

Al responder cite este número
OFI15-0025867-DCP-3200

Bogotá D.C., martes, 13 de octubre de 2015

Secretaria General
Amparo Yaneth Calderón Perdomo
Comisión Primera Constitucional
Congreso de la Republica
Carrera 7 No. 8-68
La Ciudad.



Asunto: Concepto Consejo Superior de Política Criminal – Proyecto de Ley 015 de 2015 Cámara – (Reclutamiento Ilícito)

Respetada Secretaria General Calderón,

De manera atenta me permito enviarle el Concepto del Consejo Superior de Política Criminal aprobado en sesión virtual de octubre de 2015 al Proyecto de Ley 015 de 2015 Cámara – (Reclutamiento Ilícito).

De igual forma, agradezco remitir el respectivo concepto a los autores, ponentes y demás integrantes de la Comisión, así como su publicación en el respectivo orden del día a efectos del conocimiento y aporte al proceso del trámite legislativo.

Cordialmente,

Marcela Abadía Cubillos
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaria Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Anexos: Concepto Consejo Superior de Política Criminal - Proyecto de Ley 015 de 2015 Cámara – (Reclutamiento Ilícito) en seis (06) folios.

Elaboró: Andrés Felipe Bernal Blanco
Revisó y Aprobó: Marcela Abadía Cubillos

TRD – 3200 – 720 - 72

Bogotá D.C., Colombia
Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

CONSEJO SUPERIOR DE POLITICA CRIMINAL

Estudio al Proyecto de Ley No. 015 de 2015 Cámara “Por medio del cual se modifica el artículo 162 de la ley 599 de 2000” Reclutamiento ilícito

Proyecto de Ley No. 015 de 2015 Cámara	
Autores	H.R. TATIANA CABELLO FLORÉZ, H.R. PIERRE EUGENIO GARCÍA JACQUIER, H.R. ESPERANZA MARÍA DE LOS ÁNGELES PINZÓN DE JIMÉNEZ, H.R. ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA, H.R. CIRO ALEJANDRO RAMÍREZ CORTES, H.R. MARGARITA MARÍA RESTREPO ARANGO, H.R. EDWARD DAVID RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, H.R. MARÍA REGINA ZULUAGA HENAO H.S. - ALFREDO RAMOS MAYA
Fecha de Radicación	Julio 21 de 2015
Estado Actual	Pendiente ponencia primer debate

1

1. Objeto del proyecto

El proyecto de ley bajo examen aumenta las penas previstas para el tipo penal de reclutamiento ilícito consagrado en el artículo 162 de la ley 599 de 2000. En especial, propone un mínimo punitivo de 10 años de prisión y un máximo de 20. Por su parte, la pena de multa se ubica en un rango de 2000 a 4000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual modo, adiciona las conductas constitutivas de este tipo penal al punir expresamente la *utilización* de los menores en las hostilidades, por fuera de los supuestos del reclutamiento y la coacción.

Adicionalmente, el proyecto incorpora dos nuevos párrafos al citado artículo 162. El párrafo 1º consagra una modalidad agravada cuando el menor de edad reclutado sea empleado como “esclavo sexual”. El párrafo 2º establece que en ningún caso podrá considerarse esta conducta como delito político o conexo a los mismos.

2. Justificación

En desarrollo de la exposición de motivos, los redactores del proyecto enfatizan que el reclutamiento ilícito de menores de edad constituye una conducta prohibida por el Derecho Internacional Humanitario, no sólo como infracción grave a este ordenamiento sino como un auténtico crimen de guerra que, de reunir las restantes condiciones previstas en el Estatuto de la CPI, puede llegar a constituir un crimen internacional.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

En cuanto a la justificación para el aumento de las penas, los redactores señalan que el marco punitivo de “6 a 10 años” resulta inadecuado conforme a la extrema gravedad del delito. En particular, consideran que las penas vigentes no se compadecen con delitos de similar naturaleza jurídica como el homicidio en persona protegido, ambos ubicados en el título II del libro II del código penal.

