

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 112 de 2014 Senado “Por el cual se crea el tipo penal de acoso sexual en transporte público”.

| Proyecto de Ley 112 de 2014 Senado | |
|------------------------------------|---------------------------------------|
| Autor (es) | H.S: Antonio Guerra De La Espriella |
| Fecha de Radicación | Octubre 22 de 2014 |
| Estado Actual | <u>Archivado por retiro del autor</u> |
| Referencia | Concepto No. 15.10 |

El estudio de este Proyecto de Ley se realizó con base en el **texto del Proyecto radicado en la Secretaría General del Senado de la Republica en la Gaceta No. 653 de 2014**. Luego del análisis del articulado, el Consejo se ocupó de debatir algunos de los puntos centrales de la iniciativa, considerando necesario revisar los siguientes aspectos que se estiman de importancia al momento de pronunciarse sobre el Proyecto de Ley.

1. Objeto del Proyecto

El proyecto 112 de 2014 Senado¹ crea el tipo penal autónomo de acoso sexual en transporte público, establece algunas circunstancias de agravación y busca integrarlo en el Título IV de la parte especial de Código Penal, “De los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. A continuación se expondrán los puntos centrales que se desarrollan en el articulado y los argumentos de su exposición de motivos, para luego desarrollar las razones de naturaleza dogmático penal y de política criminal que sustentan por las cuales se considera inadecuado e inconveniente el presente proyecto de ley.

2. Contenido del proyecto de ley

El texto en discusión contiene cuatro artículos distribuidos de la siguiente manera: el primero, define el objetivo del proyecto, el cual se concentra en la introducción del tipo penal de acoso sexual en transporte público y su ubicación dentro del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales; el segundo artículo se concentra en la definición del tipo penal en los siguientes términos:

«**Artículo 2º.** Para todos los efectos de la presente ley se crea el siguiente tipo penal:

Delito de Acosos Sexual en Transporte Público. El que realice tocamientos inesperados en partes íntimas del cuerpo de una persona, sin su consentimiento,

¹ AUTORES: H.S. Antonio Guerra de la Espriella. NÚMERO: 112 de 2014 Senado. ORIGEN: Senado. TÍTULO: “Por el cual se crea el tipo penal de acoso sexual en transporte público.”

aprovechándose de las circunstancias propias de los medios de acceso y utilización de transporte público, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro años (4) años.»

El tercer artículo introduce cuatro circunstancias de agravación de la pena, de una tercera parte a la mitad, para los supuestos que se señalan a continuación:

1. La conducta se cometiere en concurso con otras personas.
2. Quien la realizara tenga como el fin el contagio de enfermedad de transmisión sexual.
3. Se realice sobre persona menor de 14 años.
4. Cuando la víctima fuere una persona disminuida físico, sensorial, o psíquica.

Por último, el artículo cuarto señala su vigencia en los términos ordinarios de ley.

3. Argumentos que se presentan en la exposición de motivos para la adopción de medidas penales especiales en relación con el abuso sexual en transporte público

El proyecto 112 de 2014 – Senado – justifica la necesidad de introducir estas medidas en la legislación penal colombiana teniendo en cuenta el actual deterioro del comportamiento de las personas en lugares públicos, lo cual, se afirma, aparece ocasionado no sólo por la inseguridad sino también por otras circunstancias que afectan la confianza y tolerancia en estos espacios. Adicionalmente, menciona el proponente que las circunstancias antes mencionadas se ven agravadas por la ocurrencia sistemática de agresiones sexuales, las cuales, a su juicio, afectan en especial a las mujeres, quienes se ven desprotegidas cuando usan el transporte público para hacer sus desplazamientos.

De esta manera, se constituye el proyecto como una respuesta frente a dichos fenómenos de abuso que se presentan en el transporte público, en los que «ciudadanos atrevidos se aprovechan de las condiciones de congestión del sistema de transporte público para realizar conductas que atentan contra la integridad y la libertad sexual de las otras personas»².

Este proyecto fundamenta la propuesta en algunas cifras. En primer lugar, se plantea a modo de referencia que un total de dos millones de personas se mueven diariamente en Transmilenio, de las cuales casi setecientas mil son mujeres. En segundo lugar, presenta unas cifras de una encuesta realizada por la Secretaría Distrital de la Mujer en 2012 a 17.399 habitantes, de los cuales un 64% manifestó haber sido víctima de alguna agresión sexual en el transporte y un 80% señaló que dichas agresiones se dan en los distintos medios de transporte público colectivo.

