

Honorables Magistrados:
CORTE CONSTITUCIONAL
 E.S.D.

Respetados Magistrados:

Referencia: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 *"Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad"*

Actor: MARIA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA.

MARIA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA, identificada con la cédula de ciudadanía número 35.414.057, con domicilio en la ciudad de Bogotá, en uso de mis derechos y deberes ciudadanos consagrados en los artículos 40 numeral 6º y 95 numeral 7º de la Constitución Política, me dirijo a ustedes para interponer acción pública y demandar por inconstitucionalidad el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, en cuanto es violatoria del mandato constitucional estatuido en los artículos 9, 13, 17, 28, 29, 44, 93 y 94 de la Constitución Política y el artículo 25 del Convenio N° 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio ratificado por Colombia mediante la Ley 23 de 1967, el artículo 2 del Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso ratificado por Colombia en 1957, el artículo 2 núm. 2 y el artículo 8 núm. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, los artículos 1, 2 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969) ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, los artículos: artículo 2 numeral 2, artículo 3 numeral 1 y 2, artículo 4, artículo 19 numeral 1 y 2, artículo 32, artículo 34, artículo 35, artículo 36 y artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, artículos 1 y 7 núm. 1 del Convenio N° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999) ratificado mediante la Ley 704 de 2001 y los artículos 3 lit. C y 5 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños (2000), ley 800 de 2003.

Me permito describir esta solicitud de la siguiente manera:

I. NORMA DEMANDADA

LEY 1453 DE 2011

(Junio 24)

Diario Oficial 48110 de junio 24 de 2011.

Reglamentada por el Decreto Nacional 079 de 2012

Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad



EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

CAPÍTULO IV

Medidas para garantizar la seguridad ciudadana relacionadas con el Código de la Infancia y la Adolescencia

(...)

Artículo 93. Explotación de menores de edad. El que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión y el menor será conducido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para aplicar las medidas de restablecimientos de derechos correspondientes.

La pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Me permito señalar la normatividad infringida:

Artículo 9 de la Constitución Política: "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

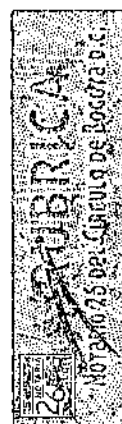
De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe."

Artículo 13 de la Constitución Política: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Artículo 17 de la Constitución Política: "Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas."



Artículo 28 de la Constitución Política: "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles." **Negrita fuera del texto**

Artículo 29 de la Constitución Política: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso." **Negrita fuera del texto**

Artículo 44 de la Constitución Política: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

Artículo 93 de la Constitución Política: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos



humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él."

Artículo 94 de la Constitución Política: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

Tratados internacionales ratificados por Colombia infringidos:

Convenio N° 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio ratificado por Colombia mediante la Ley 23 de 1967 artículo 25: *"El hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio será objeto de sanciones penales, y todo Miembro que ratifique el presente Convenio tendrá la obligación de cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente."*

Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, ratificado por Colombia en 1967 artículo 2: *"Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio, según se describe en el artículo 1 de este Convenio."*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 artículo 2 núm. 2 "Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter." Artículo 8 núm. 1: "Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. (...)"



Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969) ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972 artículo 1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona

que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social(...). Artículo 2: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." Y artículo 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 artículo 2 núm. 2: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares." Artículo 3 núm. 1 y 2: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas(...)" Artículo 4: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional." Artículo 19 núm. 1 y 2: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial." Artículo 32: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo" Artículo 34: "Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este



fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.” Artículo 35: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.” Artículo 36: “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.” Y Artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”

Convenio N° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999) ratificado mediante la Ley 704 de 2001 artículo 1: “Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.” Artículo 7 núm. 1: “1. Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole. (...)”

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños (2000) artículo 3 lit. c y artículo 5, ratificado mediante la ley número 800 de 2003: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente. 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.”

III. CUESTIONES PREVIAS A LA ARGUMENTACIÓN DE LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Ley 599 de 2000 (Por la cual se expidió el Código Penal), tipificó en sus artículos 215 y 231 las conductas que implicaban el delito de “Trata de Personas”, es así como en el artículo 215 contempló que: “El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de setenta y cinco (75) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” De otra parte, el artículo 231 estableció el delito de Mendicidad y tráfico de menores, disponiendo que: “El que ejerza la mendicidad valiéndose de un menor de doce (12) años o lo facilite a otro con el mismo fin o de cualquier otro modo trafique con él, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”, agravándose y aumentándose la

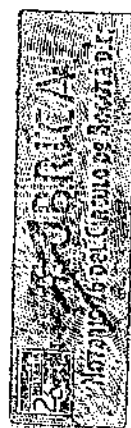


pena de la mitad a las tres cuartas partes cuando: “*se tratare de menores de seis (6) años*” o “*El menor esté afectado por deficiencias físicas o mentales que tiendan a producir sentimientos de conmiseración, repulsión u otros semejantes.*”

El legislador colombiano conociendo que el problema de la Trata de Personas era de gran dimensión y mucho más amplio de lo que se podía contemplar en esos dos artículos, por cuanto, esta conducta delictiva había adoptado nuevas formas que, al no estar contempladas en la ley, hacían que el delito quedara impune, y de otro lado, en cumplimiento de los nuevos compromisos que el Estado colombiano había adquirido con la adopción de instrumentos internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso)¹, se expidió la ley 747 de 2002, en la que se contempló el delito de la Trata de Personas en sus diversas modalidades, ajustándose la tipicidad del mismo, a la definición de “Trata de Personas” internacionalmente adoptada, y se penalizó la comisión de la trata cuando se configurara la explotación con fines de “prostitución, pornografía, servidumbre por deudas, mendicidad, trabajo forzado, matrimonio servil”, en cualquiera de sus formas dentro o fuera del país, estableciendo una pena de prisión de “*diez (10) a quince (15) años y una multa de seiscientos (600) a mil (1000) salarios mínimos legales vigentes mensuales*”.

Con la expedición de la mencionada Ley 747 de 2002 se derogó entre otros, el artículo 231 de la Ley 599 de 2002, que contemplaba el delito de *Mendicidad y tráfico de menores*, argumentándose por una parte, que como estaba consagrado este tipo penal, se entendía que era un tipo de mera conducta, por lo que, éste permitía que no solo se castigara penalmente a aquel que *ejerciera la mendicidad* con menores como una forma de empresa, mediante engaños, violencia y coerción, sino a la madre que tuviera a su menor hijo en brazos *ejerciendo la mendicidad*, pero por caridad, situación que no puede ser reprochable penalmente, toda vez que, es una conducta que obedece a “*una necesidad del alimento por la vida.*”²

De otra parte, se precisó que la tipificación amplia del delito de trata de personas, y que contempla la explotación de la personas con fines de mendicidad y la consagración de las circunstancias de agravación punitiva cuando la conducta se comete en menor de (18) años, permitiría que se pudiera llegar a los delincuentes en las diferentes formas de desplegar la conducta frente a la mendicidad, es decir, no solo en los casos en que en flagrancia se encontrara a un individuo constriñendo a un menor o un grupo de menores de edad para que ejercieran la mendicidad (comisión del delito), sino que, esta tipificación contemplaría los supuestos de hecho donde el individuo no es aprehendido en flagrancia, por no estar pidiendo limosna, pero está acompañado de un menor de 12 años en un parque de la ciudad (tentativa de la comisión del delito), y así pueda haber imputación de responsabilidad penal por la explotación de menores de edad a través de la mendicidad, aun sin que la conducta se consuma, contemplándose que sea sancionado penalmente aun la tentativa de dicho delito, protegiéndose ampliamente el fin del bien tutelado que es “La libertad individual y autonomía personal”, impidiendo a la vez que se criminalice a los pobres que acuden a la caridad en las calles, como consecuencia de la “*omisión del Estado en la atención de las garantías mínimas de sus ciudadanos*”.³



¹ Exposición de motivos Ley 747 de 2002 radicado en Cámara- Proyecto de Ley 173 de 2001.

² Ponencia para primer debate al proyecto de ley 190 de 2001 Senado- Ley 173 de 2002- Gaceta 2010 de 2002 Senado de la República

³ Ibidem

De otro lado, la Ley 890 de 2004 en su artículo 14 aumentó en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, las penas previstas para la trata de personas y sus circunstancias de agravación punitiva aumentando la pena de prisión para quienes incurrieran en este delito.⁴

En el 2005 y con la expedición de la Ley 985, se modificó el artículo 188 A de la Ley 599 de 2000, y que contiene el tipo penal de Trata de Personas, esto en consideración a que Colombia mediante la Ley 800 de 2003, ratificó el "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional", y con el propósito de adoptar medidas que permitan prevenir, atender, fortalecer y coordinar las acciones del Estado en contra del delito de la trata de personas, complementar y actualizar la legislación penal vigente sobre la materia para sancionar debidamente estas conductas tendientes a la explotación económica de las personas, y que violan sus derechos humanos.

Ahora bien, en junio de 2011, el Congreso de la República expide la Ley 1453, *"Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad."*, y en su artículo 93 consagra un tipo penal especial que denomina explotación de menores de edad, y en el que establece que: *" (...) el que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión(...)"* aumentando la pena en la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, desconociéndose con esta previsión la existencia de la norma que tipifica el delito de trata de personas y que concibe las diferentes formas de explotación que se pueden ejercer en contra de un ser humano, y que lo sanciona con una pena privativa de la libertad de 13 a 23 años, con el agravante de que cuando se realice en persona que padezca, inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanentemente o sea menor de 18 años, la pena se aumentara de una tercera parte a la mitad, tal como lo establece el artículo 188 B del nuevo Código Penal.

Con esta previsión normativa se puede concluir lo siguiente:

1. La conducta típica descrita en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 y que establece la explotación de menores de edad (en diferentes modalidades, por cuanto entraña su *utilización, instrumentalización, comercialización* o el ejercicio de la mendicidad), coincide con los aspectos fácticos, jurídicos y aún probatorios de la conducta punible que concibe el delito de Trata de Personas establecido en el artículo 188 A del Nuevo código Penal, al configurarse este por la explotación de las personas (Incluidos los menores de edad cuando en el artículo 188 B se prevén las circunstancias de agravación) en sus diferentes modalidades, creándose una confusión típica, toda vez que,

⁴ El artículo 14 de la Ley 890 de 2004 estableció que las penas previstas en los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal se aumentarían en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. Los artículos 188 A y 188 B y que hacen referencia a la trata de personas y a las circunstancias de agravación punitiva respectivamente, están en el Capítulo V (Delitos contra la autonomía personal) Título III (Delitos contra la libertad y otras garantías) Libro II denominado Parte especial de los delitos en particular, por lo que las penas para estos fueron aumentadas.



los dos tipos penales entrañan la misma conducta y buscan proteger el bien tutelado que es "La libertad individual y autonomía personal".

2. Ahora bien, al tipificar dos tipos penales la misma conducta, se está desconociendo el principio de *non bis in idem*, que supone: el de prohibición o múltiple incriminación, prohibición de doble o múltiple valoración, el denominado principio del *non bis in idem* material, cosa juzgada, prohibición de doble o múltiple punición y finalmente, el *non bis in idem* material.⁵

Este argumento se sustenta en el análisis realizado sobre los verbos rectores contenidos, tanto en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 como en el artículo 188 A del Código Penal, análisis que me permito presentar a continuación:

Partiendo de la norma consagrada en el artículo 28 del Código Civil⁶ en donde se señala que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural, obvio y según el uso general que se hace de las mismas, salvo que el legislador las haya definido legalmente, en cuyo caso se preferirá este último; y teniendo en cuenta que una definición especializada no ha sido dada por el legislador penal frente a los verbos rectores de los artículos 93 de la Ley 1453 de 2011 y 188-A del Código Penal, podemos concluir lo siguiente:

El artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 incluye los verbos rectores "utilizar, instrumentalizar y comercializar"; por su parte el artículo 188-A consagra: "captar, trasladar, acoger o recibir", veamos la definición de cada uno de ellos:

ARTÍCULO 93 DE LA LEY 1453 DE 2011

UTILIZAR: Según la definición encontrada en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa "*aprovecharse de algo*"⁷; de la misma manera y consultados sus sinónimos, utilizar equivale a: *emplear, usar, manejar, servirse, beneficiarse*⁸.

INSTRUMENTALIZAR: Se entiende por instrumentalizar, "*el utilizar algo o a alguien como instrumento para conseguir un fin*"⁹ y ¿qué debemos entender por instrumento?; pues se ha definido como "*Aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin*".

COMERCIALIZAR: Ha sido definida como el "*Dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta*"¹⁰. Así mismo para referirnos a este tipo de actividad podemos mencionar los siguientes sinónimos: "*mercadear, negociar, mercantilizar, tratar, traficar*".

⁵ Aspectos Jurídicos del Delito de Trata de Personas en Colombia 15 de diciembre de 2009. Convenio Interinstitucional 045 de 2009. Investigación financiada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia, UNODC, con el apoyo del Ministerio del Interior y de Justicia y ejecutada por el Grupo de Investigación en Derechos Humanos y el Grupo de Investigación en Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

⁶ Artículo 28 C.C. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

⁷ <http://lema.rae.es/drae/?val=utilizar>

⁸ <http://www.wordreference.com/sinonimos>

⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=instrumentalizar>

¹⁰ <http://lema.rae.es/drae/?val=comercializar>



De otro lado, el ARTÍCULO 188-A DEL CÓDIGO PENAL consagra los siguientes verbos rectores:

CAPTAR: Se define como el *"Atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien, lograr benevolencia, estimación, atención, etc"*¹¹; algunos de sus sinónimos son: *"atraer, seducir, adular, engatusar, hechizar"*¹²

TRASLADAR: (De traslado) Conforme lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consiste en *"Llevar a alguien o algo de un lugar a otro"*¹³ y dentro de los sinónimos que encontramos se mencionan: *"transportar, cambiar, mudar, mover, remover, desplazar, portear, transbordar, acarrear, traer, llevar, viajar, emigrar, recorrer, correr, andar, ir, venir, acudir"*

ACOGER: Viene del latín *accolligere*, y de *colligere* que traduce *"recoger"* y se ha definido cuando refiere a una persona como *"Admitir en su casa o compañía a alguien; servir de refugio o albergue a alguien"*¹⁴. Sus palabras sinónimas son: *"admitir, recibir, proteger, amparar, asilar, atender, cobijar, guarecer, recoger, refugiar, favorecer, auxiliar"*.

RECIBIR: Del latín *"recipere"*, significa *"tomar lo que le dan o le envían"*¹⁵. A su vez, por *tomar* entendemos: *"aceptar, tomar, coger, acoger, admitir, adoptar"*.

De lo expuesto hasta ahora podemos concluir, en primer lugar que dos de los verbos rectores contenidos en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 a saber: utilizar e instrumentalizar se refieren a una misma conducta como se desprende de su definición y por ende se consideran sinónimo uno de otro; en segundo término, cuando analizamos el verbo rector de comercializar, éste nos remite de forma inmediata a la definición más simple de trata de personas.

En este mismo sentido y con el propósito de hacer evidente que el tipo penal consagrado en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 se encuentra subsumido¹⁶ en el artículo 188-A de la Ley 599 de 2000 incluso, sin que en este último se encuentren expresamente incluidos los verbos utilizar¹⁷ y comercializar es necesario hacer referencia a dos puntos; el primero la definición del delito de trata y el segundo el componente dado en este mismo tipo penal *"obtención"* y *"aprovechamiento"*

Respecto a la definición del delito de trata, por esta se entiende *"el utilizar, en provecho propio y de un modo abusivo, las cualidades de una persona"* lo cual significa que era innecesario que el legislador hiciera expreso este verbo

¹¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=CAPTAR>

¹² <http://www.wordreference.com/sinonimos>

¹³ <http://lema.rae.es/drae/?val=TRASLADAR>

¹⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=acoger>

¹⁵ <http://lema.rae.es/drae/?val=recibir>

¹⁶ Definición: 1) Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora. 2) Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general.

¹⁷ No hablamos de instrumentalización, pues como se estableció en la primera parte de éste documento utilizar e instrumentalizar se refieren a la misma conducta.

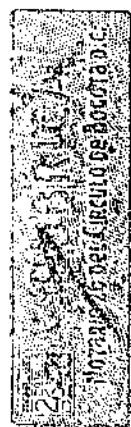


rector, pues se encuentra implícitamente inmerso en la definición de la conducta penal.

Como si lo anterior no fuera suficiente, podemos ofrecer otro argumento para sustentar nuestra afirmación, y es que al momento en que se define la explotación, el legislador dice: *“el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona”* y que es obtener y que es aprovechar?

Se entiende por obtener *“alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende”*¹⁸ y por aprovechar *“emplear útilmente algo, hacerlo provechoso o sacarle el máximo rendimiento”* y los sinónimos *“utilizar, usar, emplear, explotar, usufructuar, aplicar, dedicar, obtener, lograr, conseguir, rendir, producir, fructificar, reeditar, gozar, disfrutar, servir, beneficiar, lucrarse, valer, prevalecer, apurar, agotar, estrujar, chupar, exprimir, abusar, engañar”*.

3. Al crearse con la Ley 1453 de 2011 el tipo especial de explotación de menores de edad y ser posterior al Código Penal y en virtud del principio de favorabilidad contenido en el artículo constitucional 29, deberá sancionarse penalmente a aquel que explote a los menores de edad con la pena establecida en el mencionado artículo 93, pena que va de 3 a 7 años y que será aumentada en la mitad solo cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, mientras que se sancionará con una pena de 13 a 23 años a aquel que explote a un adulto (en cualquier forma) toda vez que, se aplicará la pena prevista para el delito de trata de personas tipificado en el artículo 188 A del Nuevo Código Penal. Lo anterior desconoce el principio de constitucionalidad de que los derechos de los niños prevalece sobre los derechos de los demás.
4. Es evidente un retroceso en la consagración de medidas acordes con el tratamiento internacional, tendientes a prevenir, luchar y sancionar eficazmente la trata de seres humanos, especialmente cuando la víctima sea un menor de edad, toda vez que, la consagración de este tipo penal especial de explotación de menores de edad, establece una pena menor para el infractor que explote a los menores de edad con fines de mendicidad ajena o cualquier otra forma de explotación.
5. Con la redacción del artículo 93, es posible entender, que se castigará penalmente a aquel que con menores de edad pida limosna en forma general, al establecer el artículo que *“el que (...) ‘mendigue’ con menores de edad, directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión (...)”*, sancionándose tanto a la madre o padre que por necesidad tenga a su hijo en sus brazos pidiendo directamente caridad, como aquel que encuentra a través de la mendicidad con menores de edad, una forma de hacer negocio, mediante el maltrato, los abusos, la coerción, la violencia física y mental, entre otras formas de coacción.



¹⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=OBTENER>

6. Finalmente, la norma parece indicar que en el momento en que se aprehenda a una persona determinada con un menor pidiendo limosna será juzgada por mendicidad, sin ninguna otra consideración, ya que el tipo penal es de mera conducta, sin que pueda admitirse la tentativa del delito, criminalizando así la pobreza, argumentos que sirvieron de fundamento para derogar el artículo 231 de la Ley 599 de 2000, quien preveía en el mismo sentido una sanción penal para quienes mendigaran con menores de edad, sin que importara que la conducta fuera ejercida por el padre o madre de familia que se ve obligado a pedir limosna por necesidad o el que obtiene un provecho económico explotando a los menores de edad con fines de mendicidad.

IV. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Infracción al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia

Según el artículo 13 constitucional: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Argumentación:

El artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 es violatorio del artículo 13 de la Constitución Política, dado que, existe más protección para el adulto que sea víctima de explotación por cualquiera de sus modalidades, por cuanto, la pena que se establece por la comisión de este delito es de 13 a 23 años¹⁹, que para el menor de edad que sea víctima de explotación en cualquiera de sus formas, toda vez que el tipo penal contenido en el artículo 93 solo contempla una pena de 3 a 7 años, aumentada en la mitad, solo cuando quien comete la conducta es un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, desconociéndose con esto, el Principio Constitucional de Igualdad contenido en el mandato constitucional en mención, que establece la necesidad de tener en cuenta las diferencias de los sujetos, para establecer una proporcionalidad y con ello una equidad, ordenando tener especial consideración con aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, exigiendo que se sancione los abusos o maltratos que contra ellas se cometan, situación que para el caso no se tiene en consideración, al no observarse la especial condición y debilidad manifiesta del menor de edad, el cual necesita mayor protección, así lo anotó esta Honorable Corporación en sentencia C-1098 de 2006 con ponencia del Doctor Jaime Araujo Rentería al referirse a la conducta reprochable del uso de un menor de edad para el ejercicio de la mendicidad:



¹⁹ Artículo 188 A, Nuevo Código Penal.

“(…) Desde luego que toda instrumentalización del hombre, en tanto cosificación, a más de ignominiosa quebranta la fortaleza de su dignidad entera, lo cual incluye a los menores de edad sin distinción alguna. Máxime cuando el regente, abusando de su condición de superioridad o confianza sobre la víctima, esgrime la férula del miedo y la intimidación, y aun del premio fabuloso, sobre un menor de edad que piensa más con el deseo y el apremio de la inmediatez,²⁰ que con la racionalidad sobreviniente de la progresiva adultez, bien o mal desarrollada. Ciertamente que diferentes grados de voluntad marcan a unos y otros extremos del tipo penal examinado, pero no lo es menos que la minoría de edad debe reconocerse y protegerse en su contexto cotidiano, el cual para muchos está cruzado por precarias o infrahumanas condiciones reales de existencia, que lejos de ameritar una apología de la conducta punible, si le son propicias a quienes cosifican a los menores lucrándose en el mercado de la mendicidad, y claro, aprovechando vorazmente la conmoción que provoca en ciertas personas la cara suplicante de un niño desarrapado y hambriento, quien por otra parte, merced a la limosna que recibe, puede ayudar a poner en gracia de expiación de culpas a no pocos transeúntes de la urbe o del villorrio”(…).

Así las cosas, con este pronunciamiento es claro que la cosificación del ser humano (adultos-menores de edad) a través de la mendicidad (o cualquier forma de explotación) es un acto violatorio de la dignidad humana, cuya protección ocupa un lugar de privilegio en el orden jurídico colombiano, pero también es claro, que resulta más reprochable quien en condición de superioridad o confianza se aprovecha del sufrimiento de pesar que produce un niño mendigando, y por tanto, resulta necesario que tal conducta reprochable sea sancionada penalmente atendiendo su gravedad, de tal forma que se castigue con más severidad al que mendiga (o explota en cualquier forma) con un menor de edad, que al que mendiga (o explota) utilizando a un adulto, esto en consideración además en la exigencia de igualdad que proclama la Carta Política en torno a la necesidad de protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como lo son los niños, niñas y adolescentes.

Infracción al artículo 17 de la Constitución Política de Colombia

Según el artículo 17 constitucional: *“Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.”*



Argumentación:

Si se puede afirmar que la explotación de menores es una de las tantas manifestaciones que se concibe en el delito de trata de personas, y que esta es una prohibición elevada a rango constitucional, cuando el artículo 17 establece que se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas, es posible afirmar que la pena que se contempla en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, debe ser concordante a las que se imponen actualmente en Colombia a quienes cometen delitos que atentan contra la libertad individual, penas que en el

²⁰ Sobre este particular Charles Dickens expresa un conmovedor discurso en “Oliver Twist”.

código penal colombiano no están por debajo de los 10 años de prisión, vulnerándose así el artículo 17 constitucional que prohíbe entre otras la trata de seres humanos.

Infracción al artículo 28 y 29 de la Constitución Política de Colombia

Según el artículo 28 constitucional: "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles." Negrita fuera del texto

Según el artículo 29 constitucional: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

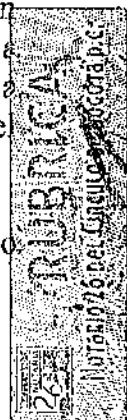
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso." Negrita fuera del texto

Argumentación:

El artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 es violatorio de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, y que disponen como principio constitucional, el Principio de Legalidad, dado que, la voluntad del legislador no fue clara, ni precisa, cuando empleo la expresión "*o mendigue con menores de edad*". No se puede desconocer que dicho principio, es lo que determina que la intervención punitiva del Estado (tanto al configurar los supuestos de los hechos punibles como al determinar y ejecutar sus consecuencias jurídicas), sea restringida por el imperio de la ley, lo que significa, no solo la necesidad de la preexistencia de la ley para que una conducta sea sancionada penalmente, sino la necesidad de que la ley penal sea cierta y precisa, es decir, que el ciudadano conozca con certeza la conducta mandada, así que, cuando se hacen tipificaciones vagas se atenta contra el principio de legalidad, que afecta por consecuencia la seguridad del ciudadano, el cual necesita de antemano



conocer con certeza y precisión qué conductas son catalogadas por los jueces como delitos y qué sanciones jurídicas ocasionará la realización de tales conductas.²¹

En este punto se hace necesario precisar, que el legislador creó un tipo penal vago y confuso, por cuanto no es claro si con la expresión “o mendigue con menores de edad”, PRETENDIÓ O NO tipificar la mendicidad en sentido amplio, es decir, tildar como delito el mendigar con menores de edad, sin importar la realidad de nuestro país, en la que muchas familias por situaciones de extrema pobreza, desplazamiento o imposibilidad de encontrar un empleo formal o al menos informal, que les permita obtener un ingreso para satisfacer sus necesidades básicas, deciden valiéndose de su propia corporeidad, pero en compañía de sus hijos ejercer la mendicidad, como medio de subsistencia, sin la menor intención de explotar económicamente a sus hijos, a través de éste acompañamiento, lo que hace de éste, un tipo penal de mera conducta, trayendo como consecuencia que un padre o madre en las condiciones antes dichas que sea sorprendido ejerciendo la mendicidad propia pero en compañía de sus hijos menores de edad, puede ser judicializado por el delito de mendicidad ajena, constituyéndose esto en una forma de criminalizar la pobreza, desconociendo pronunciamientos de esta Honorable Corporación, donde manifestó que bajo la perspectiva del derecho a la libertad, dignidad y autodeterminación, se considera como legítima medida de protección de los intereses de la persona que ejerce la mendicidad utilizando su propia corporeidad, el que no pueda prohibirse bajo un tipo penal el ejercicio de dicha actividad, pues la misma no afecta derechos de terceros y por el contrario puede constituir para la persona un elemento vital de realización personal.²²

Infraacción al artículo 44 de la Constitución Política de Colombia

Según el artículo 44 constitucional: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”
Negrita fuera del texto



Argumentación:

Al crearse con el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 un tipo penal especial que contempla la explotación de menores de edad y prever una pena de 3 a 7 años aumentada en la mitad, solo cuando quien comete la conducta es un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, se infringe la

²¹ Corte Suprema de Justicia Sentencia de septiembre 1 de 1983

²² Corte Constitucional C-040 de 2006

disposición constitucional contenida en el artículo 44 que establece que los niños deberán ser protegidos contra toda *"forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos"*.

Este argumento de inconstitucionalidad encuentra asidero en que el Estado tiene la obligación de garantizar con su legislación, que sea sancionado eficazmente aquel que con su conducta ejerza cualquiera de los supuestos de hecho que la norma constitucional prevé y que se constituyen en formas de explotación de los menores de edad, para así proteger sus derechos fundamentales. Con la consagración del artículo 93 solamente quien explota a los menores de edad en sus diferentes modalidades incurre en prisión de 3 a 7 años, pena que admite excarcelación desprotegiéndose de esta manera a los niños pues la sanción penal que contempla la norma es muy baja, y máximo cuando el legislador había previsto una sanción penal de 13 a 23 años aumentada de una tercera parte a la mitad para quienes explotaran a los menores de edad en las diferentes modalidades como se concibe la explotación, tales como el abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos y la mendicidad, entre otras formas.

Cuando los sujetos objeto de explotación son personas menores de edad, además de los derechos vulnerados anteriormente, se transgreden todos los derechos fundamentales de los niños, mencionados en el artículo 44 de la Constitución Política, como son el derecho a la integridad física, la salud, la seguridad social; el derecho a tener una familia, al cuidado, el amor y la educación, entre otros derechos.

Así mismo, esta desprotección de los menores víctimas de explotación, genera que se vulneren sus derechos, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad; el derecho a la honra; el acceso a la salud, a la educación; a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos; a gozar de una familia; el derecho a la seguridad social; el derecho a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre, entre otros.

Infracción a los artículos 9, 93 y 94 de la Constitución Política

Según el artículo 9 de la Constitución Política: *"Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia."*

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe."

Según el artículo 93 de la Constitución Política: *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno."*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de



Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él."

Según el artículo 94 de la Constitución Política: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

La argumentación:

El artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, al establecer una pena privativa de la libertad menor, para aquellos que exploten con fines económicos a menores de edad, que la prevista para quienes exploten a los adultos, como lo concibe el delito de trata, infringe los mandatos constitucionales citados, toda vez que, es contrario a las disposiciones de tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano, donde adquirió compromisos internacionales que implican adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales, educacionales, penales u otras sanciones apropiadas para la aplicación y protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ello en virtud, del llamado *bloque de constitucionalidad*, por medio del cual, "(...) los tratados y convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 superior, integran la Carta Política en la medida en que sus disposiciones tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional. Tales preceptos internacionales complementan la parte dogmática de la Constitución (...)"²³, lo que significa para el caso, que los tratados ratificados por Colombia y las normas consuetudinarias internacionales sobre protección de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, son vinculantes para el Estado colombiano, esto es, son obligatorios como parte del ordenamiento interno colombiano, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Constitución Política.



Tratados internacionales ratificados por Colombia infringidos:

Convenio N° 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio ratificado por Colombia mediante la Ley 23 de 1967 artículo 25: "El hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio será objeto de sanciones penales, y todo Miembro que ratifique el presente Convenio tendrá la obligación de cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente."

El artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, es violatorio de este Convenio en tanto que, cuando el Estado Colombiano mediante la Ley 23 de 1967 lo ratificó, adquirió como corresponsable "suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas"²⁴, catalogado como una forma de explotación de

²³ Sentencia C-240/09 (Abril 1°; Bogotá D.C.)

²⁴ Convenio N° 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio ratificado por Colombia mediante la Ley 23 de 1967

los seres humanos, y para ello se obligó a “*cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley sean realmente eficaces y se aplican estrictamente*”, obligación que cumplió cuando fijó una sanción penal de 13 a 23 años para quienes exploten a personas bajo la modalidad de trabajo forzado, conforme al artículo 188 A del Nuevo Código Penal donde se establece el delito de trata, pero que posteriormente *desconoce* con la expedición del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, que establece a quienes exploten a los menores de edad (todas las formas incluida la modalidad de trabajo forzado) será sancionado penalmente con una pena privativa de la libertad de 3 a 7 años, aumentada en la mitad solo cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Convenio N° 145 sobre la abolición del trabajo forzoso, ratificado por Colombia en 1957 artículo 2: “*Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio, según se describe en el artículo 1 de este Convenio.*”

En el mismo sentido, es posible afirmar que Colombia al ratificar este convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio, para lo cual, se comprometió a “*tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio (...)*”, compromiso que hoy incumple con la disposición contenida en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, al establecer una pena de 3 a 7 años aumentada en la mitad solo cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, para quienes exploten a los menores de edad (en todas sus modalidades incluido el trabajo forzoso), situación que no contribuye a que se erradique la utilización de menores de edad para trabajos forzosos, toda vez que una pena tan baja como esta, no cumple con una de las principales funciones de la pena, cual es, el de ser eficaz y preventiva, es decir, “*que esta se constituye como amenaza dirigida a los coasociados para que se abstengan de cometer nuevos hechos punibles*”²⁵, al respecto esta Honorable Corte expresó en sentencia C-565 de 1993 que:

“(…) La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables. (...)”



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 artículo 2 núm. 2 “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.” Artículo 8 núm. 1: “Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. (...)”

²⁵ Artículo 12 Nuevo Código Penal

Con la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se buscó que los Estados se comprometieran a adoptar, en atención a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del Pacto, medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en dicho Pacto, y con ello prevenir y sancionar si es el caso, la vulneración de estos, es así como se prohíbe expresamente la trata en todas sus formas. Este compromiso adquirido por el Estado Colombiano y que es de obligatorio cumplimiento fue ignorado por el legislador cuando expidió el artículo 93 de la Ley 1493 de 2011, al establecer una pena de 3 a 7 años para quienes atenten contra los derechos humanos de los menores de edad, en virtud de la explotación que de ellos hagan los adultos.

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969) ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972 artículo 1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social(...)" Artículo 2: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." Y artículo 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

Con la Convención Americana de Derechos Humanos Colombia se comprometió a garantizar la adopción de medidas legislativas o de otro carácter (incluidas medidas penales) que aseguren la protección de los menores de edad por su especial condición, obligación que el Estado Colombiano incumple al establecer en el artículo 93 de la Ley 1493 de 2011 una pena de 3 a 7 años para quienes exploten a los niños, niñas y adolescentes, sin tener en consideración que estos son sujetos de especial protección.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 artículo 2 núm. 2: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares." Artículo 3 núm. 1 y 2: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas(...)" Artículo 4: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados



Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.” Artículo 19 núm. 1 y 2: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.” Artículo 32: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo” Artículo 34: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.” Artículo 35: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.” Artículo 36: “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.” Y Artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”

Con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Colombia reafirmó entre otros, el derecho de los niños a no ser explotados bajo ninguna de sus modalidades, en virtud de este reconocimiento se comprometió a que sus órganos legislativos, deberán adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos que se deriven de cualquiera de las modalidades de la explotación, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, medidas legislativas que deberán tener en consideración primordialmente el “*interés superior del niño*”, percibido como el “*(...) imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e*



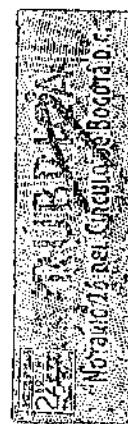
interdependientes."²⁶, interés superior que se ve trasgredido con la disposición contenida en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, al establecer esta una sanción penal objetivamente baja y desproporcionada respecto de la gravedad del delito y su consecuencia, cual es, la violación de los derechos humanos de estos.

Convenio N° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999) ratificado mediante la Ley 704 de 2001 artículo 1: "Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia." Artículo 7 núm. 1: "1. Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole. (...)"

En los mismos términos en que los Tratados citados anteriormente, han sido trasgredidos por el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, este Convenio que pretende que Colombia adopte en su ordenamiento interno las disposiciones necesarias y efectivas (*incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales*), para erradicar las peores formas de trabajo infantil, consideradas una de las modalidades de explotación de los niños, niñas y adolescentes, también ha sido quebrantado, dado que, como se ha explicado en el análisis de los convenios anteriores, la pena que contempla el mencionado artículo no guarda proporcionalidad con la gravedad del delito que se comete, al explotar a los menores de edad, que como se ha dicho son sujetos de especial protección.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños (2000) artículo 3 lit. c y artículo 5: "1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente. 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo."

Finalmente, y en atención a la lucha mundial que existe para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, dentro de la cual se concibe todas las modalidades de explotación de los seres humanos, Colombia adopta mediante la Ley 800 de 2003, este Protocolo, cuyo objetivo es combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños, por lo que se compromete y obliga, tal como lo dispone su artículo 5 a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas que entrañan: "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el



²⁶ Corte Constitucional C-145 de 2010

consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (...)”,

Así mismo, este Protocolo establece en su artículo 3 lit. c que: *“La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”*, lo que significa que TODA EXPLOTACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD debe considerarse como TRATA DE PERSONAS.

En atención a las consideraciones expuestas, es posible afirmar que aun cuando el Estado Colombiano cumple con la obligación de tipificar en su ordenamiento el delito de Trata de Personas, concibiendo como Trata cada una de las conductas descritas en el artículo 3 lit. a del Protocolo citado, desconoce su compromiso internacional de velar por la protección de los derechos humanos de los niños, al crear con el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, un tipo penal especial de explotación de menores, (incluso con una pena menor), desconociendo el compromiso que adquirió con la adopción del Protocolo donde se ordena que todas las formas de explotación de los niños, aun cuando no se configuren las conductas previstas para la trata, deben considerarse TRATA DE PERSONAS, desconociendo con ello además, la obligación que adquirió de garantizar en su ordenamiento jurídico, medidas legislativas eficaces, proporcionadas y severas para prevenir conductas que atenten contra estos sujetos de especial protección, protección que sí se garantiza con lo preceptuado en el artículo 188 A del Nuevo Código Penal, que establece el delito de trata de personas con una sanción de 13 a 23 años para quienes exploten a un ser humano, con una agravación punitiva de una tercera parte a la mitad, cuando *se realice en persona que padezca, inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanentemente o sea menor de 18 años.*

V. PRETENSIONES

PRINCIPAL: Que se declare la inconstitucionalidad del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 por medio de la cual *“se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”* por vulnerar los artículos 9, 13, 17, 23, 29, 44, 93 y 94 de la Constitución Política y el artículo 25 del Convenio N° 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio ratificado por Colombia mediante la Ley 23 de 1967, el artículo 2 del Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, ratificado por Colombia en 1957, el artículo 2 núm. 2 y artículo 8 núm. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, los artículos 1, 2 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969) ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, los artículos: artículo 2 numeral 2, artículo 3 numeral 1 y 2, artículo 4, artículo 19 numeral 1 y 2, artículo 32, artículo 34, artículo 35, artículo 36 y artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, artículos 1 y 7 núm. 1 del Convenio N° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999) ratificado mediante la Ley 704 de 2001 y los artículos 3 lit. C y 5 del Protocolo para Prevenir,



Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños (2000), ley 800 de 2003.

SUBSIDIARIA: Que en caso de no acoger la pretensión principal, le solicito a la Honorable Corte Constitucional se pronuncie sobre el alcance, interpretación y aplicación que debe darse al artículo 93 de la Ley 1453 de 2011.

VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La presente demanda tiene como fundamento de derecho, los artículos 241, 242 y 243 de la Constitución Política de Colombia, Decreto 2067 de 1991, así como también las demás normas y disposiciones concordantes y complementarias que existan sobre las materias que versa esta demanda.

VII. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Conforme a los artículos 241 a 244 de la Constitución Política y 43 de la Ley 270 de 1996, le corresponde a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos citados, con tal fin, decidirá sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

El artículo 4 determina: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

El Decreto Legislativo 2067 de 1991 dicta el Régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

Son ustedes, entonces, competentes, Honorables Magistrados, para conocer y fallar sobre esta demanda.

INFORMACIÓN RELEVANTE – ORIGEN DE LA INICIATIVA DE ESTA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Alianza por la Niñez Colombiana en su preocupación por salvaguardar la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes objeto de explotación en sus diferentes modalidades, concretó un trabajo específico sobre el artículo 93 de la ley 1453 de 2011 en el que se analizaron los antecedentes de la norma, la legislación existente, el derecho comparado sobre la materia, antecedentes jurisprudenciales y se realizaron entrevistas con las diferentes autoridades que en su quehacer diario deben darle aplicación a este artículo o tienen que ver con la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación, estudio que llevo a la conclusión de presentar a través de la suscrita esta demanda de inconstitucionalidad.

La Alianza por la Niñez Colombiana agrupa organizaciones no gubernamentales nacionales, internacionales, academia y personas expertas, cuya naturaleza es



agregar valor a lo que sus miembros particulares realizan en la defensa de los derechos de la niñez.

El propósito es incidir políticamente desde la ciudadanía organizada para lograr cambios que ubiquen el reconocimiento y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como eje central de la consolidación de un Estado Social de Derechos.

NOTIFICACIONES

La suscrita recibe notificaciones en la carrera 12 No. 93 - 78, oficina 307, teléfonos 6232347 -6232348, en Bogotá.

De los Honorables Magistrados,


MARIA EUGENIA GÓMEZ CM.
C.C. 35.414.057

T.P. 72.999 C.S.J.



26 Notaría

NOTARÍA 26 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

En la presente hoja se ha(n) hecho la(s) diligencia(s) notarial(es) por parte de la(s) persona(s) que a continuación se individualiza(n), correspondiente al documento adjunto cuyo contenido se resume así:
DIRIGIDO A LA CORTE CONSTITUCIONAL.

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL

Ante la NOTARÍA 26 de este círculo,
se presentó:
GOMEZ CHIQUIZA MARIA EUGENIA,
quien exhibió la:
C.C. No. 35.414.057 y T.P.No.: 72.999 del C.S.J.
BOGOTÁ D.C. 31/10/2013 09:05



FOTO



HUELLA

MARTHA LUCIA LOPEZ REINOSO
NOTARIA 26 (E) DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

[Signature]
EU DECLARANTE



ADVERTENCIA: EL PRESENTE DOCUMENTO CARECE DE VALIDEZ SI TIENE ENMENDADURAS, TACHADURAS ETIQUETAS SOBREPUESTAS, O SI EL DOCUMENTO ADJUNTO NO TIENE SELLOS DE UNIÓN Y DE RÚBRICAS DE ESTA NOTARÍA O SU CONTENIDO NO COINCIDE CON LO ARRIBA INDICADO.



Func.o: FERNANDO GONZALEZ GOMEZ