Frente a la incorporación del verbo utilizar indican los redactores que el tipo penal no comprende adecuadamente el deber de protección previsto en el artículo 20 de la ley 1098, conforme al cual los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra “7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de grupos armados organizados al margen de la ley”.

En lo que respecta a la modalidad agravada propuesta, si bien la reforma no es objeto de una justificación expresa, del contexto de la exposición de motivos se desprende que en criterio de los redactores resulta necesaria a efectos de cumplir efectivamente con el deber estatal de protección de los niños, niñas y adolescentes. Es decir, la justificación sería la misma de la adición del verbo rector antes señalada.

Por último, consideran los redactores que los compromisos internacionales del Estado colombiano impiden que la conducta de reclutamiento ilícito sea objeto de amnistías o indultos, independientemente que en algunos escenarios pueda ser objeto de penas alternativas, de modo que bajo ningún argumento puede asimilarse a un delito político o un delito conexo al político.

2

3. Observaciones político-criminales al proyecto de ley No. 015 de 2015 Cámara

Lo primero que el Consejo Superior de Política Criminal señala es que asiste plena razón a los redactores al afirmar que el reclutamiento ilícito constituye una conducta ilícita a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como una infracción grave al Derecho Internacional Humanitario. Es más, debe recordarse, como lo señalan los autores del proyecto, que el reclutamiento de menores de edad es recogido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional como un auténtico crimen de guerra, es decir, como un crimen de Derecho Internacional.

De igual modo, los autores de la iniciativa bajo examen tienen razón cuando señalan que los crímenes internacionales no pueden ser objeto de amnistías ni indultos, así como que no pueden asimilarse a delitos políticos ni considerarse conductas conexas a estos.

No obstante, estas consideraciones no guardan relación con la iniciativa legislativa y, por lo tanto, están claramente desconectadas como argumento político-criminal para justificar el aumento de penas propuesto o las modificaciones a la estructura del tipo penal. Esta posición del Consejo Superior de Política Criminal se desarrollará, a partir del examen de los siguientes puntos: (i) el aumento de las penas propuesto; (ii) la propuesta de agravación del reclutamiento como una disminución de la tutela penal; (iii) la prohibición de conexidad del reclutamiento con el delito político como innecesaria y contradictoria; (iv) el nuevo verbo “utilizar” como reforma innecesaria.

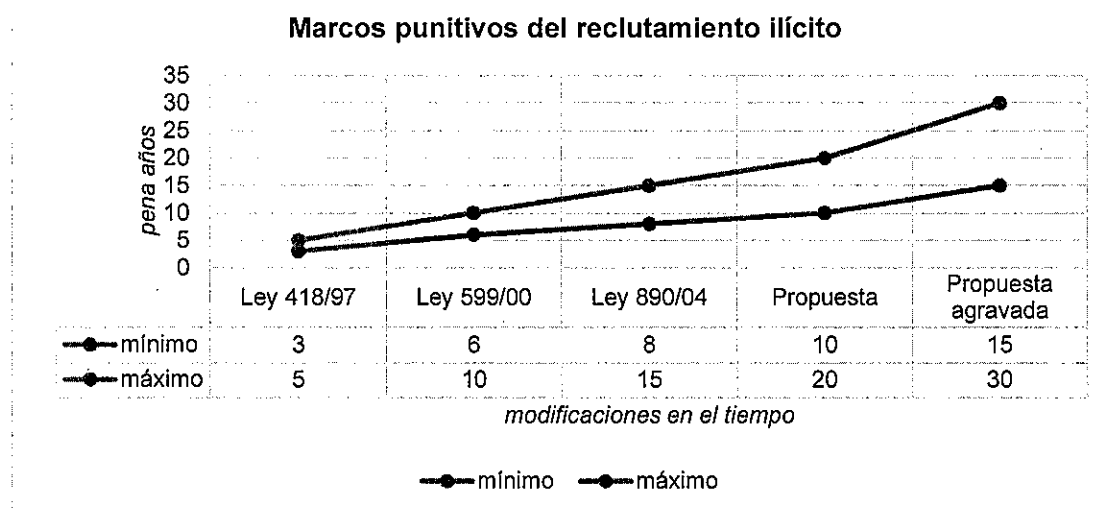
Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