² Exposición de Motivos. Gaceta No. 653 de 2014

El argumento central para legitimar la inclusión del tipo penal se orienta a destacar que los operadores jurídicos presentan dificultades serias a la hora de adecuar típicamente los comportamientos que buscan ser tutelados a través de este proyecto de ley. Frente a esto, se plantea que no es posible considerarlo como una conducta de acceso carnal violento, en la medida en que dicha circunstancia de violencia no se presenta, pero tampoco resulta viable entrar a considerar que éstas son agresiones contra el bien jurídico de la integridad moral, definidas como injurias por vía de hecho, tal como propuso en su jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, puesto que la agresión es una afectación al libre ejercicio de la sexualidad y no al honor³.

4. Consideraciones y observaciones del Consejo Superior de Política Criminal.

Como se ha sido reiterado de este Consejo, las medidas adoptadas en materia de política criminal como política pública deben propender por ser coherentes, fundamentadas empíricamente y evaluadas sistemáticamente, tal como lo planteó la Comisión Asesora para la Política Criminal⁴. Como una política respetuosa de los derechos fundamentales de las víctimas y los perpetuadores debe procurar garantizar los fines restauradores y resocializadores de la pena privativa de la libertad como consecuencia jurídica frente a una conducta punible.

Bajo esta perspectiva, dichas medidas no pueden ser resultar en simples medidas simbólicas y reactivas, y pretender con ellas atender una problemática que se encuentra arraigada a relaciones sociales y significantes culturales. Resulta importante contemplar la adopción de medidas de política criminal que no se restrinjan al ámbito penal, sin excluir con esto la sanción que, en los ámbitos de lesividad que corresponda, resulte viable imponer frente a las conductas que así lo ameriten.

Bajo dicha perspectiva, frente a la adopción del tipo penal autónomo de abuso sexual en transporte público que se plantea en el presente proyecto, deben plantearse las siguientes consideraciones:

4.1 Disposiciones del Código Penal (Ley 599 de 2000) que en lo sustancial recogen la iniciativa legislativa, tal como lo señala la propuesta

La conducta delictiva que se pretende incluir ya está contemplada en la legislación penal vigente, en varias disposiciones penales que se pueden adecuar típicamente a

³ En este sentido ver las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 26 de octubre de 2006, MP. Álvaro Pérez Pinzón, Radicación 25743, y del 2 de julio de 2008, MP. Alfredo Gómez Quintero, Radicación 29117. Ver, además, la sentencia de la Corte Constitucional C- 442 de 2011, MP. Humberto Sierra Porto, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm#_ftn72

⁴ Informe final de la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal, marzo de 2012, págs. 98-99.

los hechos que se describen en el proyecto, dependiendo en cada caso concreto del nivel de violencia ejercido por el perpetrador.

En primer lugar, se encuentra en el artículo 206, tal como el proponente lo señala, el delito de acto sexual violento⁵. Esta conducta define de manera residual aquellas agresiones que no constituyéndose una penetración violenta por vía vaginal, anal u oral⁶ (las cuales se adecuarían como delito de acceso carnal violento), lesionan el bien jurídico tutelado. Habría que destacar, frente a lo dispuesto en la propuesta de ley, que la violencia, como medio para consumir la conducta punible se orienta a «vencer, hacer desaparecer o anular la resistencia de la víctima frente al acto sexual», la cual puede ser física o moral⁷.

En este sentido, corresponderá al operador judicial, en cada caso determinado, establecer si la conducta acaecida en el transporte público encuadra o no en el concepto de violencia que describe el tipo penal. Este ejercicio de razonamiento judicial no resulta viable de reemplazar con un nuevo tipo penal cuya lesividad, se reitera, puede estar enmarcada en varias disposiciones ya vigentes del Código Penal.

En segundo lugar, y tal como se identifica de manera acertada en la exposición de motivos, la otra conducta que puede proceder frente a los hechos que constituyen la propuesta normativa son las injurias por vías de hecho. Si efectivamente la conducta no logra vulnerar el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, sería aplicable lo contenido en el artículo 226, en el cual se definen las injurias por vías de hecho.

En tercer lugar, habría que destacar los agravantes previstos en el artículo 211 del Código penal, dentro de los cuales se establecen expresamente y de manera más amplia los supuestos que propone este proyecto. En efecto, establece el artículo:

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva.- Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.
4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.
5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos

⁵ Artículo 206 Acto sexual violento.- El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23790, sentencia del 7 de septiembre de 2006.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008.

previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

6. Se produjere embarazo.
7. Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio.
8. Si el hecho se cometiere con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad.

Adicionalmente, y con respecto a la primera circunstancia de agravación propuesta, debe señalarse que también se encuentra prevista dentro de la parte general del Código Penal, en el numeral 10 del artículo 58, como circunstancia de mayor punibilidad⁸.

Esta descripción normativa resulta útil a fin de destacar una holgada existencia de tipos penales que, como se señaló, en lo sustancial recogen la propuesta legislativa, incluidos ya bien dentro de los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales, o ya contra la integridad moral, dependiendo su adecuación típica de cada caso en concreto y de acuerdo con los elementos de juicio allegados a la actuación penal. Lo anterior supone afirmar, desde ya, que no resulta razonable la creación de una nueva norma penal cuyos elementos esenciales y accidentales aparecen ya protegidos en varios supuestos normativos.

No resulta acertado señalar que exista un vacío normativo dentro de la legislación penal para dar respuesta a estas conductas descritas en la exposición de motivos. Las eventuales discrepancias de tipo jurisprudencial en torno a lo que constituye o no violencia sexual en un caso determinado no se erigen ellas mismas en vacíos normativos que hagan necesaria una nueva descripción típica.

Adicional a lo anterior, resulta esencial destacar que el derecho penal se constituye como *ultima ratio* y esta premisa básica debe suponer que su funcionamiento debe orientarse a sancionar las afectaciones más graves a los bienes jurídicos considerados de mayor importancia. Aquellos eventos que no trasciendan las lesividades propias de cada norma penal deben ser atendidos por otro tipo de medidas o controles, sean ellos policivos o administrativos, que resulten más eficaces y que también permitan controlar y prevenir aquellos comportamientos que afectan de manera más usual a las mujeres en el transporte público.

3.3 Especial protección a los niños, niñas y adolescentes, y particularmente respecto de conductas en las que se vulnere o pretenda vulnerar su formación e integridad sexual

La Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han resaltado la protección especial de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y en

⁸ Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad.- Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: (...) 10. Obrar en coparticipación criminal.

especial la integridad y la formación sexual de éstos. De esta manera, se establece como un imperativo que los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, reclamando del Estado, la familia y la sociedad su protección, frente a los denominados riesgos prohibidos. Esto quiere decir que se les debe amparar frente a todo tipo de abuso, arbitrariedad y condición extrema que amenace su desarrollo armónico e integral⁹.

El mismo legislador ha previsto dentro de las disposiciones arriba reseñadas la especial protección del niño, niñas y adolescente tipificando el delito de actos sexuales con menor de catorce años en el artículo 209, que a diferencia del tipo base (artículo 206) no requiere de la violencia para su consumación. Así mismo, las circunstancias de agravación de la conducta establecidas en la iniciativa legislativa, particularmente la que refiere a su comisión en menor de 14 años, se encuentran claramente dispuestas en el artículo 211 de la ley 599 de 2000, como se mencionó anteriormente.

3.4 El sustrato y esencia del denominado acoso sexual

De acuerdo con el alcance que quiso darse por el legislador al denominado tipo penal de acoso sexual previsto en el artículo 210 A de la Ley 599 de 2000, es manifiesto que se trata del hostigamiento o asedio a una persona con quien se tienen especiales relaciones de sujeción, subordinación, etc.. Lo anterior supone que no se pueda tratar de un abuso circunstancial o eventual que por razones indistintas tiene lugar en escenarios como el transporte público, como así lo pretende equivocadamente el proyecto de ley objeto de estudio.

Resulta evidente que el sustrato normativo del acoso sexual responde a una lógica de relaciones de poder o de autoridad que difícilmente se corresponden con los reprochables tocamientos de naturaleza sexual que suelen ocurrir en el transporte público y los cuales, como ya se ha señalado con suficiencia, tienen ya prevista una sanción penal de demostrarse la lesividad de los bienes jurídicos contra la libertad, integridad o formación sexual, o ya contra la integridad moral.

3.5 Aspectos de técnica legislativa

3.5.1 Reserva de Código

Adicionalmente, resulta conveniente presentar un breve comentario relacionado con la técnica legislativa. Se destaca en este punto que, si bien se deja clara la ubicación de los dos artículos dentro de la parte especial (el tipo penal y las circunstancias de agravación), dichas disposiciones no se incorporan a ningún artículo concreto del Código Penal. En esta medida, las disposiciones no ingresarían al ordenamiento jurídico-penal, de acuerdo con los principios de legalidad y de reserva de código, los

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2009.

cuales exigen, entre otras cosas, que dichas conductas deben estar incorporadas en su totalidad el Código Penal para ser aplicables.

En esta ocasión, se presenta una situación análoga al caso del artículo 105 de la Ley 1453 de 2011, a través del cual se pretendía criminalizar la manipulación de equipos terminales móviles, como parte de una estrategia de lucha contra el hurto de celulares. Sin embargo, esta disposición de la conocida Ley de Seguridad Ciudadana no estableció su incorporación al Código Penal —por ejemplo, integrándolo como el artículo 257-A.

3.5.2 Elementos específicos del tipo penal

De igual manera, tal como está el tipo penal propuesto, puede generar varios problemas para su aplicación por parte de los operadores judiciales; en primer lugar, resulta inadmisibles dentro del código penal una configuración de un tipo con el calificativo de “inesperados” en tanto toda conducta de esta clase que se realizara con previo aviso quedaría sin sanción, la referencia que se hace respecto de las “partes íntimas” es ambigua y no solo restringe la aplicación del tipo penal sino que deja al arbitrio preguntas relacionadas con la definición de ¿Qué son las partes íntimas? ¿Hasta qué parte se puede o no tocar? Etc.

3.6 La falta de razonabilidad y fundamentación de la iniciativa legislativa

Conforme ha dicho la Corte Constitucional, «[l]a libertad de configuración normativa del legislador pese a ser amplia, se subordina a la razonabilidad y proporcionalidad objetivas de las decisiones que adopte, pues de lo contrario puede vulnerar los derechos fundamentales»¹⁰. Al margen de que el objetivo fundamental de la configuración normativa en esta materia sea la represión del delito, no se sigue de ello la consagración populista e irrazonable de conductas que no sólo puedan vulnerar principios de estirpe constitucional, como el del *non bis idem*, sino en las que tampoco se evidencie la consolidación de una política criminal sólida y sustancial.

El argumento de la creciente presentación del fenómeno de los tocamientos abusivos o sexuales, no constituye *per se* argumento suficiente para la consagración de un nuevo tipo penal. La cotidianidad enseña que esas mismas conductas tienen lugar en indistintos escenarios en los que existe alto flujo o aglomeración de personas, conductas que quizás no se publicitan en igual medida por no presentarse en un lugar emblemático para las ciudades, como es el caso de Bogotá. ¿Cuál es, entonces, la razón para que esas otras conductas no merezcan el mismo tratamiento que aquella que traza la iniciativa legislativa?, ¿qué pasaría si la conducta se presenta en medios de transporte pero no públicos, sino privados?

A lo anterior habría que añadir que la fundamentación empírica que se presenta a partir de la encuesta de la Secretaría Distrital de la Mujer se concentra en Bogotá y no logra

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1997.

dar cuenta de manera nacional e integral de la naturaleza de la problemática, ni de sus causas, ni de por qué es necesaria la adopción de esta medida y en qué sentido va a incidir sobre la misma, quedando en el aire un sentido eminentemente retributivo de la sanción que se introduce con estos tipos penales. Adicionalmente, si bien se pretende dar un panorama sobre la población objetivo y la población beneficiaria, no se logra tener claridad sobre la naturaleza de las afectaciones, de las víctimas, del tipo de agresión, o de por qué resulta necesario un abordaje penal como *ultima ratio*, que supere los juicios de necesidad, proporcionalidad, utilidad y legitimidad.

3.7 Del impacto fiscal del proyecto de ley.

Desde un punto de vista más amplio, que puede considerarse como una recomendación de este Consejo dirigida a la elaboración de todos los proyectos de ley involucrados con la política criminal, es importante traer de presente dos argumentos relacionados con la importancia de respaldar las iniciativas en análisis y estudios con fundamento técnico, los cuales tienen que ver con las recomendaciones hechas por la *Comisión Asesora de Política Criminal* en el 2012, y con la Ley 1147 del 2000 relacionada con la modernización de los procedimientos legislativos en el país.

De un lado, la Comisión Asesora en su oportunidad recalcó cómo uno de los rasgos distintivos de la irracionalidad de la política criminal en Colombia era la ausencia de análisis previos al momento de tomar decisiones tanto gubernamentales como legislativas, que consideraran, por ejemplo, “la coherencia del sistema penal al momento de creación de nuevas normas penales, o ya sea a nivel empírico sobre la carga de trabajo de los operadores de justicia, o sobre el sistema carcelario y penitenciario, o sobre la evolución misma de los fenómenos criminales”¹¹.

