

Sentencia C-876/11.
(Noviembre 22 de 2011)

MENORES DE CATORCE AÑOS Y MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS FRENTE A CONDUCTAS DE ABUSO SEXUAL-Medida diferenciada/MENORES DE CATORCE AÑOS Y MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS FRENTE A CONDUCTAS DE ABUSO SEXUAL-Protección constitucional

La medida diferenciada sin duda persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años. Ahora bien, se insiste, no implica lo anterior que los menores mayores de 14 años no gocen de protección constitucional o legal alguna respecto de actos sexuales o accesos carnales violentos, sin su consentimiento. Lo cierto es que en los eventos que esto suceda, la legislación penal establece tipos penales y altas penas para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de 14 años.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

El Decreto 2067 de 1991 el cual determina en su artículo 2° los requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad. Tales exigencias son parámetros de control para activar los requerimientos constitucionales y competenciales en cabeza de la Corte Constitucional. Así, quien pretenda hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad (i) debe señalar la norma acusada como inconstitucional, transcribir el contenido de esta o anexar un ejemplar de publicación oficial de la misma, (ii) establecer claramente cuáles son las disposiciones o normas constitucionales que estima se vulneran con la norma acusada, (iii) esbozar los razonamientos y argumentos por los cuales considera que las normas acusadas vulneran disposiciones constitucionales, (iv) señalar el trámite requerido por la Constitución y la forma en que fue violentado y (v) los argumentos por los cuales la Corte es competente para conocer del asunto. Los dos primeros requisitos solamente requieren del señalamiento de normas (unas violatorias y otras violadas). El tercero implica una carga argumentativa a través de la cual el demandante exponga los razonamientos, reflexiones, consideraciones y juicios por los cuales las normas constitucionales han sido vulneradas, esto es, que existe una contradicción entre las normas acusadas y las normas constitucionales, una discusión constitucional, a fin de que la Corte pueda efectuar un juicio de exequibilidad y decidir el asunto de fondo. Esta Corporación ha especificado a través de su jurisprudencia el contenido de

los requisitos mínimos señalados por el artículo 2° del Decreto 2067 y ha entendido que los cargos de inconstitucionalidad deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. El cargo será claro si permite comprender el concepto de violación que se pretende alegar. Tendrá certeza el cargo si se refiere a una proposición presente en el ordenamiento jurídico y provienen objetivamente del texto normativo. Será específico si contiene una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada, que permita comprobar la existencia de una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley que se acusa y el texto constitucional que resulta vulnerado. La pertinencia del cargo consiste en que los razonamientos sean de orden constitucional, no solamente basados en argumentos legales o doctrinarios y se desprende lógicamente del contenido normativo de la disposición que se acusa. Y es cargo suficiente el que despierta una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a la norma legal. Adicionalmente, cuando se trata de la supuesta vulneración del derecho de igualdad, la argumentación debe: (i) determinar cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o tertium comparationis), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado.

LEYES CIVILES Y PENALES-Tratamientos diferenciados a los niños

Las leyes civiles y penales traen tratamientos diferenciados a los niños. En materia civil, encontramos las definiciones de niño e impúber con consecuencias jurídicas respecto de la validez de ciertos actos jurídicos; la nulidad del matrimonio cuando se ha contraído entre hombre y mujer menores de catorce años y, por el contrario, la ausencia de tal protección legal frente a mayores de 14 años; los sujetos titulares de derechos acorde con el código de la infancia y la adolescencia que diferencia los niños (0-12 años) de los adolescentes (12-18 años); el señalamiento de 15 años como la edad mínima de admisión al trabajo, entre otras. Las propias leyes penales registran otros casos de protección diferenciada como la responsabilidad penal respecto de conductas realizadas por mayores de 14 años y que no hayan cumplido los 18 años de edad: dentro de los criterios para determinar una sanción de un menor está la edad del adolescente; durante la sanción de internamiento el adolescente debe recibir servicios sociales y de salud por persona con la formación profesional idónea acorde con su edad; el uso de menores de edad en la comisión de delitos se agrava si se trata de un menor de 14 años; la demanda de explotación sexual comercial de persona menor se agrava si la conducta se realiza respecto de un menor de 14 años, igual situación se presenta con quien utilice o facilite medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menor de 18 años, entre otras.

NORMA ACUSADA-Inexistencia de cosa juzgada

TIPO PENAL-Edad

TIPO PENAL-Competencia del legislador para su establecimiento

MENORES DE CATORCE AÑOS Y MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS FRENTE A CONDUCTAS DE ABUSO SEXUAL-Diferenciación persigue fines constitucionalmente legítimos/**LEGISLACION PENAL**-Establece tipos penales y altas penas para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de catorce años

La diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así las cosas, la medida tomada resulta idónea y adecuada debido a que, aún existiendo el consentimiento del menor de 14 años, lo cierto es que su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuado para su edad. Por eso la Ley lo protege, aún de su propia decisión, con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad. Finalmente, la medida diferenciada sin dudas persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años. Ahora bien, se insiste, no implica lo anterior que los menores mayores de 14 años no gocen de protección constitucional o legal alguna respecto de actos sexuales o accesos carnales violentos, sin su consentimiento. Lo cierto es que en los eventos que esto suceda, la legislación penal establece tipos penales y altas penas para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de 14 años, como se explicó en precedencia.

MENORES EN EDAD INFERIOR A LOS CATORCE AÑOS FRENTE A CONDUCTAS DE ABUSO SEXUAL-Potestad de configuración legislativa en materia penal para concentrar su protección en ese rango de personas menores/**MENOR DE CATORCE AÑOS**-Es justificable que el legislador establezca que no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad/**ACTOS SEXUALES CON MENORES DE CATORCE AÑOS**-Son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley

Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos: A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social. En efecto, de acuerdo con documentos de la Organización Mundial de la Salud, los menores entre 10 y 14 años tienden a ser mucho menos activos sexualmente que aquellos entre los 15 y los 19 años. Los diferentes estudios al respecto, si bien no definen claramente una edad promedio de inicio de la actividad sexual, permiten aseverar que es perfectamente justificable que el Legislador establezca que los menores de 14 años no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad. En tal circunstancia considera el Legislador que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Jurisprudencia constitucional

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LOS JOVENES-Deben ser respetados y no pueden ser constreñidos o vulnerados

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 208 (parcial) y 209 (parcial) de la ley 599 de 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*”.

Ref: Expediente D-8520.

Actor: Iván Santiago Martínez Vásquez.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

El ciudadano Iván Santiago Martínez Vásquez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad¹, demandó la inconstitucionalidad de los artículos 208 (parcial) y 209 (parcial) de la ley 599 de 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*”. En consecuencia el texto normativo demandado - subrayado- es el siguiente:

“LEY 599 DE 2000²
Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA
(...)

CAPITULO II. DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.
(...)”

2. Demanda: pretensión y cargos.

El actor solicita se declare la inexecutablez del aparte subrayado contenido en las norma demandadas, por considerarlos que vulneran el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 42, 44 y 85 de la Constitución.

2.1. Vulneración del Preámbulo. El preámbulo consagra la igualdad como un valor supremo de nuestra configuración estatal, indicando que todas las normas del sistema deben definirse en estas premisas esenciales.

2.2. Violación del artículo 1° constitucional. Se transgreden los preceptos normativos de dignidad humana y, mediatamente, de interés general y bien común. Al no incluir entre los elementos del tipo a personas de los catorce a dieciocho años, viola el principio.

¹ Constitución Política, artículos 40-6, 241 y 242.

² Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

2.3. Violación del artículo 2° constitucional. El Congreso de la República omitió cumplir los fines consagrados en la Constitución al excluir del tipo penal menores con más de 14 años.

2.4. Cargo. Violación del artículo 4 constitucional. Se viola por cuanto en caso de incompatibilidad entre una ley y otra norma jurídica y la Constitución, deberá prevalecer la última.

2.5. Cargo. Violación del artículo 5 constitucional. El Estado debe garantizar los derechos inalienables de las personas, incluyendo el de igualdad, y cumplir el mandato constituyente de prevalencia de los derechos de los niños.

2.6. Cargo. Violación del artículo 13 constitucional. Las normas acusadas excluyen de su campo de acción las personas que se encuentran entre los 14 y los 18 años, implicando una grave inobservancia de los principios taxativos y sistémicos de igualdad, y un acto de discriminación con los menores que tienen 14 o más años.

2.7. Cargo. Violación del artículo 42 constitucional. Se desconoce la igualdad que se tiene dentro de las relaciones de familia, por lo tanto no es válida la diferencia que se hace por parte del legislador frente a las personas que se encuentran dentro de los 14 años y los 18.

2.8. Cargo. Violación del artículo 44 constitucional. El constituyente otorgó frente al sistema jurídico una prelación a los derechos de los niños, entendiendo la expresión *niño* como lo trata la Convención sobre los derechos de los niños, la cual en su artículo 1° indica que *“para los efectos de la convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 de edad, salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”*, siendo dentro de esta convención uno de los pilares esenciales la igualdad de derechos de los niños.

2.9. Cargo. Violación del artículo 85 constitucional. En este artículo se consagran ciertos derechos de aplicación inmediata, entre ellos, la norma superior -art. 13- que dicta la igualdad, aplicable en este caso a los niños de todas las edades.

3. Intervención. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

La cosa juzgada material se da *“cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos”*, y la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio. Los contenidos normativos cuya inexequibilidad se reclama han sido objeto de pronunciamientos de la Corte Constitucional, quien ha declarado su

constitucionalidad, respecto al límite de edad. En las últimas sentencias³, la Corte ha declarado la existencia de cosa juzgada material en la medida que la norma censurada y los fundamentos de las solicitudes resultaban idénticos a los previamente analizados, de manera que se entiende superado el juicio de exequibilidad de las mismas. La misma consideración procede ahora, ya que el contenido normativo es idéntico: la modificación introducida por la ley 1236 de 2010 aumentó las penas a imponer, sin modificar la estructura de los tipos penales cuya inexecutable se alega. Por tal razón, se considera, la Corte deberá estarse a lo resuelto en las sentencias precitadas.

4. Concepto del Procurador General de la Nación.⁴

En el presente caso no se configura el fenómeno de la cosa juzgada formal o material. Si bien hay dos sentencias anteriores que pueden ser relevantes para este caso (C-146/94 y la C-1095/03) en las que la Corte estudió los tipos penales de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y corrupción, los cargos sobre los que allí se pronunció son diferentes a los actuales: en la primera sentencia se demandaron las normas correspondientes del Decreto 100 de 1980 y no las acá demandadas; en la segunda, se estuvo a lo resuelto en la anterior y declaró exequibles los artículos 208 y 209 de la ley 599 de 2000.

Al respecto, se presentan tres circunstancias sobrevinientes relevantes: (i) la Sentencia C-507 de 2004, que declaró parcialmente inexecutable y condicionó la exequibilidad del inciso segundo del artículo 140 del Código Civil, relativo a la nulidad del matrimonio por razón de la edad, norma determinante en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-146 de 1994; (ii) la promulgación del Código de la Infancia y la Adolescencia; y (iii) la entrada en vigencia de un instrumento internacional pertinente al caso, parte del bloque de constitucionalidad -“*Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía*” del 25 de mayo de 2000-, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por la ley 765 de 2002.

Las normas acusadas parecen ir en contra de lo dispuesto en las expresiones demandadas en los artículos 208 y 209 de la ley 599 de 2000, que protegen del acceso carnal y de los actos sexuales distintos del acceso carnal realizados por personas mayores de edad- a quienes va dirigido el Código Penal-, así como de los actos sexuales que ellas realicen en presencia de menores de edad o de los que induzcan a cometer prácticas sexuales, a las personas menores de catorce años de edad, allí comprendidas como los sujetos pasivos de la conducta delictiva, sancionando estas conductas con penas hasta de 20 años de prisión, pero desamparando a los adolescentes entre los 14 y los 18 años de edad de la misma protección. Aunque las Sentencias C-146 de 1994 y C-013 de 1997 reconocen en los aspectos mencionados libertad de configuración al Legislador, la Constitución Política no define el concepto de niño, ni ordena de manera expresa tratar igual a los niños y a los adolescentes, por lo cual este

³ Sentencias C-1095 de 2003 y C-355 de 2004

⁴ Concepto No 5180 recibido en la Corte Constitucional el 7 de julio de 2011.

tema le corresponde a la ley. De otra parte, aunque el art. 34 del Código Civil dice que “*el infante o niño [es] todo el que no ha cumplido siete años, impúber, el que no ha cumplido catorce años*” y la ley 1098 de 2006 establece que “*sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescentes las personas entre 12 y 18 años de edad*”, dichos argumentos no logran desvirtuar los mandatos de la Constitución y los tratados de derechos humanos según los cuales el Estado tiene el deber de proteger a todos los menores de edad, sin excepción, de conductas como las que se encuentran tipificadas en las normas que contienen las expresiones demandadas. Los niños, las niñas, los y las adolescentes tiene derecho a la igualdad ante la ley, a la igualdad de trato y a la igualdad en la protección, y que, al ser sujetos de especial protección constitucional, sus derechos son prevalentes respecto de los derechos de los demás; y la protección de que gozan niños menores y mayores de catorce años no es la misma, pese a que ambas se les considera como niños en los referidos instrumentos internacionales. Esa diferencia revela, que las normas demandadas (i) no respetan los mínimos de protección ordenados constitucionalmente, (ii) desprotegen a un grupo de personas especialmente protegido, las personas que se encuentran entre los 14 y los 18 años de edad, excediendo los márgenes constitucionalmente admitidos, y (iii) privan a este grupo de gozar de la misma protección que las mismas normas dan a las personas que se encuentran entre los 0 y los 14 años, solo por razón de su edad, lo cual implica una evidente discriminación. La diferencia en la protección no favorece al niño, que es sujeto pasivo de la conducta punible y por lo tanto víctima del delito, sino por el contrario al sujeto activo del mismo, valga decir, a su victimario.

Si bien al brindar a las personas entre los 14 y los 18 años de edad la misma protección que se da a las personas que se encuentran entre los 0 y los 14 años de edad, podrían afectarse parcialmente algunos de los derechos de estas personas, como la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, o los llamados “derechos sexuales y reproductivos”, así como restringir el principio de libre configuración del legislador en materia penal, tanto la afectación de este principio como la de aquellos derechos es leve y justificable. La Convención de Derechos del Niño (ley 12 de 1991) señala que niño es todo ser humano que no ha alcanzado la mayoría de edad; por lo tanto la protección de sus derechos y su restablecimiento, cuando éstos han sido conculcados o puestos en riesgo, debe ser considerado un mandato de protección máxima, que no permite fraccionar la protección como lo hacen las expresiones demandadas, pues ello implicaría proteger menos y en forma parcial a algunos niños. El interés superior del niño, entendido como toda persona menor de 18 años o que no ha adquirido la mayoría de edad, trae implícito un mandato de igualdad real pero, también, un mandato de igualdad jurídica.

Con base en los argumentos expuesto el Ministerio Público solicita a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas y exhortar al Congreso de la República para que todo lo relativo a la protección de los derechos de los

niños, niñas, adolescentes, unifique y actualice la legislación penal, civil, comercial y laboral conforme a lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir la constitucionalidad de las normas legales demandadas, como las disposiciones demandadas, con base en el artículo 241 numeral 4° de la Constitución Política.

2. Norma demandada y contexto normativo.

2.1. Los artículos 208 y 209 del Código Penal, regulan las consecuencias punitivas de dos modalidades de conductas sexuales abusivas del que sean víctimas personas menores de 14 años: el acceso carnal y la realización de otros actos o prácticas sexuales -y la inducción a ellas-. Hacen parte del Título IV de la parte especial del Código Penal que trata de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, y específicamente, del Capítulo II relativo a los actos sexuales abusivos. Para el acceso carnal en persona menor de catorce años se prevé pena de prisión de 12 a 20 años⁵; para la realización de otros actos sexuales o inducción a su práctica en persona menor de catorce años o en su presencia, la prisión es de 9 a 13 años⁶.

2.2. Los más recientes antecedentes de las normas acusadas se remontan al Decreto 100 de 1980, Código Penal, expedido en uso de sus atribuciones por el Presidente de la República. Dicha normatividad determinó -Título XI- los delitos contra la libertad y el pudor sexuales. El capítulo tercero hacía relación a los actos sexuales abusivos y dentro de éste se encontraba tipificado el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*⁷ el cual determinaba una pena⁸ para la persona que accediera carnalmente a un menor de 14 años; igualmente se establecía el delito de *corrupción*⁹ el cual sancionaba¹⁰ al que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia o la indujera a prácticas sexuales. En la Ley 360 de 1997 se cambió¹¹ el nombre del título mencionado con anterioridad por el de “*Delitos contra la libertad sexual y la Dignidad Humana*”, igualmente se modificó el art. 303 del Decreto 100 de 1980 aumentando la pena¹² para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, se varió el art. 305 cambiando el *nomen iuris* del delito de corrupción por el de *actos sexuales*

⁵ Art. 208.

⁶ Art. 209.

⁷ Art. 303.

⁸ Se establecía una penal de 1 a 6 años de prisión.

⁹ Art. 305

¹⁰ La pena era de 1 a 4 años de prisión.

¹¹ Art. 1

¹² Pena de 4 a 10 años de prisión.

con menor de catorce años aumentando además la pena¹³. A través de la ley 599 de 2000 se expidió el actual Código Penal, derogando el Decreto 100 de 1980 y cualquier norma que lo modificara o complementara¹⁴, modificando igualmente las penas de estos delitos¹⁵. Dichas normas fueron modificadas por la ley 679 de 2001 y la ley 890 de 2004¹⁶. Finalmente la ley 1236 de 2008 mantuvo el contenido normativo de los delitos pero aumentó las penas.¹⁷

2.3. Las normas penales demandadas son distintas de las que sancionan el acceso carnal y otros actos sexuales en los artículos 205¹⁸ y 206¹⁹ penales, ya que éstas se refieren a los ejecutados con violencia, razón por la cual el sujeto pasivo de las mismas es persona indeterminada y de cualquier edad, mientras que las primeras carecen del factor coerción o violencia. En síntesis, las dos disposiciones vigentes y demandadas otorgan protección penal a los menores en edad inferior a 14 años, frente a conductas sexuales basadas en el abuso de una persona aún no adulta, no obtenidas a través de violencia.

2.4. El artículo 200 de la Ley 1098/06 o Código de la Infancia y la Adolescencia, en relación con los delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas, expresa: *“Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años las respectivas penas se aumentarán en el doble”*. Esto es, se ordena a su favor una protección punitiva mayor.

3. Examen formal de los cargos.

3.1. El Decreto 2067 de 1991 el cual determina en su artículo 2° los requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad²⁰. Tales exigencias son parámetros de control para activar los requerimientos constitucionales y competenciales en cabeza de la Corte Constitucional. Así, quien pretenda hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad (i) debe señalar la norma acusada como inconstitucional, transcribir el contenido de esta o anexas

¹³ Pena de 2 a 5 años de prisión.

¹⁴ Art. 474

¹⁵ Pena de 3 a 5 años de prisión.

¹⁶ Esta ley versaba sobre el quantum punitivo.

¹⁷ Respecto del *acceso carnal abusivo con menor de catorce años* la pena quedó de 12 a 20 años y *actos sexuales con menor de catorce años* la pena quedó de 9 a 13 años.

¹⁸ ARTICULO 205. ACCESO CARNAL VIOLENTO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

¹⁹ ARTICULO 206. ACTO SEXUAL VIOLENTO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

²⁰ ART. 2°—Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

un ejemplar de publicación oficial de la misma, (ii) establecer claramente cuáles son las disposiciones o normas constitucionales que estima se vulneran con la norma acusada, (iii) esbozar los razonamientos y argumentos por los cuales considera que las normas acusadas vulneran disposiciones constitucionales, (iv) señalar el trámite requerido por la Constitución y la forma en que fue violentado y (v) los argumentos por los cuales la Corte es competente para conocer del asunto.

3.2. Los dos primeros requisitos solamente requieren del señalamiento de normas (unas violatorias y otras violadas). El tercero implica una carga argumentativa a través de la cual el demandante exponga los razonamientos, reflexiones, consideraciones y juicios por los cuales las normas constitucionales han sido vulneradas, esto es, que existe una contradicción entre las normas acusadas y las normas constitucionales, una discusión constitucional, a fin de que la Corte pueda efectuar un juicio de exequibilidad y decidir el asunto de fondo. Esta Corporación ha especificado a través de su jurisprudencia el contenido de los requisitos mínimos señalados por el artículo 2° del Decreto 2067 y ha entendido que los cargos de inconstitucionalidad deben ser *claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes*.²¹

3.3. El cargo será *claro* si permite comprender el concepto de violación que se pretende alegar. Tendrá *certeza* el cargo si se refiere a una proposición presente en el ordenamiento jurídico y provienen objetivamente del texto normativo. Será *específico* si contiene una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada, que permita comprobar la existencia de una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley que se acusa y el texto constitucional que resulta vulnerado²². La *pertinencia* del cargo consiste en que los razonamientos sean de orden constitucional, no solamente basados en argumentos legales o doctrinarios y se desprende lógicamente del contenido normativo de la disposición que se acusa²³. Y es cargo *suficiente* el que despierta una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a la norma legal²⁴. Adicionalmente, cuando se trata de la supuesta vulneración del derecho de igualdad, la argumentación debe: (i) determinar cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o *tertium comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y

²¹ Sentencia C-1052 de 2001, Auto de Sala Plena 032 de 2005.

²² El requisito de especificidad ha sido desarrollado por sentencias como la C- 572 de 2004, C-113 de 2005, C- 178 de 2005, C-1192 de 2005, C-278 de 2006,

²³ En relación al requisito de pertinencia se pueden consultar las sentencias C- 528 de 2003, C-1116 de 2004, C-113 de 2005, C-178 de 2005, C-1009 de 2005, C-1192 de 2005, C-293 de 2008

²⁴ La suficiencia como requisito se puede consultar en las sentencias : C- 865 de 2004, C-1009 de 2008, C-1194 de 2005,

jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado.²⁵

3.4. Aunque el demandante considera vulneradas múltiples normas constitucionales, son dos los cuestionamientos centrales. Un primer reproche de inconstitucionalidad, por la exclusión de personas que se encuentran dentro de los 14 a 18 años y su consiguiente desprotección penal, con desconocimiento del mandato constitucional que ordena la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás; y un segundo cuestionamiento, que se cifra en la vulneración del principio constitucional del derecho de igualdad, al no dar mismo trato normativo a todos los menores, es decir, tanto a los que no arriban a los 14 años como a los que están entre los 14 y 18 años. En el primer caso, la norma demandada, que no incluye en el ámbito de su protección a los menores adultos, será examinada a la luz del artículo 44 constitucional; en el segundo, tratándose de sujetos comparables cuyo tratamiento punitivo es evidentemente diverso, y basada la argumentación en normas internas como internacionales que definen al *menor* como persona en edad inferior a 18 años -por regla- y ordenan su protección sin distinción, se realizará el juicio de constitucionalidad frente al artículo 13 de la Constitución. En ambos casos se efectúa un cuestionamiento a la competencia del Congreso de la República para dictar la norma penal demandada dirigida de edad entre el grupo especial de personas menores. Sobre estos puntos la Corte realizará un estudio material.

4. Problema jurídico constitucional.

4.1. La Corte Constitucional decidirá si, al excluirse de la protección penal frente al abuso sexual a los menores adultos -entre 14 y 18 años-, (i) se vulnera el artículo 44 constitucional que ordena la protección especial de los menores todos, y (ii) el artículo 13 constitucional que prohíbe cualquier tipo de discriminación.

4.2. Dado que las razones para alegar la desatención de la orden de protección especial de los niños mayores de 14 años (CP, 44) se superponen con los argumentos para injustificar su exclusión de la protección penal (CP, 13), se abordarán como un solo cargo.

5. Cargo único: violación de los artículos 44 y 13 de la Constitución.

5.1. Cuestión previa: existencia de cosa juzgada constitucional.

5.1.1. Esta Corte observa que la sentencia C-146 de 1994 estudió disposiciones jurídicas pertenecientes al Código Penal de 1980, respecto de la

²⁵ Al respecto se pueden observar entre otras, las Sentencias C-487 de 2009, C-862 de 2008, C-576 de 2004, T-430 de 2006, C-939 de 2006, C-532 de 2000, T-338/03, T-430/06, A-132 de 2008,

constitucionalidad de contenidos normativos similares²⁶ a los demandados en el presente caso, difiriendo solamente en cuanto al rango de la pena imponible y a la denominación del segundo. En efecto, el supuesto normativo del artículo 303 del DL 100/80 se describe como “*El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años*”, siendo idéntico al correspondiente del artículo 208 actualmente demandado de la Ley 599/00; y a su vez, el supuesto normativo del artículo 305 del Código de 1980 “*El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales*”, es el mismo del actual artículo 209 demandado del Código de 1980.

5.1.2. En dicha providencia -C-146/94- se ratificó la competencia del Legislador para el establecimiento de tipos penales, reconociéndosele la amplia discrecionalidad de que goza para la configuración de las conductas punibles, pues únicamente el cuerpo democrático de representación está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, en el contexto de la política criminal, para su prevención y castigo. Además se señaló:

“Por ende, la consagración de las modalidades que reviste el tipo penal y de las condiciones que se harán exigibles para que él se configure, compete al legislador.

La Constitución, por su misma naturaleza, no entra a detallarlas. Es cabalmente lo que acontece con la determinación de la edad máxima del sujeto pasivo del delito en los casos de los artículos 303 y 305 del Código Penal, aquí demandados.

No hay al respecto ningún criterio constitucional válido para censurar que el legislador haya optado por una u otra edad.

Tanto el artículo 303 como el 305 del Código Penal tipifican conductas que afectan a menores de catorce años: la una consiste en el acceso carnal abusivo y la otra radica en la ejecución de actos sexuales diversos del acceso carnal, con el menor o en su presencia, así como en la inducción a prácticas sexuales.

Se trata de comportamientos cuya sola enunciación indica el sentido protector de las normas que los prohíben, pues lesionan gravemente la integridad física y moral, el desarrollo psicológico y la honra de los menores que puedan llegar a ser víctimas de ellos.

Debe observarse que la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los

²⁶ ART. 303. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años".

ART. 305. CORRUPCION. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión".

actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años.

El legislador consideró que hasta esa edad debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas. Era de su competencia propia definir la edad máxima de quien sea sujeto pasivo de los enunciados hechos punibles, fijando uno u otro número de años, sin que a su discrecionalidad pudiera interponerse el límite de una determinada edad previamente definida por el Constituyente, pues éste no tipificó la conducta ni estimó que fuera de su resorte hacerlo.

Desde luego, debe entenderse que para hacer tal definición, el legislador tuvo que partir de sus propias concepciones acerca del bien jurídico que pretendía tutelar y sobre el mayor o menor nivel de protección que, a su juicio, se requería.

Considera la Corte Constitucional que no es de su incumbencia controvertir o poner en tela de juicio el límite de edad establecido en la ley, pues él resulta indiferente para los fines del control de constitucionalidad, en cuanto, sea una u otra la edad señalada, se está ante una determinada figura delictiva, puesta en vigencia por el legislador dentro de la órbita de sus atribuciones. La norma que consagra un delito debe reputarse constitucional en cuanto sea proferida por el legislador, único constitucionalmente autorizado para establecerla, y mientras la correspondiente figura delictiva no vulnere "per se" la Constitución, como aconteció con las normas que penalizaban en forma indiscriminada el pago de rescates por secuestros (Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-542 del 24 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía), lo que no ocurre en el presente caso.

Lo dicho sería suficiente para declarar exequibles las disposiciones demandadas.”

5.1.3. Luego, en Sentencia C-1095 de 2003, se analizaron los artículos 208 y 209 de la ley 599 de 2000, disposiciones jurídicas y contenidos normativos idénticos a los acá acusados, excepto por el porcentaje de la pena, aspecto que no se discutió en esa ocasión ni se discute en esta. En la providencia mencionada se halló que *“el contenido material de las disposiciones acusadas y las declaradas exequibles por la Corte es el mismo, y visto que la protección al menor no ha variado, antes se ha incrementado, bajo el nuevo régimen constitucional de 1991, esta Corporación se estará a lo resuelto en la Sentencia C-146 de 1994 y, por tanto, declarará exequibles los artículos acusados.”*. Posteriormente, ante una nueva demanda contra los contenidos normativos acá acusados, la Sentencia C-355 de 2004 manifestó que *“...visto que sobre los apartes acusados de los artículos 208 y 209 ya existe*

pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional, esta Corporación se estará a lo resuelto en la Sentencia C-1095 de 2003”

5.1.4. Visto lo anterior, no puede en este caso hablarse de *cosa juzgada formal*²⁷, ya que los contenidos normativos que se acusan de inconstitucionales en la presente demanda no son absolutamente iguales a los acusados en las anteriores decisiones, diferenciándose en la consecuencia normativa, esto es, el rango de pena imponible. Con todo, confirma esta Corte que se está en presencia del fenómeno jurídico de la *cosa juzgada material*²⁸, respecto del cargo de incompetencia del Congreso de la República para establecer una protección penal diferenciada a los menores de edad frente a los actos sexuales abusivos de que puedan ser víctimas, por cuanto la Sentencia C- 146 de 1994 examinó los contenidos normativos acusados bajo el contexto de la libertad de configuración legislativa, encontrándolos ajustados a la Constitución. Sin embargo, al centrarse el fallo en dicho aspecto respecto de la calificación del sujeto pasivo por razón de su edad, el alcance de esta *cosa juzgada material es relativo*, esto es, referido a tal cargo específico. Por lo cual, se procederá al examen del supuesto desconocimiento de los artículos 44 y 13 de la Constitución, cargos sobre los cuales no hubo juicio expreso en las sentencias aludidas.

5.1.5. Finalmente, ha de precisarse que la sentencia C-507 de 2004 no puede ser parámetro de comparación en el presente caso, por versar sobre una disposición ajena al Código Penal (inciso segundo del art. 140 del Código Civil relativo a la nulidad del matrimonio y sus efectos). Los lineamientos fijados allí no se constituyen en precedente para el contexto jurídico de los hechos punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y acto sexual con menor de catorce años.

5.2. Vulneración de los artículos 44 y 13 de la Constitución.

5.2.1. La Constitución Política, en su artículo 44, ordena que los niños serán protegidos contra toda forma de “*abuso sexual*”, y que el Estado -al igual que la familia y la sociedad- “*tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”, derechos que “*prevalecen sobre los derechos de los demás*”. A su vez, la Convención sobre los Derechos de los Niños -artículo 1-, prescribe que “*para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 de edad, salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. En síntesis, la Constitución hace de los niños, sujetos de protección especial, y la Convención los define como los menores de 18 años -para los efectos de la misma Convención-.

5.2.2. Los tratados internacionales de derechos humanos en momento alguno desconocen la potestad de los Estados, a través de su órgano legislativo, para

²⁷ Entre muchas otras, se pueden ver las Sentencias C-627/03, C-443/09, C-522/09.

²⁸ Al respecto se pueden ver, entre otras, las sentencias C-599/98, C-522/09, C-055/10

regular las materias señaladas por el legislador. De la definición de edad del menor en 18 años que trae la Convención -para el ámbito de ella misma- no se colige necesariamente que la protección que el orden jurídico brinde a los menores deba ser idéntica para todos los menores, con prescindencia absoluta de la edad. Por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niño²⁹ -principio No. 9- señala que “*no deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada*”; en consecuencia, existe la posibilidad de que -dentro del rango de edades propias del concepto de *niño*- se establezca legalmente una edad mínima para trabajar. Y el Convenio 138 de la OIT, muestra la viabilidad de que el Legislador establezca diferenciaciones en relación con la edad del menor. Al respecto la Corte³⁰ indicó:

[Como] regla general, la edad de admisión al empleo, es aquella en que cesa la obligación de garantizar la escolaridad mínima, es decir, los quince (15) años. Sin embargo, es posible ingresar al mundo laboral a partir de los catorce (14) años, de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio No. 138 de la OIT, edad a la cual se acogió Colombia por ser un país cuya educación está insuficientemente desarrollada (Ratificación del citado Convenio, visible a folio 64 del expediente de constitucionalidad). Así mismo, también se encuentra ajustado al Texto Superior que de manera excepcional y bajo estrictas condiciones las autoridades respectivas autoricen a niños mayores de doce (12) años y menores de catorce (14) para ejecutar trabajos ligeros, siempre que no afecten la salud, el desarrollo integral y la educación del menor.³¹

5.2.3. De otra parte, las leyes civiles y penales traen tratamientos diferenciados a los niños. En materia civil, encontramos las definiciones de niño e impúber³² con consecuencias jurídicas respecto de la validez de ciertos actos jurídicos³³; la nulidad del matrimonio cuando se ha contraído entre hombre y mujer menores de catorce años³⁴ y, por el contrario, la ausencia de tal protección

²⁹ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor: 2 de septiembre de 1990. Ley 12 de 1991.

³⁰ En múltiples providencias la Corte ha avalado la diferenciación de edad en los menores, entre otras las sentencias C-376 de 2010, C-203 de 2005, T- 192 de 2008, C-360 de 2002, T- 395 de 1997, C-685 de 2001, C-118 de 2006, C-318 de 2003, C-839 de 2001, C-534 de 2005, C-367 de 2006, T-727 de 1998, SU-642 de 1998, C-1068 de 2002.

³¹ Sentencia C-170 de 2004, replicada en la Sentencia C-1188 de 2004.

³² C.C. ARTICULO 34. <Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES> Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el ~~varón~~ que no ha cumplido catorce años ~~y la mujer que no ha cumplido doce~~; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún* años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. (Sentencia 534 de 2005).

³³ Ciertos actos jurídicos carecen de validez absoluta en el evento que sobre ellos recaiga un objeto o causa ilícita, o porque se haya omitido un requisito o formalidad indispensable para la conformación del acto jurídico o porque los actos o contratos los han suscrito **personas absolutamente incapaces**. Cualquier otra especie de vicio produce la invalidez relativa del acto jurídico. Art. 1741 Código Civil.

³⁴ C.C. ARTICULO 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

1o) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.

legal frente a mayores de 14 años; los sujetos titulares de derechos acorde con el código de la infancia y la adolescencia que diferencia los niños (0-12 años) de los adolescentes (12-18 años)³⁵; el señalamiento de 15 años como la edad mínima de admisión al trabajo³⁶, entre otras. Las propias leyes penales registran otros casos de protección diferenciada como la responsabilidad penal respecto de conductas realizadas por mayores de 14 años y que no hayan cumplido los 18 años de edad³⁷: dentro de los criterios para determinar una sanción de un menor está la edad del adolescente³⁸; durante la sanción de internamiento el adolescente debe recibir servicios sociales y de salud por persona con la formación profesional idónea acorde con su edad³⁹; el uso de

2o) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de ~~doce~~ <atorce>, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad. (Sentencia C-507 de 2004).

³⁵ Ley 1098 de 2006 ARTÍCULO 3o. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad. (Apartes declarados exequibles mediante Sentencia C- 740 de 2008)

³⁶ Ley 1098 de 2006. ARTÍCULO 35. EDAD MÍNIMA DE ADMISIÓN AL TRABAJO Y DERECHO A LA PROTECCIÓN LABORAL DE LOS ADOLESCENTES AUTORIZADOS PARA TRABAJAR. La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el Ente Territorial Local y gozarán de las protecciones laborales consagrados en el régimen laboral colombiano, las normas que lo complementan, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos y garantías consagrados en este código. Los adolescentes autorizados para trabajar tienen derecho a la formación y especialización que los habilite para ejercer libremente una ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral.

PARÁGRAFO. Excepcionalmente, los niños y niñas menores de 15 años podrán recibir autorización de la Inspección de Trabajo, o en su defecto del Ente Territorial Local, para desempeñar actividades remuneradas de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo. La autorización establecerá el número de horas máximas y prescribirá las condiciones en que esta actividad debe llevarse a cabo. En ningún caso el permiso excederá las catorce (14) horas semanales.

³⁷ Ley 1098 de 2006 ARTÍCULO 169. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. Las conductas punibles realizadas por personas mayores de catorce (14) años y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, dan lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente ley.

³⁸ Ley 1098 de 2006 ARTÍCULO 179. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES. Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones.

PARÁGRAFO 1o. Al computar la privación de la libertad en centro de atención especializada, la autoridad judicial deberá descontar el período de internamiento preventivo al que haya sido sometido el adolescente.

PARÁGRAFO 2o. Los adolescentes entre 14 y 18 años que incumplan cualquiera de las sanciones previstas en este Código, terminarán el tiempo de sanción en internamiento.

El incumplimiento por parte del adolescente del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez.

³⁹ Ley 1098 de 2006 ARTÍCULO 180. DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES DURANTE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. Durante la ejecución de las sanciones, el adolescente tiene los siguientes derechos, además de los consagrados en la Constitución Política y en el presente código:

1. Ser mantenido preferentemente en su medio familiar siempre y cuando este reúna las condiciones requeridas para su desarrollo.
2. recibir información sobre el programa de atención especializada en el que se encuentre vinculado, durante las etapas previstas para el cumplimiento de la sanción.
3. recibir servicios sociales y de salud por personas con la formación profesional idónea, y continuar su proceso educativo de acuerdo con su edad y grado académico.
4. comunicarse reservadamente con su apoderado o Defensor Público, con el Defensor de Familia, con el Fiscal y con la autoridad judicial.

menores de edad en la comisión de delitos se agrava si se trata de un menor de 14 años⁴⁰; la demanda de explotación sexual comercial de persona menor se agrava si la conducta se realiza respecto de un menor de 14 años,⁴¹ igual situación se presenta con quien utilice o facilite medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menor de 18 años⁴², entre otras.

5.2.4. Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años⁴³ frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos:

5. Presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta.

6. Comunicarse libremente con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa de la autoridad judicial.

7. A que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le corresponden y respecto de la situación y los derechos del adolescente.

⁴⁰ Código Penal ARTÍCULO 188D. USO DE MENORES DE EDAD LA COMISIÓN DE DELITOS. <Artículo adicionado por el artículo 7 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años.

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

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los mismos eventos agravación del artículo

⁴¹ Código Penal ARTÍCULO 217-A. DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD. <Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto 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 víctima.

⁴² Código Penal. ARTÍCULO 219-A. UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad ($1/2$) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años.

⁴³ Artículos 208 y 209 del Código Penal, demandados. Debe tenerse presente que el bien jurídico protegido con las acciones que se tipifican es la *Formación Sexual*. En algunos casos, puede presentarse que esa formación se adquiriera antes de que el menor cumpla los 14 años. Así las cosas, un bien jurídico que no existe no puede ser contrariado, en otras palabras, y acorde con las voces del tipo penal se podría afirmar que es *imposible corromper lo que ya está corrompido*. Igualmente podría suceder que un menor mayor de 14 años, no tenga formación sexual debido a diferentes eventos como sería un retraso mental, evento en el cual se extendería la protección. En este orden de ideas, que el menor tenga menos de 14 años y pueda ser corrompido, pareciera ser un parámetro que inexorablemente puede no suceder, independientemente de la antijuridicidad material.

A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social. En efecto, de acuerdo con documentos de la Organización Mundial de la Salud⁴⁴, los menores entre 10 y 14 años tienden a ser mucho menos activos sexualmente que aquellos entre los 15 y los 19 años. Los diferentes estudios al respecto⁴⁵, si bien no definen claramente una edad promedio de inicio de la actividad sexual, permiten aseverar que es perfectamente justificable que el Legislador establezca que los menores de 14 años no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad. En tal circunstancia considera el Legislador que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley⁴⁶.

5.2.5. Es en el contexto de la posibilidad física y psicológica de desarrollar una sexualidad responsable, que esta Corporación ha reconocido los derechos sexuales y reproductivos de los jóvenes, para mostrar que las personas que tienen la capacidad de desarrollar su sexualidad cuentan con unos derechos que deben ser respetados y no pueden ser constreñidos o vulnerados. Al respecto ha señalado la Corte:

*Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.*⁴⁷

⁴⁴ http://www.who.int/hiv/pub/me/napyoungpeople_sp.pdf “Como ya se ha mencionado, es mejor analizar estos indicadores dividiendo los datos por edad, sexo, estado civil y otras características importantes de los jóvenes. El desglose por edad es especialmente importante porque la conducta sexual puede variar ampliamente entre los diferentes grupos de edad.

En general, es probable que los adolescentes entre 10 y 14 años sean mucho menos activos sexualmente que los que están entre los 15 y 19 años, quienes a su vez difieren de los que tienen entre 20 y 24 años. Este desglose por grupos de edad permite a los directores de programas nacionales buscar tendencias de cohortes que ocurren con el paso del tiempo. Por ejemplo, si los encuestados entre 15 y 19 años indican una menor proporción de iniciación sexual antes de cumplir los 15 años que los encuestados entre 20 y 24 años, esto puede sugerir que ha habido una disminución del debut sexual temprano.

⁴⁵ http://search.who.int/search?q=edad+promedio+de+inicio+de+la+actividad+sexual&ie=utf8&site=default_collection&client=_es&proxystylesheet=_es&output=xml_no_dtd&oe=utf8

⁴⁶ Se entienden como incapaces absolutos los dementes, **los impúberes**, y los sordomudos que no puedan darse a entender. Sus actos no producen ni obligaciones naturales y no admiten caución. Art. 1504 Código Civil.

⁴⁷ Sentencia T-732 de 2009. Respecto de los derechos sexuales y reproductivos se pueden consultar igualmente las sentencias C-285 de 1997 y C-822 de 2005.

La sociedad, desde los tiempos inmemoriales, ha entendido, con base en vivencias ancestrales, que la iniciación sexual de los humanos ocurre tras la pubertad⁴⁸. Y La legislación civil ha establecido que los menores, aun siendo impúberes, sanean su unión y sortean la posible nulidad de su matrimonio con el solo transcurso de vida conyugal por un breve lapso de tres meses, tras su arribo a la pubertad⁴⁹. Y si la ley civil de esa manera valida la relación matrimonial de menores entre los 14 y los 18 años, y de esta manera la necesaria convivencia íntima y sexual entre los mismos, no podría la ley penal extender la protección frente a la realización de actos sexuales consentidos a jóvenes y mujeres de esa edad, tornando delictivo lo que ha prohibido como lícito.

5.2.6. En suma, no hay razón para extrañar la protección específica de las normas demandadas, ya que lo abusivo no son los actos en sí mismos -exentos de violencia en este caso- sino su realización en personas sexualmente menores. En consecuencia, no hay vulneración del artículo 44 constitucional, ya que no existe para las personas entre 14 y 18 un deber de protección especial en esta materia a la manera de los menores de 14 años.

5.2.7. Como se anticipó, las mismas razones para desvirtuar el cargo por violación del artículo 44 proceden para examinar el cargo de violación del artículo 13 constitucional.

En efecto, la diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así las cosas, la medida tomada resulta idónea y adecuada debido a que, aún existiendo el consentimiento del menor de 14 años, lo cierto es que su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuado para su edad. Por eso la Ley lo protege, aún de su propia decisión, con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad.

Finalmente, la medida diferenciada sin dudas persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años.

Ahora bien, se insiste, no implica lo anterior que los menores mayores de 14 años no gocen de protección constitucional o legal alguna respecto de actos

⁴⁸ http://www.who.int/child_adolescent_health/topics/development/es/. OMS

⁴⁹ Arts. 140 y 143 del Código Civil. Sentencia C-507 de 2004.

sexuales o accesos carnales violentos, sin su consentimiento. Lo cierto es que en los eventos que esto suceda, la legislación penal establece tipos penales y altas penas para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de 14 años, como se explicó en precedencia.

5.2.8. Hechas las anteriores precisiones, se declararán exequibles las expresiones “...de catorce (14) años...” contenidas en los artículos 208 y 209 de la ley 599 de 2000.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo colombiano y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLES las expresiones “...de catorce (14) años...” contenidas en los artículos 208 y 209 de la ley 599 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELC
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Ausente con permiso

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARIA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

CONSTANCIA SECRETARIAL

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012)

**LA SECRETARIA GENERAL DE LA HONORABLE CORTE
CONSTITUCIONAL**

HACE CONSTAR

En la fecha, se observó que el día veintidós (22) de noviembre de dos mil once (2011), el Magistrado **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**, se encontraba en comisión de servicios en el exterior, por lo tanto, no firmaba esta sentencia como inadvertidamente lo hizo.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General