3.1. *El aumento de penas propuestas resulta innecesario*

Desafortunadamente, cuando los redactores de la iniciativa presentan el marco constitucional y legal (sección I de la exposición de motivos), pasaron por alto que la ley 890 de 2004 aumentó los rangos punitivos de todos los tipos penales que integraban el estatuto penal, incluida la conducta descrita en el artículo 162. En consecuencia, el rango punitivo vigente para la conducta de reclutamiento ilícito oscila entre los 8 y los 15 de prisión, y no entre 6 y 10 como erróneamente se indica en el proyecto.

Como se puede observar en la siguiente tabla, las actuales penas resultan muy similares a las propuestas¹, lo que ya de por sí demuestra que el incremento de penas propuesto es innecesario:



3

Es más, los autores de la iniciativa omiten considerar que usualmente la conducta de reclutamiento ilícito se estructura bajo la forma de un concurso homogéneo o heterogéneo, es decir, sus autores en un mismo contexto temporal y espacial cometen en repetidas ocasiones la misma conducta punible. En efecto, es improbable la hipótesis de un reclutamiento individual, por el contrario, usualmente se presenta la incorporación colectiva de menores de edad a las filas de un grupo armado, lo que da lugar a que se configuren tantos delitos como menores son reclutados u obligados a participar en las hostilidades.

Lo anterior se traduce en que la pena imponible puede superar ampliamente el máximo previsto en el artículo 162, dado que en los eventos de concurso de conductas punibles la pena máxima individualizada puede aumentarse hasta en otro tanto, es decir, ante máximos cercanos a los 30 años de prisión.

¹ A excepción de la agravación planteada, la cual será objeto de comentario en la sección siguiente.

Adicionalmente, al valorar los antecedentes internacionales frente al crimen de guerra de reclutamiento ilícito, puede advertirse que las penas imponibles por los tribunales internacionales se aproximan a los máximos punitivos vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, como lo señala la propia exposición de motivos, la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional condenó a Thomas Lubanga Dylo por el crimen al que se viene haciendo mención a una pena de 15 años de prisión, decisión que fue confirmada por la Sala de Apelaciones².

Por otra parte, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal no es adecuado acudir a las penas señaladas para el delito de homicidio en persona protegida (art. 135 CP) como sustento para afirmar que los márgenes punitivos del reclutamiento ilícito son demasiado laxos. Aunque ambas conductas se encuentran en el título de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, ello no exige que tengan la misma reacción penal: ambas comparten la protección penal de las reglas del DIH, pero cada una extienden la protección a otros ámbitos protegidos por el derecho penal, dado que el homicidio en persona protegida desvalora los actos que afectan la vida, mientras que el reclutamiento ilícito desvalora además los que afectan la libertad individual y la autonomía.

Por último, conviene destacar que el carácter preventivo general de la pena viene dado por su efectiva imposición a los autores y partícipes de las conductas punibles, y no por la mera consagración abstracta de rangos punitivos altos. En otras palabras, **es la imposición de la pena y no su amenaza la que tiene efectos disuasivos**. Esto fue advertido por Feuerbach desde la formulación original de la teoría de la prevención general negativa. En efecto, en relación con el carácter disuasivo de la pena afirma Roxin:

El aspecto negativo – de la teoría de la prevención general negativa- se puede describir con “el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes”. Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.) ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto calculo que les pueda afectar una “intimidación” y que en estas personas tampoco funcionan intimidatoriamente la magnitud de la pena con la que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapado. Político-socialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) la que puede tener éxito en cuanto a la prevención general³.

En consecuencia, un aumento punitivo como el propuesto exigiría que se demostrara que pese a la efectividad del sistema de investigación y enjuiciamiento penal para procesar

² El resumen oficial del caso y el link a las distintas decisiones de las Salas de la CPI, puede consultarse en <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga&lang=es->. Revisado el 23 de septiembre de 2015.

³ CLAUS ROXIN. *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Diego Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal (trans.), Madrid, Civitas, 1997. P. 91.

efectivamente a los responsables de la conducta punible de reclutamiento ilícito, ésta continúa cometiéndose y, por ende, es necesario aumentar su censura jurídico penal. Sin embargo, el tipo penal bajo análisis ha sido de escasa aplicación, pese a que el reclutamiento de menores de edad en las filas de grupos armados organizados es un fenómeno generalizado. Esta situación debe conducir a reforzar el sistema penal colombiano con miras a hacer efectivas las penas vigentes para las conductas ya tipificadas, más que llamar a un aumento punitivo cuyos efectos son meramente simbólicos.

En conclusión, no es cierto que los márgenes punitivos previstos en el estatuto penal vigente para el tipo penal de reclutamiento ilícito se aparten de los estándares internacionales, o sean manifiestamente desproporcionados frente a la gravedad de la conducta cometida, razón por la cual se considera que esta propuesta legislativa resulta inconveniente desde el punto de vista de la política criminal.

3.2. *La modalidad agravada señalada en el parágrafo 2º del proyecto disminuye la tutela jurídico penal de los menores de edad usados como “esclavos sexuales” en el curso del conflicto armado*

El proyecto bajo análisis parte del supuesto que no existe una norma que castigue la esclavitud sexual en el marco del conflicto armado, razón por la cual resultaría necesaria incorporar este supuesto como modalidad agravada del reclutamiento ilícito. Es decir, el reclutamiento seguido de actos constitutivos de esclavitud sexual, constituiría una forma especialmente abyecta de esta conducta punible y, por ende, merecería un mayor reproche punitivo.

5

Infortunadamente los redactores no advirtieron que la ley 1719 de 2014 consagró un amplio catálogo de conductas punibles tendientes, precisamente, a sancionar atentados contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos en desarrollo de un conflicto armado. En efecto, consagran los artículos 2 a 12:

ARTÍCULO 2o. Adiciónese el artículo 138A de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 138A. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, acceda carnalmente a persona protegida menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 3o. Adiciónese el artículo 139A de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 139A. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona protegida menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 4o. Modifíquese el artículo 141 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 141. Prostitución forzada en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos

sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 5o. Adiciónese el artículo 141A a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 141A. Esclavitud sexual en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad por medio de la violencia sobre persona protegida para que realice uno o más actos de naturaleza sexual, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 6o. Adiciónese el artículo 141B a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 141B. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, capte, traslade, acoja o reciba a una persona protegida dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación sexual, incurrirá en prisión de ciento cincuenta y seis (156) a doscientos setenta y seis (276) meses y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación de carácter sexual el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena, la esclavitud sexual, el matrimonio servil, el turismo sexual o cualquier otra forma de explotación sexual.

ARTÍCULO 7o. Adiciónese el artículo 139B a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 139B. Esterilización forzada en persona protegida. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, prive a persona protegida de la capacidad de reproducción biológica, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. No se entenderá como esterilización forzada la privación de la capacidad de reproducción biológica que corresponda a las necesidades de tratamiento consentido por la víctima.

ARTÍCULO 8o. Adiciónese el artículo 139C a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 139C. Embarazo forzado en persona protegida. El que con ocasión del conflicto armado, habiendo dejado en embarazo a persona protegida como resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal violento, abusivo o en persona puesta en incapacidad de resistir, obligue a quien ha quedado en embarazo a continuar con la gestación, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) meses a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 9o. Adiciónese el artículo 139D a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 139D. Desnudez forzada en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, obligue a persona protegida a desnudarse total o parcialmente o a permanecer desnuda, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 10. Adiciónese el artículo 139E a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:
Artículo 139E. Aborto forzado en persona protegida. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, a través de la violencia interrumpa u obligue a interrumpir el embarazo de persona protegida sin su consentimiento, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) meses a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como puede advertirse, la esclavitud sexual en el marco del conflicto armado ya está consagrada como conducta punible y es objeto de penas similares a las propuestas en la iniciativa legislativa. En este punto, por tanto, el proyecto es innecesario.

Además de ello, no puede pasarse por alto que la norma propuesta disminuye la tutela jurídico penal de los menores reclutados con fines de esclavitud sexual en las filas de un grupo armado organizado. En efecto, es importante recordar que conforme al principio de *non bis in idem* los elementos integrantes de un tipo penal no pueden presentarse como un delito autónomo a efectos de predicar un concurso efectivo entre éste y aquel; en otras palabras, la modalidad agravada de reclutamiento ilícito no podría concursar con el tipo penal de “esclavitud sexual en persona protegida” ni “acto o acceso carnal abusivo en persona protegida menor de 14 años”, debiendo privilegiarse el tipo penal agravado señalado en el parágrafo 2º del artículo 162.

En conclusión, la norma propuesta conduciría que las penas aplicables a los autores de esclavitud sexual sobre los niños, niñas y adolescentes ilícitamente reclutados, fuera menor que de no existir dicha disposición.

3.2.1. *Posible escenario en el que no se disminuye la protección penal*

No obstante lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal resalta otra posibilidad que habría que considerarse en el debate democrático en el Congreso de la República. Consiste en un escenario en que la criminalización de la esclavitud sexual como circunstancia de agravación del reclutamiento ilícito no resultaría redundante, debido a que, por ejemplo, el artículo 141-A del código penal exige como elemento del tipo de explotación que la víctima sea una persona protegida, situación que podría no presentarse en todos los casos.

La posibilidad mencionada está condicionada a suponer que los niños, niñas y adolescentes reclutados ilícitamente pierden su calidad de persona protegida al enrolar las filas de combatientes en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional, con lo cual la calidad exigida para la víctima en el delito de esclavitud sexual vigente en la legislación penal no estaría presente. La conclusión, entonces, sería que es imposible predicar el concurso de conductas entre el reclutamiento ilícito y la esclavitud sexual; con esto la propuesta del proyecto de ley no resultaría redundante y se encontraría una razón. La condición de ese escenario, sin embargo, tiene que enfrentarse a la tesis contraria, que afirma que los niños, niñas y adolescentes reclutados pueden adquirir la doble condición de víctima y victimario: en el primer caso, víctima del delito de reclutamiento y, en el segundo caso, responsables de los crímenes —especialmente los graves— cometidos en el marco de la participación en el conflicto.

Esta postura ha sido presentada en el derecho colombiano por la Corte Constitucional en el 2005, cuando expresó:

si un menor ha sido victimizado por un crimen de guerra, en el sentido de haber sido compelido a participar activamente en un grupo armado ilegal, no se ve razón para que posteriormente se procese penalmente a ese mismo menor por el simple hecho

de haber formado parte de tal grupo irregular. Esta es una consideración que ha de tenerse en cuenta en cada proceso judicial individual al momento de establecer la responsabilidad del menor implicado, puesto que el carácter forzado del reclutamiento del que dicho menor ha sido víctima puede tener una incidencia, según el caso individual, sobre la configuración de los distintos elementos del delito por el cual se le juzga. Pero al mismo tiempo, recuerda la Corte que el simple hecho de pertenecer al grupo armado no es la única conducta punible que se puede eventualmente atribuir a un menor combatiente – durante su militancia en los grupos al margen de la ley, los menores combatientes pueden llegar a cometer asesinatos, masacres, secuestros, torturas, actos terroristas, extorsiones y hurtos, incurriendo así en violaciones graves de los derechos fundamentales de las personas que caen víctimas de tales actos. Excluir de entrada todo tipo de responsabilidad penal por estas conductas cometidas durante el conflicto, con base en el hecho del reclutamiento forzoso del que dichos menores han sido víctimas y sin prestar la debida atención a las circunstancias de cada caso y de cada menor en particular, constituye en la práctica un desconocimiento de los derechos de las otras víctimas generadas a su vez por tales actos. Es más respetuoso de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado que, en cada caso concreto, se evalúe la incidencia de la condición de víctima del delito de reclutamiento forzado sobre la configuración de responsabilidad penal individual, así como las demás presiones y coerciones que pudieran haberse presentado sobre estos menores⁴.

La posición de la Corte Constitucional tampoco ha estado exenta de críticas, dirigidas principalmente a sostener el argumento “son más víctimas que victimarios” y, por tanto, los mecanismos de administración de justicia deberían tender a la no imposición de sanciones penales⁵. En todo caso, el rasgo común de las dos posiciones es que los niños, niñas y adolescentes reclutados mantienen la condición jurídica de ser personas protegidas, lo cual se traduce en que, siendo personas protegidas, se admite la posibilidad del concurso de conductas punibles bajo comentario.

8

3.3. *La prohibición expresa de conexidad del reclutamiento ilícito con los delitos políticos resulta innecesaria:*

Los redactores pretenden excluir toda posibilidad de conceder amnistías o indultos respecto de la conducta punible de reclutamiento ilícito, mediante la prohibición expresa de predicar conexidad entre dicho delito y las conductas punibles consideradas como delitos políticos. Al respecto, la disposición propuesta es innecesaria para la consecución de la finalidad, pues el reclutamiento ilícito constituye un auténtico crimen de guerra que, al igual que las infracciones graves al DIH, debe ser investigado, enjuiciado y sancionado

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-203-05.htm>

⁵ Un ejemplo reciente de la insistencia en ese argumento es la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, examinada por la Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 2013.

por todos los Estados parte que ratificaron los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977⁶.

En la actualidad, el cuerpo normativo que recoge de forma más extensa y detallada el catálogo de conductas que se consideran constitutivas de crímenes de guerra, es el Estatuto de la Corte Penal Internacional que claramente preceptúa que será considerado un crimen de esta naturaleza en el marco de los conflictos armados no internacionales: "reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades" – 8.2.e) viii) ECPI-.

Teniendo claro que el reclutamiento ilícito es un crimen de guerra, a éste se aplican todas los mandatos y restricciones propios del enjuiciamiento de los crímenes internacionales, es decir, se trata de conductas punibles imprescriptibles, frente a las cuales no es posible oponer inmunidad alguna y que son objeto del principio de complementariedad, es decir, todos los Estados están facultados para ejercer jurisdicción sobre estos delitos y, de no hacerlo, se habilita la competencia de la Corte Penal Internacional para adelantar su juicio.

Ahora bien, podría argüirse que lo dicho sólo es predicable de las conductas cometidas de forma generalizada y sistemática, pues el artículo 8º del Estatuto de la CPI señala que "la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes"; de modo que la disposición propuesta sería necesaria para proscribir la conexidad con el delito político de conductas aisladas que no alcanzan a constituir crímenes de guerra.

9

Al respecto, la doctrina indica que el elemento contextual consagrado en el artículo 8.1 únicamente condiciona la competencia de la Corte Penal Internacional y no la definición de los crímenes de guerra, es decir, son también crímenes de guerra las conductas cometidas de forma aislada o asistemática; a diferencia de los crímenes contra la humanidad que sí exigen del señalado elemento contextual para su estructuración.

Así por ejemplo, afirma Díaz Soto en relación con la diferencia entre el crimen internacional de agresión y los crímenes de guerra:

Al respecto, conviene precisar que en el Estatuto de la CPI y, en especial, en la definición de los crímenes de competencia de la Corte, la referencia a un determinado umbral de gravedad se efectúa en los dos sentidos antes indicados, esto es, como elemento esencial de algunos crímenes internacionales o, en otros casos, como requisito o condicionamiento para que la Corte ejerza su competencia sobre un determinado hecho. Así por ejemplo, en tratándose de los crímenes contra la humanidad el Estatuto reconoce como elemento esencial de su definición la existencia de un contexto de violencia, el cual está representado por el desarrollo de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; de modo que sólo las conductas enunciadas en el art. 7º(2) del ECPI que se encuentren incorporadas en

⁶ Instrumentos internacionales ratificados por Colombia mediante la Ley 171 de 1994 y la Ley 5 de 1960.

el señalado contexto de violencia, podrán ser consideradas auténticos crímenes contra la humanidad. En razón de lo expuesto, resulta acertado concluir que la significativa gravedad y magnitud es una condición esencial de los crímenes contra la humanidad y no un simple condicionamiento para que sean enjuiciados por parte de la CPI. Por el contrario, **la configuración de otras categorías de crímenes internacionales, como los crímenes de guerra, no está supeditada a este umbral de gravedad, aun cuando la competencia de la CPI sí lo esté. En efecto, en tratándose de los crímenes de guerra el artículo 8º del Estatuto de la CPI claramente establece “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra *en particular* cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”**

En lo que respecta al crimen de agresión compartimos la opinión de aquellos doctrinantes que a partir del análisis de los trabajos preparatorios del SWGCA consideran que la significativa magnitud y gravedad del acto de agresión, así como su carácter de *violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas*, constituyen elementos del crimen de agresión en los términos del artículo 8 bis del Estatuto de la CPI, y no un mero condicionamiento a la competencia de la Corte. En este punto, coincidimos con AMBOS en cuanto a que la existencia de un umbral alto de gravedad resulta necesaria para evitar la “trivialización” del crimen de agresión, así como que determinadas hipótesis de uso de la fuerza armada, aun cuando no respondan a la legítima defensa ni a la autorización del Consejo de Seguridad, no necesariamente resultan manifiestamente contrarias a la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, no deben ameritar responsabilidad penal.”⁷. [Resaltado fuera de texto].

10

Además de lo anterior, la regulación de la conexidad en una ley ordinaria es completamente contradictoria con el artículo 67 transitorio de la Constitución⁸, agregado al cuerpo normativo mediante el Acto Legislativo 001 de 2012 y declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 577 de 2014. Dicho artículo consagra que una ley estatutaria dispondrá cuáles son los delitos considerados conexos al político. Por lo tanto, semejante determinación tiene reserva de ley estatutaria y no puede ser tramitada mediante el procedimiento de las leyes ordinarias.

En conclusión, la disposición propuesta resulta innecesaria y, por consiguiente, se considera inconveniente.

3.4. *Acerca de la adición de la expresión “o utilice” en la descripción del tipo penal de reclutamiento ilícito*

Consideran los redactores que el artículo 162 del CP supone una omisión legislativa relativa, al no haber consagrado como punible la utilización de menores en desarrollo del conflicto armando en supuestos distintos a su reclutamiento o a la coacción a participar

⁷ José M. DÍAZ SOTO. *Una aproximación al crimen internacional de agresión*. En imprenta.

⁸ Artículo Transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.

directamente en las hostilidades. Al respecto, la H. Corte Constitucional consideró que la referida omisión legislativa era sólo aparente, pues una interpretación sistemática de la disposición conducía a concluir que toda forma de empleo de los menores en las hostilidades, concepto amplio que no sólo comprende el combate armado propiamente dicho, está comprendida en las expresiones “reclutar” o “los obligue a participar en las hostilidades”.

Al respecto, sostuvo el tribunal constitucional en sentencia C-240 de 2009 con ponencia del H. Magistrado Mauricio González Cuervo:

“La existencia de dos normas penales vigentes que propenden simultáneamente por el establecimiento de conductas punibles relacionadas con el reclutamiento y utilización de menores en conflictos armados⁹, sólo puede responder al interés del legislador de asegurar a través de ellas, la tipificación de todas las conductas posibles y ajenas a la protección de los niños y las niñas en tales circunstancias, que han sido reconocidas en el derecho internacional. De ahí que para la Sala, tanto en el derecho interno como en el internacional, lo que se penaliza es que los niños, niñas o adolescentes sirvan (utilización) o tomen parte en esos grupos (participación), con independencia de las tareas que realicen en ellos, toda vez que la participación o utilización directa o indirecta de los menores en el conflicto, se subsume en el concepto de admisión o ingreso de los menores a los grupos armados irregulares, en que el ingreso significa la participación en las actividades del grupo, sin que se especifique si se hace en calidad de combatiente o no, lo que amplía aún más la protección que el derecho internacional plantea para los niños o niñas, ya que cualquier menor que forme parte de los grupos armados, independientemente del tipo de actividades que realice en ellos, esto es que actué directamente en las hostilidades o sirva de correo, mensajero, cocinero, etc., queda protegido por esta disposición. De otra parte y atendiendo a los elementos del delito de reclutamiento ilícito tipificado en los artículos 14 de la Ley 418 de 1997 y 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), la Corte considera que la conducta prohibida por las normas internacionales, de utilización de niños con ocasión de un conflicto armado, esto es, la participación directa o indirecta de los menores en hostilidades o en acciones armadas, aún de manera voluntaria, encaja perfectamente en las hipótesis previstas en los citados preceptos penales, pues el legislador, asegurando el interés superior del menor, penalizó el reclutamiento y la inducción al ingreso de los menores, independientemente de que tales conductas sean producto de una decisión voluntaria del menor o de una acción forzada, ya que tales elementos, ni están en el tipo penal, ni fueron tenidos en cuenta por el Congreso, por lo que no son necesarios para la tipificación del reclutamiento o la inducción referida, además que en la legislación nacional, los menores no tienen capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos, por lo que la voluntad de admisión o ingreso no puede ser considerada un motivo de atipicidad, menos cuando ni siquiera está previsto en la norma. [Resaltado fuera de texto].

11

⁹ Artículos 14 de la ley 418 de 1997 y 162 de la ley 599 de 2000. – Nota fuera de la cita-.

Por lo anterior, para el Consejo Superior de Política Criminal el tipo penal actual de reclutamiento ilícito no excluye ninguno de los verbos rectores internacionalmente reconocidos para esta conducta, de conformidad con el principio de integración de las normas internacionales de derechos humanos que se encuentra previsto en el artículo 2º del Código Penal.

Conclusiones

De acuerdo con lo señalado, el Consejo Superior de Política Criminal considera que la propuesta del **Proyecto de Ley No. 015 de 2015 Cámara** no resulta conveniente. En primer lugar, porque el tipo penal actual de reclutamiento ilícito no excluye ninguno de los verbos rectores internacionalmente reconocidos para esta conducta, de conformidad con el principio de integración de las normas internacionales de derechos humanos que se encuentra previsto en el artículo 2º del Código Penal.

En segundo lugar, el *aumento* punitivo del tipo penal no está suficientemente justificado ni teórica ni empíricamente en la iniciativa, con lo cual no se demuestra cómo dicho cambio punitivo puede generar los efectos de prevención y disuasión pretendidos.

En tercer lugar, el parágrafo 1 tiene como consecuencia la disminución de la protección penal porque la modalidad agravada de reclutamiento ilícito no podría concursar con el tipo penal de esclavitud sexual en persona protegida ni acto o acceso carnal abusivo en persona protegida menor de 14 años.

Por último, la disposición del parágrafo 2, sobre la conexidad con los delitos políticos, es innecesaria por la relevancia internacional del reclutamiento como crimen de guerra y, además, es contradictoria con la regulación del artículo 67 transitorio de la Constitución, el cual establece que una ley estatutaria dispondrá cuáles son los delitos considerados conexos al político.

Elaboro: José Manuel Díaz Soto/Defensoría del Pueblo,
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–
Centro de Investigaciones en Política Criminal Universidad Externado de Colombia

12

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL