Legislativos en Colombia. Trabajo de investigación. Universidad Católica.

incoherente⁹⁹. Sobre las sanciones penales, estas parecen someterse a objetivos como la retribución, la incapacitación y la gestión del riesgo¹⁰⁰.

Por su parte, las acciones de política pública se adaptan de una manera que valora sobre todo los réditos políticos y los efectos en la opinión pública, por encima, incluso, del concepto de los expertos y de las constataciones de los estudios realizados. La política pública pasa a ser planteada o introducida por asesores políticos de paso, tal como lo señala Garland al exponer que:

“Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público. Hace unas cuantas décadas, la opinión pública funcionaba como un ocasional freno de las iniciativas políticas; ahora opera como su fuente privilegiada. Se degrada la importancia de la investigación y el conocimiento criminológicos y en su lugar existe una nueva deferencia hacia la voz de la «experiencia», del «sentido común»¹⁰¹.

Se advierte entonces que, lo que antes eran bases, fundamentos y límites en la tipificación de delitos y fijación de penas correspondientes en función de una política criminal, esto es, los principios esenciales del sistema penal, en la actualidad se consideran obstáculos para la punición de conductas sin garantías de derechos, encontrando un evidente relativismo en los principios fundamentales del derecho penal, y el consiguiente menoscabo de las garantías fundamentales.

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 28 de 2013). Declara el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia.

¹⁰⁰ Garland, David. (2001). *La cultura del control* (pp. 42). Barcelona, España: Editorial Gedisa.

¹⁰¹ Garland, David. (2001). *La cultura del control* (pp. 50). Barcelona, España: Editorial Gedisa. - Los legisladores intervienen más directamente, imponen directivas, están más preocupados por someter la toma de decisiones en materia penal a la disciplina de la política partidaria y al cálculo político de corto plazo.

Además, el fin garantista del derecho penal se ve vulnerado cuando “*la sentencia justa pareciera ser solo la condenatoria y la condena justa no es ya la que respeta las garantías del debido proceso sino la que satisface los intereses de la víctima*”¹⁰². Para la tasación de las penas, los juzgados, tribunales y altas cortes están valorando y teniendo en cuenta la participación de las víctimas, quienes, en muchas ocasiones, demandan una justicia que se traduce en la exigencia de decisiones de carácter condenatorio a cualquier precio¹⁰³. Lo cual refleja un sistema poco objetivo, que determina las sanciones de acuerdo con el clamor de las víctimas, influyendo en gran medida en la punición de conductas.

Lo anterior ha dado lugar a que, en muchos supuestos, se imputen y se agraven delitos sin consideración a cada caso concreto y para cumplir con “exigencias institucionales” que convierten a los funcionarios judiciales en engranajes y máquinas de iniciar acciones penales o de producir sentencias condenatorias, con la finalidad de cumplir con estadísticas que evidencien el trabajo realizado.

En definitiva, la imposición de la pena parece desconocer, en muchos casos, la colisión que siempre se presenta entre los derechos fundamentales afectados por los castigos, y los fines que con ellos se persiguen. De tal ponderación podría resultar, por ejemplo, que el castigo que se sigue de la aplicación de las reglas previstas por el legislador es desproporcionado, ya sea porque no es idóneo para alcanzar el fin, no es necesario o no es proporcionado en sentido estricto, lo que obligaría al operador jurídico a optar por una sanción diversa.

Mediante a la posible relativización del principio de legalidad en la jurisprudencia reciente de las altas cortes, se ha visto vulnerado también el principio de proporcionalidad de la pena, desbordando las prescripciones normativas por lo general en nombre de las víctimas y bajo el supuesto jurídico del amparo y la interpretación del principio de igualdad¹⁰⁴. En este orden de ideas se estarían relativizando también los efectos de las conductas que están siendo castigadas, en cuanto al peligro real o a la afectación de los bienes jurídicos que protege el

¹⁰² Garland, David. (2001). *La cultura del control*, (pp. 281). Barcelona, España: Editorial Gedisa.

¹⁰³ Muñoz Tejada, Julián Andrés. (2009). Populismo Punitivo y una “verdad” Construida (pp. 15). Medellín, Colombia: *Enero-Junio 2009* Nuevo Foro Penal, No. 72

¹⁰⁴ Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2013). El Deterioro De La Función De Garantía del Derecho Penal Actual, En *Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur* (pp.283). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes.

legislador, equiparando delitos de peligro (incluso de peligro abstracto) a delitos de lesión en la imposición de sanciones iguales, similares, o mayores¹⁰⁵.

El gran reto tanto para el legislador como para los jueces, en la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, podría centrarse en la no aceptación de las presiones que ejercen distintos agentes de la sociedad que buscan el desmedido crecimiento de la punición con miras a lograr algún beneficio, o a “hacer un uso meramente simbólico del derecho penal”¹⁰⁶.

Además, el principio de proporcionalidad se establece como límite a la actividad legislativa en la definición de las penas y de los delitos, en razón de las diversas condiciones que pueden acompañar la conducta ilícita.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que el delito de demanda de explotación sexual de menor de dieciocho (18) años, tipificado en el art. 217^a CP, no satisface las exigencias derivadas de este principio, y se constituye en una manifestación más del punitivismo irracional en el sistema penal colombiano, y más específicamente, en la política legislativa reciente. Nuestro derecho penal se ha caracterizado por un aumento indiscriminado de las penas y una expansión desmedida del *ius puniendi* del Estado, que lejos de obedecer a un análisis racional y ponderado, ha obedecido a una concepción según la cual el castigo es la mejor y la única alternativa para disuadir a la sociedad de quebrantar la ley y para reparar el daño ocasionado a ella con la comisión de la conducta punible.

Esta tendencia a aumentar las penas, que ya prácticamente se ha tornado en una costumbre que se repite de manera irreflexiva, se parece a la práctica de la ley del talión, que encuentra su fundamento en la venganza y la retribución.

El uso desmesurado de la posibilidad de elevar las penas y de expandir el radio de acción del derecho penal, lejos de disminuir los índices de criminalidad, ha repercutido en gran medida

¹⁰⁵ Hassemer, Winfried. (1991). Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno (pp. 242).

¹⁰⁶ Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana* (pp. 24). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

en la crisis de hacinamiento carcelario que hoy aqueja al país, y en la que miles de personas sufren a diario la vulneración constante a sus derechos más fundamentales y de su dignidad humana.

CONCLUSIONES

1. Diferentes autores han analizado el principio de proporcionalidad de la pena o prohibición de exceso, teniendo como puntos comunes que se trata de un principio esencial en cualquier Estado social de derecho, y que tiene un papel central como límite a la incriminación de conductas por parte del Estado.
2. La Corte Constitucional interpreta que el principio de proporcionalidad de la pena constituye uno de los límites a la libertad de configuración del legislador, y, como tal, en caso de no ser atendido, puede dar lugar a un control de constitucionalidad o una reforma legislativa posterior, lo cual garantiza cierta seguridad jurídica que influye en la consolidación de un Estado que vela por la protección de los derechos y principios constitucionales. Destaca dos principios: el de necesidad de la intervención penal que corresponde a la imposibilidad del Estado de castigar todas las conductas, ya que no todas las conductas presentan un verdadero riesgo para la sociedad; y el de la protección exclusiva de los bienes jurídicos, pues debe hacerse un examen de raciocinio sobre la protección, conductas y cantidad de la pena a imponer de acuerdo con el bien jurídicamente tutelado.
3. La Corte Suprema de Justicia considera que la tasación de la pena sin motivación constituye la vulneración al principio de proporcionalidad, ya que comporta arbitrariedad en la fijación de la consecuencia punitiva. Fija además algunas reglas de interpretación y aplicación de las normas legales que regulan la tasación de la pena, como que todas las decisiones judiciales deben ser motivadas, la aplicación de los criterios del art. 61 del Código Penal es desarrollo de la discrecionalidad del juzgador y en los casos de concurso, el juez tiene la obligación de dosificar, en forma individual, cada una de las penas relativas a los delitos que concurren.

4. Ante la necesidad de proteger a los menores de edad se han implementado mecanismos normativos, que han generado un deber del Estado frente al reconocimiento y penalización de conductas que atenten contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes, promulgados por la Constitución y por convenios internacionales previamente ratificados.
5. La introducción del tipo penal de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad respondió a la necesidad de afrontar la problemática del comercio sexual con menores, de tal modo que no solamente quien ejerce actos de proxenetismo sobre niños, niñas y adolescentes ha de ser penalizado, sino que, así mismo, debe ser sancionado penalmente quien demanda la realización de intercambio sexual con menor de edad. La pena establecida oscila entre los catorce (14) y los veinticinco (25) años de prisión, sin contar con el aumento que prevén las agravantes, con el que quedaría en una pena máxima de treinta y siete (37) años y seis (6) meses de prisión.
6. El delito de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años, junto con el de proxenetismo con menor de 18 años, tiene una de las penas más altas respecto de los delitos estipulados en el Capítulo IV, y ello sin tomar en consideración los agravantes para cada tipo penal. Al ser un delito de mera conducta (basta con la sola “solicitud o demanda” de servicios sexuales), el delito de explotación sexual comercial de menores de 18 años podría concursar con los delitos de actos o acceso carnal abusivos con menores de catorce años, si estos se concretaron, advirtiéndose una evidente vulneración al principio de proporcionalidad de la pena.
7. La Corte Suprema de Justicia destacó que deben analizarse las circunstancias de cada caso concreto, para determinar si se transgrede o no el bien jurídico protegido, en razón de los principios de lesividad, subsidiariedad y *ultima ratio*, debiéndose valorar tanto la correspondencia entre la conducta y el tipo, como la idoneidad de esa conducta para afectar el bien jurídico tutelado.

8. El Legislador colombiano incrementa o establece penas sin atender, muchas veces, a la gravedad de la conducta o la forma como puede cometerse, lo que repercute en un sistema penal arbitrario.
9. En el proceso legislativo que condujo a la introducción del delito analizado, a pesar de que se hizo una calificación válida de las razones por las cuales debía tipificarse el delito, no se hizo una precisión clara respecto de la dosificación penal, y no se encontraron razones de peso para incrementar la pena que se había plasmado en primer debate, sino que, por el contrario, se sostuvo que la pena debía ser mayor por el hecho de que el sujeto pasivo eran los menores de edad, sin hacer una valoración - de acuerdo con los lineamientos de la Corte Constitucional- de razonabilidad y proporcionalidad, que corresponde a criterios de represión y prevención, sopesados con la libertad y el debido proceso, y en atención a los fines de la pena de retribución justa, prevención especial y reinserción social.
10. Como resultado del análisis del artículo 217-A, en cuanto al tipo penal como tal y a la sanción que tiene contemplada, es posible concluir que efectivamente vulnera el principio de proporcionalidad de la pena, teniendo en cuenta, sobre todo, que estamos ante un delito de peligro y de mera conducta, y que existen otros delitos con una gravedad mayor, que lesionan efectivamente el bien jurídico tutelado, o lesionan bienes jurídicos de mayor relevancia (como la vida), y poseen penas iguales o inferiores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias Holguín, Diana Patricia. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia. Revista de Derecho, núm. 38, julio-diciembre de 2012.
- Arias Holguín, D. P., & Lopera Mesa, G. P. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. . Bogotá, D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Año 2000.
- Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. . Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Conde, María J.; UNICEF; Buenas prácticas en la lucha contra la explotación sexual de niños, Niñas y Adolescentes en América Latina y el Caribe.
- Díez Ripollés, José Luis. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid. Trotta.
- ECPAT, I. (2008). *Combatiendo el turismo sexual con niños y adolescentes*. 328 Phayathai Road, Bangkok 10400, Tailandia: Saladaeng Printing Co.Ltd.
- Estocolmo (1996).
- Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Hassemer., W. (1999). “*Viejo y nuevo derecho penal*”, en Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* . Bogotá, D.C: Temis.
- Hassemer, Winfried. (1991). Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno.
- Hormazábal Malarée Hernán. (1992). Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, El objeto protegido por la norma penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.

- ICBF. (2015). *Diagnóstico para la construcción de la política pública sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, niñas y Adolescentes en Colombia*. Bogotá D.C: Observatorio de bienestar y la niñez.
- Muñoz Tejada, Julián Andrés. Populismo Punitivo y una “verdad” Construida. Medellín, Colombia: *Enero-Junio 2009* Nuevo Foro Penal, No. 72
- OIT. (14 de Agosto de 2019). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Explotación sexual comercial infantil: <https://www.ilo.org/ipec/areas/CSEC/lang-es/index.htm>
- Paredes Castañón, José Manuel. (2014). Vademécum del legislador racional (y decente): Noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal. *Revista Libertas 2 – Julio 2014*.
- Riaño García, Daniel Ricardo. (2018). *La Castración Química y sus Avances Legislativos en Colombia*. Trabajo de investigación. Universidad Católica.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2013). El Deterioro De La Función De Garantía del Derecho Penal Actual. En *Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2008). *¿El derecho penal garantista en retirada?* Madrid: *Revista Penal*, No. 21.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2013). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*, 3 (71).
- UNICEF , O. y. (2005). *UNICEF*. Obtenido de UNICEF: [unicef.org/honduras/Prevencion_de_la_ESC_esp\(9\).pdf](http://unicef.org/honduras/Prevencion_de_la_ESC_esp(9).pdf)
- UNICEF (2006), Convención sobre los derechos del niño, artículo 19.
- UNICEF. (2006). *HOJAS INFORMATIVAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA* . New York: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
- UNICEF. (2005). Oficina Regional para América Latina y el Caribe; *Prevención de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Contribuyendo a un turismo sostenible en Centroamérica*.
- Valencia Martínez. Jorge Enrique. (2002). *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*. Bogotá: Legis.

NORMATIVA Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

- Código Penal Colombiano (1890).
- Código Penal Colombiano, Ley 95 de 1936.
- Código Penal Colombiano, Decreto número 100 de 1980.
- Código Penal Colombiano, ley 599 de 2000.
- Ley 697 de 2001.
- Ley 765 de 2002.
- Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004.
- Acta de comisión 243 de 2006, Senado.
- Ley 1068 de 2006
- Ley 1098 de 2006, Código de la infancia y la adolescencia.
- Gaceta del Congreso N° 243 de 2006.
- Informe de Ponencia Segundo debate en Senado. Proyecto de Ley 181 de 2007.
- Gaceta del Congreso No. 554 de 2007.
- Gaceta 426 de 2007, Cámara.
- Gaceta 391 de 2008, Cámara.
- Gaceta 639 de 2008, Senado.
- Gaceta 554 de 2008, Senado.
- Gaceta del Congreso No. 618 de 2008.
- Senado, Acta de Plenaria 10 del 03 de septiembre de 2008.
- Ley 1236 de 2008.
- Acta de comisión 51 del 11 de junio del 2008. Senado
- Ley 1329 de 2009.
- Gaceta 463 de 2009, Cámara
- Informe de Ponencia Para Primer Debate del Proyecto de Ley 146 de 2008 Cámara, 181 De 2007 Senado. Febrero de 2009.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Constitucional

- Sentencia C-070 de 1996. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Febrero 22 de 1996).
- Sentencia C-1404 de 2000. (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; Octubre 19 de 2000).
- Sentencia C-173 de 2001. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Febrero 14 de 2001).
- Sentencia C-420 de 2002. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Mayo 28 de 2002).
- Sentencia C-916 de 2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Octubre 29 de 2002).
- Sentencia C-899 de 2003. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Octubre 7 de 2003).
- Sentencia C-247 de 2004. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Marzo 16 de 2004).
- Sentencia C-248 de 2004. (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Marzo 16 de 2004).
- Sentencia C-636 de 2009. (M.P. Mauricio González Cuervo; Septiembre 16 de 2009).

- Sentencia C-575 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Agosto 26 de 2009).
- Sentencia C-983 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Diciembre 1 de 2010).
- Sentencia C-073 de 2010. (M.P. Humberto Sierra Porto; Febrero 10 de 2010).
- Sentencia C-742 de 2012, (M.P. María Victoria Calle Correa; Septiembre 26 de 2012).
- Sentencia T388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 28 de 2013).
- Sentencia C-334 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Junio 13 de 2013).
- Sentencia C-108 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Febrero 23 de 2017).
- Sentencia C-073 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Febrero 10 de 2010).

Corte Suprema de Justicia

- Sentencia 8485 de 1994. (M.P. Dídimo Páez Velandia; Agosto 24 de 1994).
- AP Rad. 40867 (M.P. María Del Rosario González Muñoz; Junio 4 de 2013).
- Sentencia 33254 de 2013. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez; Febrero 27 de 2013).
- Sentencia 41350 de 2014. (M.P. Eugenio Fernández Carlier; Abril 30 de 2014).
- Auto SP 9235-2014. (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; Julio 16 de 2014).
- Auto AP Rad. 2172 (M.P. Eugenio Fernández Carlier; Abril 29 de 2015).
- AP Rad. 48195 (M.P. Eugenio Fernández Carlier; Julio 27 de 2016).
- Sentencia 46647 de 2016. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez; Febrero 3 de 2016).
- Auto AP 4868-2016 Rad. 47731 (M.P. Eugenio Fernández Carlier; 27 de julio de 2016).
- Sentencia SP15490-2017. (MP José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).
- AP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).
- Auto AP787-2018. (MP Fernando Alberto Castro Caballero; Febrero 28 de 2018).
- Auto AP1715 de 2018. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; Abril 25 de 2018).
- Auto AP Rad. 5214 (M.P. Eugenio Fernandez Carlier; Diciembre 5 de 2018).
- Auto AP Rad. 46581 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; Abril 25 de 2018).
- Sentencia SP Rad. 48734 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; Junio 27 de 2018).
- Sentencia SP Rad. 47862 (M.P. Eyder Patiño Cabrera; Diciembre 12 de 2019).
- Auto AP Rad. 47862 (M.P. José Luis Barceló Camacho; Septiembre 27 de 2017).