Por esta razón, al momento de formular las recomendaciones, la Comisión señaló la necesidad de respaldar cada iniciativa desde varios puntos de vista, dentro de los que cabe resaltar la fundamentación empírica de la decisión y la evaluación de impacto de la misma, considerando especialmente su impacto fiscal, su impacto sobre el problema objeto de intervención y su impacto en los diferentes sectores del sistema penal, como el sistema de persecución y enjuiciamiento criminal y el sistema penitenciario y carcelario.

En palabras de la Comisión, “se deben adelantar obligatoriamente estudios de impacto fiscal, para evitar que se aprueben normas sin presupuesto, para lo cual contará con el apoyo del Departamento Nacional de Planeación. No deben aprobarse reformas legislativas sin estos dos conceptos”; además, toda decisión de política criminal “debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que toda reforma penal, para ser aprobada, debería contar con una clara justificación de su necesidad; (...) igualmente debe evaluarse previamente el potencial impacto de las medidas penales tanto sobre el

¹¹ Comisión Asesora de Política Criminal. *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Junio de 2012, p. 28

sistema normativo, como sobre los operadores de justicia y el sistema carcelario; (...) se debe hacer un seguimiento a las reformas penales, para evaluar su impacto”¹².

De otra parte, con el propósito de fortalecer y modernizar los procesos legislativos en el Congreso de la República, se creó la Ley 1147 de 2007, *por la cual se adiciona la Ley 5 de 1992 y se crean la Comisión Especial de Modernización y las Unidades Coordinadoras de Asistencia Técnica Legislativa y de Atención Ciudadana*. En relación con la Unidad Coordinadora a la que se refiere la ley, el artículo 6 establece una serie de funciones tendientes a proporcionar todo el apoyo técnico requerido para asegurar el soporte de calidad, no solo de los proyectos de Ley o de Acto Legislativo, sino también de las deliberaciones que se presentan en el Congreso¹³. Dentro de estas funciones, considera el Consejo Superior de Política Criminal, se puede encontrar el fundamento normativo para que las recomendaciones señaladas previamente tengan su lugar en la actividad parlamentaria.

Por último, es importante destacar que una vez hecha la revisión del proyecto de ley y su exposición de motivos no se presenta un estudio de impacto fiscal e institucional sobre los costos que puede representar la introducción de estas medidas al ordenamiento jurídico, en concreto el despliegue necesario de la policía en los sistemas de transporte público y en términos de recursos para el funcionamiento de las fiscalías, para la Policía en capacitación, o el impacto sobre el sistema penal y penitenciario, en caso de tenerlo.

Conclusiones

En suma, no resultan plausibles los argumentos que sustentan la propuesta y que permitan suponer la necesidad de incluir nuevas conductas penales y circunstancias de agravación. De las cifras presentadas no se infiere que la reforma legal propuesta vaya incidir en los comportamientos sancionados y que su adopción resulta necesaria, proporcional, legítima y útil en el marco de los principios del derecho penal.

Adicionalmente, se reitera, la acción y los agravantes previstos en las normas introducidas, ya se encuentran previstas en distintas normas de la legislación penal sustancial, y su adopción representa una reiteración de disposiciones, que en específico tendrían como aspecto diferenciador las circunstancias de lugar y modo que plantea la normatividad. De esta manera se considera no aconsejable la introducción de esta nueva conducta punible en el Código Penal.

¹² Comisión Asesora, *op. cit.*, pp. 81 y 76-77, respectivamente.

¹³ Al artículo 6 dispone: «1. Procurar la alta calidad de los proyectos de ley, de Acto Legislativo y de la discusión legislativa por medio de investigaciones técnicas y objetivas; 2. Apoyar por medio de asesorías técnicas y objetivas la calidad de los proyectos de ley, de Acto Legislativo y de la discusión legislativa; 3. Fortalecer las iniciativas legislativas presentadas en el Congreso con la participación oportuna de la sociedad; 4. Establecer un vínculo constante con la comunidad académica para facilitar el análisis de los temas legislativos, por medio de la suscripción de convenios de cooperación; 5. Adelantar el programa de judicatura y pasantías legislativas para la Unidad con las distintas universidades nacionales y extranjeras; 6. Las demás que le asigne la Comisión.»

Elaboro: Andrés Felipe Bernal/MJD

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL