

SENTENCIA C-240/09

(Abril 1º; Bogotá D.C.)

RECLUTAMIENTO DE MENORES Y RECLUTAMIENTO ILICITO-Constituyen tipos que aseguran la penalización de las conductas proscritas por la comunidad internacional/**RECLUTAMIENTO DE MENORES Y RECLUTAMIENTO ILICITO**-Tipos penales no vulneran la Constitución ni el bloque de constitucionalidad

La normas penales previstas en los artículos 14 de la Ley 418 de 1997 y 162 de la Ley 599 de 2000, lejos de controvertir los preceptos internacionales en la materia, aseguran la penalización de las conductas proscritas por la comunidad internacional frente al reclutamiento y utilización de menores en los conflictos armados. De hecho aunque los tipos penales no son idénticos a los previstos en el DIH o en DPI, -como no lo son ellos entre sí-, es claro que las conductas que tales disposiciones internacionales pretenden evitar en el concierto del conflicto armado, están previstas en el derecho penal interno. Esta conclusión e interpretación se ve reforzada, con el principio de integración de las normas internacionales de derechos humanos que se encuentra previsto en el artículo 2º del Código Penal actual, por lo que se concluye que ninguna de las normas demandadas adolece de una omisión legislativa relativa violatoria de la Constitución o del bloque de constitucionalidad.

RECLUTAMIENTO ILICITO-Pretermittir la inclusión en los elementos del tipo de la utilización de menores en conflictos armados para participar activamente en hostilidades no constituye omisión legislativa/**RECLUTAMIENTO ILICITO**-Carácter voluntario o forzado de incorporación encajan en la descripción del tipo

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 armados, 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.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL

Teniendo en cuenta el contenido del artículo 44 Superior que suponen para el Estado, la sociedad y la familia, el deber de asistir y proteger a los menores a fin de que logren el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo armónico e integral, al igual que las demás disposiciones constitucionales de protección en la materia, esta Corporación ha considerado en diversas oportunidades que deben resaltarse en favor de los niños y las niñas como elementos relevantes de la protección constitucional dispuesta por la Carta, los siguientes: (1) que sus derechos son fundamentales; (2) que sus derechos son prevalentes; (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos; (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños; (5) Igualmente los infantes y adolescentes en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional, lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar; (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Función hermenéutica

CONFLICTO ARMADO-Situación de los menores de edad

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Concepto/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración

La Corte Constitucional ha entendido que los tratados y convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 superior, integran la Carta Política en la medida en que sus disposiciones tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional. Tales preceptos internacionales complementan la parte dogmática de la Constitución, conformando el llamado bloque de constitucionalidad, que está constituido por aquellas normas y principios que sin aparecer expresamente en el articulado de la Constitución, han sido integrados a ella por diversas vías, incluyendo el reenvío que la misma Carta realiza a través del artículo 93 superior. El bloque de constitucionalidad no solamente está integrado por las normas protectoras de los derechos humanos, sino también en los casos de conflicto interno o externo, por aquellas que componen el llamado Derecho Internacional Humanitario (DIH), por lo que la figura ha logrado conciliar en nuestro sistema jurídico el principio de la supremacía de la Constitución con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados internacionales referidos (art. 93 C.P.), y para que opere la prevalencia de tales instrumentos internacionales en el orden interno, es necesario que se den dos supuestos a la vez: de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Parámetro de control de constitucionalidad

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Instrumentos internacionales que lo conforman que garantizan y reconocen derechos de los niños y las niñas

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en diferentes providencias, que forman parte del bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que garantizan y reconocen derechos humanos en favor de los niños y las niñas. Entre otros, esta Corporación ha señalado los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -integrado a la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968, la Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de

adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (Ley 265 de 1996), la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Ley 74 de 1968- y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de San Salvador", aprobado por Colombia mediante Ley 319 de 1996.

MENORES-Comprende a las personas menores de 18 años

MENOR EN CONFLICTO ARMADO-Prohibición de su reclutamiento y vinculación tanto en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional se establecen directrices que constituyen un importante marco normativo a nivel internacional, que prohíbe el reclutamiento y vinculación de niños y niñas tanto en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados. Para el caso de Colombia, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados y el Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas de trabajo infantil (Ley 704 de 2001) resultan ser instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, que forman parte del Derecho Interno y que incorporan obligaciones para los Estados Parte relacionadas con asegurar la protección de los menores en situación de conflicto armado. Estos instrumentos que forman parte del bloque de constitucionalidad, son disposiciones que garantizan la aplicación de medidas de protección a los niños y niñas menores de 18 años vinculados a los conflictos armados y la adopción por parte del Estado, de disposiciones internas que aseguren el cumplimiento de los compromisos adquiridos en esas normas internacionales vinculantes, en las que se consagra la obligación para los Estados de: (i) Abstenerse de reclutar obligatoriamente en las fuerzas armadas a menores de 18 años salvo el caso del reclutamiento voluntario de personas por debajo de esa edad en el caso de las fuerzas armadas del Estado, bajo la premisa de la presentación de salvaguardias debidas; (ii) prohíbe sin excepción a los grupos armados irregulares, reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años y se propone a los Estados adoptar para el efecto, las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, incluyendo la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas; (iii) consagra como una de las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados, por lo que se estimula a los Estados, a tomar acciones prioritarias para el efecto (Convenio 182 OIT).

**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-
Definición/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-
Aplicación**

El derecho internacional humanitario no es otra cosa que la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados y que como tales constituyen un valioso instrumento jurídico para lograr la efectividad plena del principio de la dignidad humana aún en las más difíciles y hostiles circunstancias, y sus disposiciones se aplican independientemente de si los países se han comprometido o no jurídicamente en la adopción de tales disposiciones, por tratarse de prácticas consuetudinarias de carácter imperativo que responden a presupuestos éticos mínimos y exigibles a todas las partes del conflicto, se trate de un conflicto nacional o internacional.

**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN
CONFLICTO ARMADO-Protección a niños y niñas**

Los niños y las niñas en los conflictos armados se encuentran protegidos por el DIH desde una doble perspectiva: (i) en su calidad de civiles afectados por las hostilidades y (ii) como sujetos vinculados a ellas en conflictos armados internacionales y no internacionales, de acuerdo con los artículos 77 del Protocolo I y al artículo 4º del Protocolo II adicionales a los Convenios de Ginebra, respectivamente, siendo el reclutamiento y la participación de menores de 15 años de edad en los conflictos armados, una conducta prohibida por el DIH. Los Estados Parte se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para sancionar a las personas culpables de infracciones graves contra esos Convenios y se obligan a enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido infracciones graves contra esos tratados o a transferirlos a otro Estado para que los enjuicie, siendo de resaltar que la distinción que las normas del DIH hacen entre niños y adolescentes en lo que respecta al marco de protección particular a los menores de 15 años reclutados o utilizados en el conflicto, no desvirtuaba la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno, dado que el esquema de protección constitucional colombiano cobija a todos los individuos que se encuentran en esa franja cronológica.

ESTATUTO DE ROMA-Constituye una norma convencional que obliga a los Estados firmantes

CORTE PENAL INTERNACIONAL-Propósito fundamental/**CORTE PENAL INTERNACIONAL**-Competencia residual

DERECHO PENAL INTERNACIONAL-Tipifica entre los crímenes de guerra el reclutamiento, alistamiento o utilización de niños en hostilidades

Colombia hace parte del grupo de países que ha ratificado el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional, institución de carácter permanente y con funciones judiciales, que tiene como propósito determinar la responsabilidad penal individual de las personas que hayan cometido graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, por lo que puede investigar y enjuiciar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el de agresión, cuando los Estados Parte no hayan cumplido con su deber de perseguir, juzgar y castigar a los responsables de dichos crímenes dentro de sus respectivas jurisdicciones. El Estatuto de Roma en sí mismo considerado, es una norma convencional de derecho internacional que obliga exclusivamente a los Estados Firmantes, razón por la que sus disposiciones genéricas no pueden considerarse a priori ius cogens, ya que en sentido lógico, las normas exclusivamente convencionales para los Estados no pueden considerarse universalmente imperativas. Sin embargo, tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma sí presentan tal condición, como ocurre por ejemplo con el delito de genocidio. El Estatuto de Roma en su artículo 8 tipifica, entre los crímenes de guerra que implican responsabilidad penal internacional para los individuos que lo cometen, el reclutar, alistar o utilizar menores de 15 años en las hostilidades, y si bien en el Derecho Penal Internacional la conducta objeto de reproche internacional, por ser contraria al DIH, es investigable y enjuiciable por la Corte Penal Internacional por estar tipificada en el Estatuto de Roma, siendo este Tribunal, competente para determinar la responsabilidad penal individual de cualquier ciudadano de cualquier País Parte en el que se cometan tales actuaciones ilícitas, su papel no es el de reemplazar la jurisdicción penal nacional, sino que su competencia en estas materias es residual. Por consiguiente, únicamente puede actuar en los casos en que las jurisdicciones nacionales se hayan abstenido por cualquier causa, de perseguir estos delitos o no hayan podido hacerlo por cualquier razón.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos

Son requisitos de procedencia de las acciones constitucionales por omisiones legislativas relativas, los siguientes: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que el Legislador omitió tal obligación, sin que mediara motivo razonable a pesar de que reguló parcialmente la misma materia; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

OMISION LEGISLATIVA-Clases**OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Significado y alcance**

La omisión legislativa relativa implica que el legislador reguló una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, al omitir una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa a fin de armonizar el precepto con la Carta. Frente a la omisión legislativa relativa, la Corte se ha declarado competente para abocar su conocimiento, por cuanto tienen efectos jurídicos que pueden presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores. En el caso de una omisión relativa, el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa incompleto en su concepción, y que puede ser cotejado con la Carta, por resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso.

MENOR DE EDAD-Carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses

DERECHOS DEL NIÑO-Instrumentos internacionales que se refieren a su protección

RECLUTAMIENTO FORZADO DE MENORES-Características y razones subyacentes

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Edad mínima para el reclutamiento en las fuerzas armadas

MENOR EN CONFLICTO ARMADO INTERNO-Protección reforzada en el Derecho Internacional Humanitario

CONVENIO 182 SOBRE PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL-Proscripción del reclutamiento forzoso de menores

RECLUTAMIENTO Y UTILIZACION DE NIÑOS EN EL CONFLICTO ARMADO-Constituye una violación de los derechos humanos, una infracción del derecho internacional humanitario y un delito internacional

Referencia: expediente D-7411

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, “*Por la cual se consagran unos instrumentos para la*

búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones” y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

Actor:

Guillermo Otálora Lozano

Magistrado Ponente:

Dr. Mauricio González Cuervo

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA:

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Guillermo Otálora Lozano demandó el artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, “*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*” y el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, “*Por la cual se expide el Código Penal*”.

Mediante auto del 4 de septiembre de dos mil ocho (2008), el Magistrado Sustanciador, Dr. Rodrigo Escobar Gil, decidió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia. En la misma providencia, ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Delegación del Comité Internacional de la Cruz Roja en Colombia, a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a la Alianza por la Niñez Colombiana y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario, Javeriana y Nacional de Colombia, para que intervinieran en caso de considerarlo conveniente.

Cumplido el periodo constitucional del Dr. Rodrigo Escobar Gil, el conocimiento de este proceso correspondió al Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Con todo, por decisión de la Sala Plena del 1 de abril de 2009, el proceso fue finalmente repartido al Magistrado Sustanciador Dr. Mauricio González Cuervo para lo de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los juicios de inexecutable, esta Corporación procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. LOS TEXTOS DEMANDADOS.

A continuación se transcriben las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial¹, subrayando los apartes acusados, así:

“LEY 418 DE 1997
(Diciembre 26)

Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.

ARTICULO 14. Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

PARAGRAFO. Los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley, que incorporen a las mismas, menores de dieciocho (18), no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley”.

“LEY 599 DE 2000
(Julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 162. RECLUTAMIENTO ILICITO. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

La vigencia del artículo 14 de la Ley 418 de 1997, fue prorrogada por un término adicional² de cuatro (4) años por el artículo 1 de la Ley 1106 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.490 de 22 de diciembre de 2006.

¹ Diario Oficial No. 43.201 de 26 de diciembre de 1997 (Ley 418 de 1997) y en el Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000 (Ley 599 de 2000).

² En efecto, la **Ley 418 de 1997** en su artículo 131 rezaba originalmente lo siguiente: “*Artículo 131. Esta ley tendrá una vigencia de dos (2) años a partir de la fecha de su promulgación, deroga las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995, así como las disposiciones que le sean contrarias*”. La **Ley 548 de 1999** fue expedida con posterioridad a fin de prorrogar la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y dictar otras disposiciones. Esa ley en el artículo 1º señaló: “*Prorrógase la vigencia de la Ley 418 de 1997 por el término de tres (3) años, contados a partir de la sanción de la presente ley*”. Luego, la **Ley 782 de 2002** prorrogó en una segunda oportunidad la vigencia de la Ley 418 de 1997, estableciendo en su artículo 1º, lo siguiente: “*Prorróguese por el término de cuatro (4) años la vigencia de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 13, 14, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 37, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110,*

III. LA DEMANDA

Según el ciudadano Guillermo Otálora Lozano, las disposiciones acusadas son contrarias a los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, en la medida en que excluyen de la regulación penal el crimen de “*utilizar niños para participar activamente en las hostilidades*”, desconociendo con ello la mayor protección que los preceptos internacionales en la materia garantizan a los derechos de los niños y las niñas, dado que tales enunciados sí reconocen el tipo penal que el actor echa de menos en la legislación interna.

De manera introductoria, el demandante inicia su escrito indicando que en lo concerniente a la participación de los menores en los conflictos armados, el derecho penal internacional consagra tres conductas punibles diferentes: (i) reclutar a niños; (ii) alistarlos y (iii) utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. Bajo tal supuesto, el Estado colombiano está obligado a penalizar el crimen de *utilizar* niños para participar activamente en las hostilidades, independientemente de su consentimiento, y aún si su *utilización* no implica una incorporación formal a las filas de las fuerzas armadas o de un grupo armado ilegal.

Para el libelista, la obligación de incluir ese elemento en la regulación forma parte del bloque de constitucionalidad, ya que de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, las disposiciones internacionales correspondientes prevalecen en el orden interno, imponiendo un límite a la libertad de configuración del legislador que debe sancionar penalmente las conductas punibles que el Estado colombiano se ha comprometido a penalizar conforme al marco internacional respectivo.

Desde esta perspectiva, el actor considera que las disposiciones acusadas desconocen la Carta, ya que incluyen las dos primeras conductas mencionadas, pero omiten la tercera. De hecho, para el accionante, el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 descarta en su totalidad el tercer supuesto, mientras que el artículo 162 del Código Penal sanciona la conducta que consiste en *obligar* a los menores a participar en las hostilidades, lo que “*no cubre todo el espectro de situaciones fácticas que sí cubre el derecho penal internacional, pues requiere que la participación del niño en las hostilidades haya sido obligada, es decir, contra su voluntad*”, cuando “*en el derecho penal*

112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129 y 130 de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999”. Finalmente, la **Ley 1106 de 2006** prorrogó nuevamente “la vigencia de la Ley 418 de 1997, modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 como se explica a continuación: “*Artículo 1º. De la prórroga de la ley. Prorróguese por el término de cuatro (4) años, la vigencia de los artículos: 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 13, 14, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 37, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 54, 55, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 102, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129 y 130 de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002. Prorróguese de igual forma, los artículos: 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43 y 46 de la Ley 782 de 2002*”.

internacional el consentimiento del niño es irrelevante, pues en todo caso está prohibido”.

Tal omisión significa para el actor, en consecuencia, un desconocimiento de la protección especial debida a los niños en el ordenamiento jurídico interno, así como el desconocimiento del artículo 9º de la Constitución Política, que establece que las relaciones internacionales de Colombia se regirán por los principios de derecho internacional por ella aceptados. También una vulneración del artículo 44 superior, que consagra la especial protección para los niños a la que se alude, remitiendo “*a los tratados internacionales ratificados por Colombia*”.

Con base en los anteriores planteamientos el actor esgrime dos cargos de inconstitucionalidad a saber: uno principal, consistente en la existencia de “*una omisión legislativa relativa*” en las dos disposiciones enunciadas y otro subsidiario, dirigido “únicamente contra la expresión *obligar*” contenida en el artículo 162 del Código Penal, que se acusa por las razones previamente expuestas.

Para sustentar estas consideraciones, el demandante alude en primer lugar a los límites a la libertad de configuración del legislador al formular la política criminal del Estado y al tipificar los delitos, indicando que esos límites son negativos cuando al Congreso le está vedado penalizar ciertas conductas y positivos cuando “*bajo ciertas circunstancias, [está] obligado a penalizar otras*”. Enfatiza el libelista que tratándose de los “*crímenes internacionales*”, la acción legislativa tiene límites positivos que provienen de los tratados internacionales y de la costumbre internacional y destaca que la Corte Constitucional ha reconocido que “*la legislación penal ha de estar orientada a cumplir con los estándares mínimos que establecen los tratados internacionales y la costumbre internacional en la materia*”, de modo que tratándose de parámetros mínimos, el Estado no puede “*brindar una protección menor*” a la reconocida en ellos, lo que “*no impide la consagración de un ámbito de mayor protección en el orden interno*”. De este modo, como a su juicio la legislación nacional no se somete a dichos estándares mínimos, es entonces violatoria de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política.

Acto seguido, la demanda hace referencia a la obligación internacional de penalizar el reclutamiento de niños, “*incluyendo su utilización para tomar parte en las hostilidades*”. En ese sentido, el actor destaca la prohibición contenida en los dos Protocolos Adicionales de las Convenciones de Ginebra de 1949, señalando que se trata de una prohibición consuetudinaria que vincula a los Estados, con independencia de la ratificación formal de uno u otro tratado, “*por lo menos en lo que respecta a los niños menores de quince (15) años, aún si algunos tratados, -incluyendo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del Niño, del cual Colombia es parte- han subido la edad a los 18 años*”.

El demandante cita además la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que según su artículo 38-2, los Estados partes deben adoptar “todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades”; obligación que en su criterio se encuentra reforzada por el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados, consideraciones que permiten concluir que “Colombia está obligada a sancionar penalmente cualquier utilización de niños en las hostilidades” y que “esta obligación hace parte del bloque de constitucionalidad”.

La demanda se ocupa, además, de señalar que la utilización de niños en hostilidades, es un crimen que forma parte del derecho internacional consuetudinario. En ese sentido, no sólo se prevé como una obligación para los Estados en cuanto al deber de abstenerse de llevar a cabo dicha actividad, sino que también penaliza esas conductas, estableciendo entonces “una responsabilidad penal internacional en ese ámbito”. Recuerda al respecto que según el preámbulo del Estatuto de Roma, “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y cita como pruebas adicionales del carácter consuetudinario de ese crimen, decisiones de la Corte Especial para Sierra Leona que adujeron que el reclutamiento de niños era ya un crimen internacional, soportado no solo en las diferentes legislaciones internas de los Estados, sino en el Estatuto de Roma y el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño.

El Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, que según informa ya fueron señalados como reglas consuetudinarias, establecen tres conductas diferenciadas sobre el tipo penal al que se alude, y dentro de ellas el crimen de “*utilización para participar activamente en las hostilidades*” como conducta distinta del reclutamiento. La expresión “participar activamente en las hostilidades” además, según señala, de acuerdo con las consideraciones de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, no “sólo significa la participación directa en las hostilidades o actividades de combate en otras palabras, sino que también cubre la participación activa en actividades relacionadas con el combate, tales como reconocimiento, espionaje, sabotaje y el uso de niños como señuelos, correos o en retenes militares”. Otros aspectos, como la utilización de niños o niñas como cocineros, mensajeros, para fines de explotación sexual, operadores de radio, etc., ha sido considerado por algunos doctrinantes como parte de esa “utilización” proscrita, aunque el alcance concreto de la expresión todavía es objeto de debate, no obstante su deber de penalización.

Concluye el demandante que los preceptos acusados contemplan tipos penales relativos al reclutamiento de niños y omiten la conducta que consiste en utilizar niños para participar activamente en las hostilidades y, tras referirse a la doctrina constitucional sobre las omisiones legislativas, considera que las disposiciones demandadas “son inconstitucionales por omisión legislativa relativa”, dado que omiten “uno de los supuestos prohibidos por el derecho internacional, que en este caso prevalece en el orden interno”.

Hace hincapié el actor en que “la acusación se dirige de manera concreta contra dos disposiciones, donde existe una acción del legislador con una omisión en la misma”. Así, el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 fija la pena de prisión por: 1) reclutar a menores para integrar grupos insurgentes o de autodefensa, 2) inducir a menores a integrar grupos insurgentes o de autodefensa, 3) admitir a menores en la integración de grupos insurgentes o de autodefensa, 4) proporcionar entrenamiento militar a menores para la integración de grupos insurgentes o de autodefensa; mientras que el artículo 162 del Código Penal actual, fija pena privativa de la libertad por las siguientes conductas: 1) reclutar menores, 2) obligar a menores a participar directamente en las hostilidades o en acciones armadas y 3) obligar a menores a participar indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, siendo evidente que en ninguna de las disposiciones están comprendidas las conductas de utilización de menores cuando estas ocurren con la voluntad concurrente del niño.

En ese sentido, considera el demandante que en cuanto a las conductas de *utilización*, la persona acusada por los delitos enunciados, “puede válidamente acudir al consentimiento del menor, ya que el verbo rector en estos casos es el de obligar”, lo cual es claramente contrario a las previsiones del derecho penal internacional que excluyen “*de manera absoluta el consentimiento del niño como una defensa válida en estos casos*”.

A juicio del ciudadano Otálora Lozano, la utilización de niños para participar activamente en las hostilidades, como tipo penal internacionalmente reconocido hace parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, es necesario incluirlo dentro del ordenamiento jurídico interno, con el propósito de armonizar su contenido con los preceptos superiores. Sobre el asunto, el demandante manifiesta que aunque el bloque de constitucionalidad no tiene prevalencia automática frente a la legislación nacional, en tanto previamente debe realizarse una armonización con la Carta Política, no existen normas constitucionales que justifiquen la exclusión de la conducta punible referida, antes bien el artículo 44 exige su tipificación.

Como cargo subsidiario, el demandante solicita que se declare inexecutable la expresión “*obligar*” contenida en el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, pues considera inconstitucional “exigir, como un elemento del tipo objetivo, que la participación del niño en las hostilidades haya sido obligada, mientras que el derecho internacional -en tanto parte del bloque de constitucionalidad- tan sólo exige que el niño haya sido utilizado, sin importar si fue obligado o no”, de manera que “deber ser sancionada tanto la utilización con coerción (obligar) como aquella que ocurre con la voluntad concurrente del niño”.

IV. INTERVENCIONES.

1. Comisión Colombiana de Juristas.

Los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, en calidad de Director de la Comisión Colombiana de Juristas, Fátima Esparza en calidad de coordinadora del área de Promoción y Debates y Mauricio Albarracín, en calidad de abogado de la misma área, se pronunciaron sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por el actor, solicitando a la Corte Constitucional “emitir una sentencia integradora que fije efectos e interpretaciones coherentes con las disposiciones del bloque de constitucionalidad”. En efecto, “los tipos penales sobre reclutamiento de niños y niñas contenidos en el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 y en el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, deben entenderse en el sentido de que incluyen la utilización de los niños y niñas en el conflicto armado, como lo establece el derecho internacional”.

Advierten los intervinientes que el bloque de constitucionalidad relevante para el estudio de los preceptos acusados está conformado por disposiciones del derecho internacional humanitario, del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, informan que la conducta consistente en reclutar y utilizar niños en el conflicto armado, es vista en el derecho internacional como una violación de los derechos humanos, así como una infracción al derecho internacional humanitario y como un delito internacional.

Tratándose del Derecho Internacional Humanitario, la protección especial de los menores está consignada en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, mientras que en el Derecho Penal Internacional, uno de los delitos sobre los cuales tiene competencia la Corte Penal Internacional consiste en “*reclutar o alistar niños menores de 15 años en la fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades*”, de modo que los redactores del Estatuto de Roma incluyeron los términos utilización y participación “*con el fin de abarca[r] un amplio número de situaciones de hecho*”.

En cuanto a las normas de derecho internacional de los derechos humanos relacionadas con las conductas proscritas reseñadas, los intervinientes citan la Convención de los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, así como algunas Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que se relacionan con el reclutamiento y la utilización de niños y niñas en los conflictos armados, los Principios de París y las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

En el acápite subsiguiente los intervinientes se refieren a la jurisprudencia constitucional relativa a la vinculación de niños y niñas al conflicto armado e indican que la Corte Constitucional ha reconocido que en el reclutamiento de

niños y niñas, el consentimiento o la autorización del niño o niña, no eximen de responsabilidad penal a los miembros del grupo que hayan permitido su participación en las hostilidades, toda vez que a la luz del derecho penal internacional tal consentimiento es irrelevante y, en términos generales, un niño o niña no tiene capacidad para consentir ni para contraer obligaciones jurídicas, salvo contadas excepciones, máxime cuando el ingreso de menores a grupos armados está condicionado, entre otras razones, por la búsqueda de refugio, recursos económicos y protección.

Asimismo, los intervinientes aluden a la experiencia del conflicto colombiano y a la experiencia comparada relacionada con situaciones de reclutamiento y utilización de niños y niñas – de múltiples formas -, en hostilidades en otros países, situaciones que en su criterio indican que ciertamente los niños y niñas en la práctica, son víctimas de estas circunstancias en los conflictos armados. De esta forma, hacen énfasis en que el legislador y la Corte Constitucional deben garantizar que todos los supuestos de hecho, modalidades y conductas relacionadas con la participación de los niños y niñas en conflictos armados estén debidamente penalizadas para evitar la impunidad.

Como conclusión, la Comisión Colombiana de Juristas considera que la Corte debe armonizar la legislación penal interna con el bloque de constitucionalidad aplicable al caso, puesto que una actuación contraria favorecería la impunidad respecto de la utilización de niños en el conflicto armado y, por lo tanto, ocasionaría un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado Colombiano en la materia. La Comisión Colombiana de Juristas invita, entonces, a la Corporación a interpretar los tipos penales conforme con el bloque de constitucionalidad, la cláusula de favorabilidad en materia penal, la regla *pro infans* y el principio relativo a la integración de los tratados de derechos humanos a la legislación penal, contenido en el artículo 2º de la Ley 599 de 2000, ya que las disposiciones acusadas reducen injustificadamente el ámbito de protección establecido en el derecho internacional humanitario. Deben ser interpretadas entonces en el sentido de que incluyen también la utilización de niñas y niños en el conflicto armado, puesto que la inconstitucionalidad deviene de la ausencia de regulación o de las interpretaciones inconstitucionales que podrían derivarse de los tipos penales acusados.

2. Fundación Grupo Asesor de Derecho Internacional Público (GADIP).

El ciudadano Sebastián Machado Ramírez, miembro del Grupo Asesor de Derecho Internacional Público, solicita en su intervención, acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la omisión legislativa relativa en las disposiciones acusadas o, subsidiariamente, declarar la inexecutable de la palabra “obligar” contenida en el artículo 162 de la Ley 599 de 2000.

Luego de precisar la aptitud de la demanda frente a la estructuración del cargo de omisión legislativa relativa, el interviniente manifiesta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas condena el reclutamiento y uso de niños soldados por las partes de un conflicto armado, en distintas resoluciones³, cuyo cumplimiento es obligatorio para la totalidad de Estados miembros de la ONU.

De otro lado, afirma que lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) respecto del reclutamiento de niños y niñas para combates y su participación activa en el conflicto armado, constituye un precedente constitucional que debe ser respetado, en tanto que, según lo expuesto por esta Corporación, “es claro para la comunidad internacional y para los expertos en el tema que el calificativo de voluntario no se corresponde con la situación material que lleva a los menores de edad a decidir que quieren participar en un grupo armado; en efecto, la opción de un niño de ingresar a estos grupos no es generalmente una decisión libre”.

A juicio del ciudadano, en consecuencia, no existe para la Corte una decisión “voluntaria” de los menores para ingresar a los grupos armados, por lo que se debe entender que en cualquier caso y sin distinción sobre la voluntad, se ha vulnerado con el reclutamiento o utilización de menores el bien jurídico tutelado que se pretende proteger con los tipos penales enunciados. En este caso, la distinción volitiva sirve únicamente para desproteger a los menores que ingresaron de manera “voluntaria” por lo que existe una omisión legislativa relativa en los términos planteados por la demanda.

3. Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia.

Los ciudadanos Hila Beatriz Molano, Julián Andrés Ovalle, Ana María Jiménez, María Clara Melguizo, Daniel Campo Romero y Diana Lucía Gómez, miembros de diferentes organizaciones de la sociedad civil pertenecientes a la *Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia*, solicitaron a la Corte Constitucional que en relación con el cargo de omisión legislativa relativa, se declare la exequibilidad condicionada de las normas acusadas, a fin de que se realice una interpretación armónica del ordenamiento jurídico colombiano, conforme con los tratados internacionales de derechos humanos y DIH, ratificados por nuestro país.

En efecto, entienden los intervinientes que la Convención de Derechos del Niño y el Convenio 182 de la OIT, proscriben la utilización de niños en las hostilidades. En el mismo sentido, en materia penal, el artículo 8 del Estatuto

³ Resolución 1612 de 2005 y 1534 de 2004, entre otras.

de Roma tipifica como crimen de guerra, “reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o *utilizarlos* para participar activamente en hostilidades”. Igualmente, en cuanto al Derecho Internacional Humanitario, varias disposiciones prohíben la vinculación de la niñez como población civil en las hostilidades. De hecho los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, ratificados por Colombia, establecen la protección especial de los niños y las niñas en los conflictos armados de carácter internacional e internos, dentro de los que se destaca el artículo 24 del Convenio IV sobre Protección de Personas Civiles en tiempos de guerra, el artículo tercero común a los cuatro convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales I y II de dichos Convenios.

Luego de expresar diferentes consideraciones sobre la situación particular de los niños y niñas en el conflicto armado colombiano según informes de las Naciones Unidas y UNICEF, afirman los intervinientes que desde el punto de vista normativo, coinciden con el actor en que las disposiciones penales demandadas no establecen de manera expresa en su texto el término “utilización” conforme a los estándares internacionales en la materia. Por el contrario, se limitan a hablar de “reclutamiento” de niños y niñas, dejando de lado el uso como una conducta importante que determina la comisión de un crimen de guerra, en cuanto al reclutamiento de menores de edad.

Ahora bien, en cuanto a la palabra “obligar” contenida en el artículo 162 del Código Penal, los intervinientes consideran que se trata de una expresión inconstitucional, ya que excluye de manera absoluta el consentimiento del niño o niña vinculado a las hostilidades, y por esa vía permiten una defensa válida frente a actuaciones consideradas ajenas a la niñez en el derecho internacional. Por consiguiente, siguiendo la línea fijada por la sentencia C-203 de 2005, consideran que la Corte debe recordar que los niños y niñas vinculados al conflicto son víctimas del delito de reclutamiento, razón por la cual el sujeto activo del crimen no puede excusarse en que la incorporación fue voluntaria y el Estado debe hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes permitieron su ingreso al grupo armado.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan que se interpreten las disposiciones penales anteriores, atendiendo los parámetros del bloque de constitucionalidad y el interés superior del menor.

4. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

El Representante Adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, presentó ante esta Corporación una relación importante de los instrumentos internacionales que establecen obligaciones y adoptan estándares de protección de la niñez en conflictos armados.

De esta forma, luego de realizar un recuento sobre las normas de derecho internacional que regulan el tema de la participación de los niños en hostilidades, concluyó el interviniente que tales disposiciones en su conjunto, prohíben: (a) reclutar forzosamente a los niños y las niñas; (b) permitir el alistamiento voluntario en sus filas de niños y niñas; (c) forzar o permitir la participación directa en hostilidades a niños y niñas y (d) utilizar a los niños y niñas no solamente para participar directamente en las hostilidades, sino también para otras funciones esenciales de apoyo a la actividad armada (vgr. espías, cocineros, etc.). De esta forma, la aparente o cierta voluntariedad o consentimiento de los menores, es irrelevante para la prohibición de la conducta y, en tal sentido, no constituye justificación ni defensa para las partes del conflicto que incurren en esas conductas.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, Dr. Edgardo Maya Villazón, en su concepto de rigor, solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de los preceptos demandados, *“bajo el entendido que la participación de menores de 18 años en las hostilidades o en acciones armadas es, en todos los casos, forzada”*.

En efecto el Jefe del Ministerio Público inició su intervención recordando el “marco jurídico nacional e internacional de protección de los niños en situaciones de conflicto armado” y para el efecto recordó los derechos establecidos en el artículo 44 de la Constitución y las razones que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional justifican la protección especial de los menores como población vulnerable.

En cuanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Vista Fiscal cita como régimen pertinente, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de los Niños relativo a su participación en el conflicto armado, varias Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU que condicionan el reclutamiento y la utilización de niños y niñas en hostilidades, los Compromisos y Principios de París y los Convenios 138 y 182 de la Organización Internacional del Trabajo, ambos referentes en su orden, a la edad mínima de admisión al empleo y a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.

En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, el Procurador General de la Nación destaca la referencia al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, así como a los Protocolos Adicionales a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Finalmente en cuanto al Derecho Penal Internacional, resalta

la Vista Fiscal la relevancia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, recordando que los delegados acordaron que los términos “utilizar” y “participar” serían expresiones que prohibirían no sólo la participación directa de los niños en combate, sino también la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como el rastreo, el espionaje, el sabotaje y la utilización de los niños y niñas como señuelos, correos o en puestos de control militar. También señala que se prohíbe la utilización directa de los niños en funciones de apoyo “directo”, como puede ser por ejemplo, el transporte de víveres al frente. El estatuto considera además la esclavitud sexual como un crimen de lesa humanidad (art. 7(1)(g)). El Tratado entró en vigor el 1º de julio de 2002.

Analizado el marco internacional de protección a los niños en situaciones de conflicto armado, la vista fiscal afirma “que resulta imperativo [concluir], en virtud de la Constitución Política y de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato, que el Estado Colombiano está obligado a adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad plena de sus derechos dentro de un marco de paz y seguridad, en procura de lograr su desarrollo integral y su armónica inserción en la vida social, más aún en situaciones de conflicto armado, donde sus necesidades, expectativas, prerrogativas e intereses se ven especialmente amenazados por la violencia”.

Así mismo, en materia de la protección especial de los niños y niñas en el contexto de la guerra y la prohibición de su participación en las hostilidades, el Procurador General de la Nación destaca que el Derecho Internacional Humanitario “es parte integrante de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades”. De esta forma, hace un recuento de las disposiciones contenidas en el IV Convenio de Ginebra y en los Protocolos I y II, para concluir que aún cuando el derecho internacional humanitario “preceptúa que las partes en conflicto armado deben tomar todas las medidas posibles, en la práctica, para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades”, esta edad fue elevada por el artículo 162 del Código Penal colombiano que amplió “aquel estándar de protección”, finalmente superado “por el derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la entrada en vigencia del protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a su participación en el conflicto armado, que estableció que los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben, ‘en ninguna circunstancia’, utilizar en las hostilidades ‘a menores de 18 años’, siendo este el estándar de protección aplicable en todos los casos, en virtud del principio *pro homine*”.

Aclara más adelante, además, que nacional e internacionalmente está prohibida tanto la participación directa como la indirecta de los niños en las “hostilidades y acciones armadas” en sentido general, “y no en el conflicto armado en sentido estricto”.

El Jefe del Ministerio Público explica que “la participación directa en las hostilidades implica un nexo causal entre la actividad ejercida y los daños infligidos al enemigo en el momento en que se ejerce esta actividad y en el lugar donde se ejerce”, de manera que se trata de “actos de guerra que, por su carácter u objetivo, tienen por fin causar concretamente estragos en el personal y el material de las fuerzas armadas contrarias”, mientras que “todas las demás formas de participación, como la búsqueda y transmisión de información militar, el transporte de armas y municiones, el abastecimiento, la propaganda, etc., se entienden como indirectas, que son las que a menudo se encargan a los niños, debido a que, por su tamaño, son menos detectables y, por consiguiente, más eficaces que los adultos”.

Dada la dificultad que en la práctica existe para distinguir claramente entre la participación directa y la indirecta, el Procurador afirma que es importante prohibir aún las actividades indirectas y, acto seguido, destaca que los actos de hostilidad son “actos de guerra que por su índole o finalidad están destinados a atacar al personal y al material de las fuerzas armadas del adversario”, de modo que “ese término no sólo abarca el tiempo durante el cual el civil utiliza un arma sino también, por ejemplo, el tiempo durante el cual la porta, así como las situaciones en que el civil comete actos hostiles sin usar un arma”.

Con base en los anteriores criterios sostiene el Procurador “que lo que debe prohibirse es la participación en las hostilidades, sin que ello signifique, en términos no jurídicos, que el niño puede participar en los conflictos armados, sino que se censura su vinculación a cualquier acto de guerra, lo que amplía su espectro de protección si se tiene en cuenta que en los conflictos armados internacionales es posible que se dé lugar a muy pocas hostilidades, ya que generalmente estos transcurren entre periodos de hostilidades y de tregua”.

Añade el Jefe del Ministerio Público que “la participación de menores de 18 años en las hostilidades es contraria al interés superior de los niños” y que es “necesario prohibirla tanto cuando es voluntaria como cuando es forzada”. En apoyo de esta afirmación, la vista fiscal presenta un recuento del creciente número de niños que participan en las hostilidades, del sufrimiento que esa participación les causa, de los desequilibrios psicológicos o psíquicos y de las heridas físicas que padecen a causa de su participación en las hostilidades y complementa ese recuento con una mención de la mayor propensión de los niños a cometer atrocidades, ya que su falta de madurez les impide percatarse de las consecuencias de sus actos, cuestión especialmente cierta “cuando el niño se encuentra bajo los efectos de las drogas, convirtiéndose así en un peligro para sí y para la población civil en general”.

Llama la atención el señor Procurador acerca de la difícil reinserción a la vida civil de los niños comprometidos en las hostilidades, de los recursos financieros y humanos que se requieren para producir esta reinserción y, con base en todos estos datos, deduce que es apremiante revertir la situación de los

niños combatientes “para permitirles vivir libres de la violencia, con la posibilidad real de disfrutar del pleno goce y ejercicio de todos sus derechos fundamentales y de todas las oportunidades y beneficios de la vida social”.

El Jefe del Ministerio Público pone de manifiesto que el marco jurídico internacional de protección de los niños es cada vez más “robusto”, a tal punto que en su defensa, existen conductas proscritas como crímenes de guerra y esas conductas “*configuran obligaciones convencionales y consuetudinarias para los Estados*” que, en consecuencia, “tienen el deber de adoptar medidas en su derecho nacional para investigarlas, juzgarlas y sancionarlas”. El Procurador precisa que esas conductas son el reclutamiento o alistamiento ilícito de niños en grupos armados y su utilización para participar en las hostilidades, y agrega que la primera “se encuentra perfectamente incorporada al ordenamiento jurídico nacional en los términos de las dos disposiciones demandadas, en tanto que la segunda se encuentra apenas parcialmente integrada al mismo en los términos del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, en la medida en que su texto consagra un requisito para su efectividad, no contemplado en las normas internacionales aplicables, cual es que la participación de los niños en las hostilidades sea ‘obligada’, es decir, en contra de su voluntad”.

El Procurador General considera que mientras el estándar internacional de protección vigente al respecto consiste en que los menores de 18 años no deben participar directa ni indirectamente en las hostilidades por ningún concepto, el estándar nacional es restrictivo, al excluir del ámbito punitivo aquellas hipótesis en que los niños y las niñas consienten en hacerlo; proceder que resulta arbitrario, como quiera que no tiene en cuenta que los menores son sujetos de especial protección para el derecho internacional de los derechos humanos, para el derecho internacional humanitario y para el derecho penal internacional, por cuanto se estima que su voluntad está condicionada por elementos de tipo económico, cultural, familiar y social que vician su consentimiento.

En tal sentido, la Vista Fiscal concluye que el legislador incurrió en inconstitucionalidad por omisión relativa en la tipificación de las conductas punibles referentes a la participación de los menores de 18 años en hostilidades, puesto que excluyó de tal tipificación a los niños que participen voluntariamente en ellas, desconociendo los mandatos positivos y consuetudinarios que rigen la materia. Por tal motivo, solicita a la Corte Constitucional que profiera una sentencia integradora en la que disponga que la participación de menores de 18 años en conflictos armados no puede ser en ningún caso, voluntaria.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir la presente acción, según lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución Política, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2067 de 1991.

2. Problema Jurídico.

2.1. La Corte Constitucional debe determinar en el presente caso, si en la tipificación de los delitos consagrados en los artículos acusados relacionados con el reclutamiento ilícito de niños y niñas, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, (i) al no incluir dentro de las conductas sujetas a sanción penal la *utilización* de menores en hostilidades o en acciones armadas y (ii) condicionar dicha *utilización* a que la vinculación de los niños y niñas sea *obligada*, excluyendo con ello la penalización de la participación voluntaria de menores en los grupos armados. A juicio del ciudadano, los artículos 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997 y el 162 de la Ley 599 de 2000, incurren en tal omisión, al reducir la protección que se debe garantizar a niños y niñas en tales circunstancias, ya que las normas internacionales en la materia sí proscriben la *utilización* de menores en conflictos armados, independientemente de si la vinculación de los niños ha sido *voluntaria o no*. Para el actor, ello es contrario al bloque de constitucionalidad y ajeno a la protección de los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 de la Constitución. En consecuencia, tanto el demandante como los diferentes intervinientes y la Vista Fiscal, solicitan a la Corte Constitucional ajustar las disposiciones atacadas a la normativa internacional, para así asegurar en estas materias la protección mínima exigible con respecto al reclutamiento y participación de niños y niñas en los conflictos armados.

2.2. Para dar una respuesta judicial pertinente a las afirmaciones contra la constitucionalidad de las disposiciones enunciadas, esta Corporación analizará a continuación los siguientes temas relevantes: (i) La protección de los niños y niñas en el derecho constitucional colombiano. (ii) La protección de los niños y niñas vinculados a los conflictos armados en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia. (iii) El marco legal de protección a los niños y niñas participantes en las hostilidades en el derecho interno. (iv) Las características generales de la omisión legislativa relativa propuesta por el demandante y su alcance, y (v) finalmente, el sentido de los artículos penales acusados, a fin de establecer si existe la omisión legislativa a la que se alude, por desconocimiento del bloque de constitucionalidad y del artículo 44 superior.

3. Las garantías de los niños y las niñas en el derecho constitucional colombiano.

Los derechos de los menores en el conflicto armado y la acción punitiva del Estado en la persecución y sanción de las conductas ilícitas relacionadas con el reclutamiento y utilización de niños y niñas en las hostilidades, constituyen el marco teórico del presente análisis constitucional. La Corte Constitucional de manera introductoria, revisará los principios constitucionales pertinentes respecto de la protección de los niños y niñas, a fin de perfilar las bases jurídicas que deben orientar en general la labor de las autoridades legislativas.

3.1. Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional y el principio del interés superior del menor.

3.1.1. La Constitución de 1991, estructurada sobre la noción del Estado social y democrático de derecho, concede una protección integral al menor, fundada en unos principios y garantías constitucionales establecidas para todos los niños y niñas, los cuáles promueven el respeto por su dignidad humana y por sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, la salud, la seguridad social, la nacionalidad, etc.⁴. Tales derechos consagrados en el artículo 44 de la Carta, suponen para el Estado, la sociedad y la familia, el deber de asistir y proteger a los menores a fin de que logren el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo armónico e integral⁵.

Teniendo en cuenta entonces el contenido del artículo 44 Superior y de las demás disposiciones constitucionales de protección en la materia, esta Corporación ha considerado en diversas oportunidades que deben resaltarse en favor de los niños y las niñas como elementos relevantes de la protección constitucional dispuesta por la Carta, los siguientes: (1) que sus derechos son *fundamentales*, lo que supone una protección reforzada constitucional y el acceso a la garantía inmediata de la acción de tutela para la protección de sus derechos; (2) que sus derechos son *prevalentes*, lo que supone hermenéuticamente, que “*en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos*”⁶ prevalezcan los derechos de los menores. A su vez, (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos⁷. Ello supone un compromiso constitucional en la

⁴ Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Artículo 44 C.P.: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. //La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. //Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

⁶ Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería

⁷ Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería

persecución y eliminación de dichas conductas en contra de los niños. (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños. Por lo tanto, tal como lo indica el artículo 44 de la Constitución, los niños gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte⁸ (5) Igualmente los infantes y adolescentes⁹ en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional (art. 44 C.P.); lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar. Finalmente, (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años¹⁰.

Son razones de la especial protección constitucional de los niños y a los adolescentes reconocidas en la Carta, las siguientes según la jurisprudencia de esta Corporación:

“i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”.¹¹

En ese sentido, compete al Estado a través de su legislación interna, establecer medidas y mecanismos para que dichos fines constitucionales puedan ser eficazmente cumplidos (Art. 2º C.P.).

3.1.2. La Corte Constitucional también ha señalado que la prevalencia de los derechos de los niños, es desarrollo del principio del *interés superior del menor* consagrado en el mismo artículo 44 Superior al disponer que “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”. Este principio, contenido en el numeral 1º del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, reza lo siguiente: “1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos*

⁸ Sentencia C-157 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Para el caso de los adolescentes, el artículo 45 superior reconoce su derecho a la protección y a una formación integral. Ahora bien, la distinción entre niño y adolescente consagrada en la Carta, no excluye a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino que pretende hacerlos más participativos respecto de las decisiones que le conciernen, como lo manifestó en sentencia C-092 de 2002.

¹⁰ Ver también sentencias T-415 y T-727 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Sentencia C- 318 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería.

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".¹²

Es por esto que el principio que se describe fija una garantía constitucional consistente en asegurar el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor¹³. Por ende, las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, quedan limitadas a orientar todas sus decisiones según los derechos de los niños y el principio del interés superior, de forma tal que éste último "*cumple una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño*"¹⁴. En ejercicio de tal función hermenéutica, resulta innegable que el interés superior del menor constituye la finalidad de toda política pública pertinente y se erige en referente teleológico de toda decisión de autoridad que implique la preservación de los derechos de los niños¹⁵.

No obstante, según lo determinó la Corte en la providencia T-510 de 2003¹⁶, "para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, deben atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–". Las autoridades encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan entonces con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés¹⁷.

3.1.3. Dada la vulnerabilidad de los menores frente al conflicto armado, su condición de víctimas exige asegurar para ellos el respeto por sus derechos fundamentales y una toma de decisiones que garantice el interés superior del menor. Como lo señaló la sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda), "*la participación del menor en el conflicto armado, no justifica dejar de aplicar los criterios [constitucionales] mencionados*". Los principios descritos tienen, pues, una importancia significativa en el tratamiento constitucional de la responsabilidad penal de los infractores de sus derechos¹⁸.

¹² La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño. Así en la Declaración de Ginebra de 1924 se estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor, con frases como "los niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ver Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ Sentencia T- 408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁴ Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵ Sentencia C-157 de 2007. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ Sentencia C-205 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸ Cfr. Sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

3.2. El bloque de constitucionalidad: reflexiones generales sobre esa figura en la protección de los niños y las niñas vinculados a los conflictos armados.

3.2.1. La Corte Constitucional ha entendido que los tratados y convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 superior¹⁹, integran la Carta Política en la medida en que sus disposiciones tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional²⁰.

Tales preceptos internacionales en consecuencia, complementan la parte dogmática de la Constitución, conformando el llamado *bloque de constitucionalidad*; que está constituido por aquellas normas y principios que sin aparecer expresamente en el articulado de la Constitución, han sido integrados a ella por diversas vías, incluyendo el reenvío que la misma Carta realiza a través del artículo 93 superior²¹.

La Constitución, de este modo, reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios de derechos humanos debidamente ratificados por Colombia (art. 93), entre los que se incluyen los relacionados con la protección de la niñez. En ese sentido, el bloque de constitucionalidad no solamente está integrado por las normas protectoras de los derechos humanos, sino también en los casos de conflicto interno o externo, por aquellas que componen el llamado Derecho Internacional Humanitario (DIH)²², por lo que la figura ha logrado conciliar en nuestro sistema jurídico el principio de la supremacía de la Constitución (art. 4) con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados internacionales referidos (art. 93 C.P.).

Ahora bien, para que opere la prevalencia de tales instrumentos internacionales en el orden interno²³, *“es necesario que se den dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”*²⁴. Las reglas del Derecho Internacional Humanitario, tienen plena vigencia durante los denominados Estados de Excepción (Art. 214-2)²⁵.

¹⁹ El artículo 93 superior reza lo siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. //Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

²⁰ Cfr. Sentencia SU 256 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández.

²¹ Cfr. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Cfr. Sentencia SU 256 de 1999 José Gregorio Hernández.

²³ Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ Sentencia C-295 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz

²⁵ Las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional. La sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, resalta que ello significa, ni mas ni menos, “que las reglas del Derecho Internacional Humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias *per se*, sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala significativamente la propia Carta”.

Así las cosas, los instrumentos internacionales a los que se hace referencia en el artículo 93 de la Norma Superior y que forman parte del bloque de constitucionalidad, resultan ser, en consecuencia, junto con las demás normas presentes en la Carta Política, parámetros del control de constitucionalidad de las leyes.

3.2.2. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en diferentes providencias, que forman parte del bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que garantizan y reconocen derechos humanos en favor de los niños y las niñas. Entre otros, esta Corporación ha señalado los siguientes instrumentos internacionales: (i) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en su artículo 25-2 que la *“maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”* y que *“todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*²⁶. (ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –integrado a la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968-, que establece en su artículo 24 que todos los niños tienen *“derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*²⁷. (iii) La Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992, al reconocer que, por sus condiciones particulares, el niño es un ser humano en estado de inmadurez física y mental que necesita *“protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*²⁸. (iv) El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (Ley 265 de 1996), la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹ –Ley 74 de 1968- y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales *“protocolo de San Salvador”*, aprobado por Colombia mediante Ley 319 de 1996³⁰.

²⁶ Según la sentencia C-157 de 2007. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

²⁷ Según la sentencia C-157 de 2007. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Ver la sentencia C-203 de 2005.

²⁸ Sentencia C-157 de 2007. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁹ “Art. 10. Num 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

³⁰ “ART. 16. Derecho de la niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer el amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”

3.2.3. En el mismo sentido, la pertenencia del Derecho Internacional Humanitario (DIH) al bloque de constitucionalidad, fue reconocida por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que se dijo lo siguiente:

“Los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que "las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados"³¹.

“En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional, un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)".³²

3.2.4. En desarrollo de estas consideraciones, y con el fin de analizar los cargos de la demanda con relación a la presunta violación del bloque de constitucionalidad, se recuerda entonces que las disposiciones internacionales que forman parte de él resultan ser parámetros de constitucionalidad para las leyes domésticas. En consecuencia, revisará la Sala a continuación, los compromisos asumidos por Colombia a nivel internacional, con relación a la especial protección de los menores participantes en los conflictos armados.

4. La protección de los niños y niñas vinculados a conflictos armados en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Existe un importante marco normativo a nivel internacional, que prohíbe el reclutamiento y vinculación de niños y niñas tanto en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados. La Corte Constitucional revisará a continuación, las directrices establecidas en el Derecho

³¹ Sentencia C-179/94. MP Carlos Gaviria Díaz.

³² Cfr. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Internacional de los Derechos Humanos, el DIH y el Derecho Penal Internacional en la materia.

4.1. Garantías y prohibiciones establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en cuanto al reclutamiento y participación de los menores en conflictos armados.

4.1.1. La vinculación de menores en los conflictos armados, supone para ellos una amenaza cierta a sus derechos a la vida, integridad, libertad y educación, entre otros. Los niños y las niñas reclutados y utilizados para la guerra, además de ser separados prontamente de sus familias, se ven expuestos al manejo de armas y explosivos; a la práctica de homicidios y secuestros; al abuso sexual, la tortura y el maltrato, así como a todos los demás aspectos perversos de las hostilidades. La degradación del conflicto armado colombiano ha ocasionado que un grupo numeroso de niños, niñas y jóvenes se vean involucrados en ese ambiente hostil, en ese escenario aterrador, ya sea como víctimas de ataques indiscriminados en donde hay masacres, genocidios, mutilaciones, desplazamiento, hambre, pobreza y una triste situación de desprotección, o sea participando activamente en ellos, cuando se vinculan a los grupos armados ilegales³³. Como es lógico, estas situaciones afectan significativamente su desarrollo armónico e integral, a la par que dificultan su integración activa en la sociedad.

En ese sentido, los Estados que en el ordenamiento internacional de los Derechos Humanos se han comprometido a la protección de los menores, tienen obligaciones relacionadas con la prevención y garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en las diversas situaciones que se les presentan, incluyendo el caso de conflictos armados. De hecho, los niños y las niñas resultan ser titulares de todos los derechos humanos garantizados en los instrumentos internacionales correspondientes, no sólo en tiempo de paz, sino también en las hostilidades.

4.1.2. La *Convención Americana de Derechos Humanos* ha señalado según el artículo 19 de ese instrumento, que todo “*niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”³⁴. La *Convención sobre los Derechos del Niño*, a su vez, ha establecido que los Estados Parte tienen el deber de adoptar “*todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un*

³³ Cfr. Sentencia C-172 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁴ La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 2º reza en cuanto al deber de los Estados de protección de los derechos consagrados en ella, lo siguiente: “**Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”³⁵ (Art. 19).

A ese respecto se recuerda que según el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño se entiende por *menor*, toda persona con una edad inferior a los “*dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*” (Art. 1º). Por lo tanto, los compromisos suscritos en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en la materia, le exigen a los Estados la adopción de mecanismos jurídicos idóneos que propugnen por la efectividad de los derechos de los niños y niñas en sus respectivas jurisdicciones³⁶, y la adopción de decisiones en los niveles domésticos que aseguren su bienestar y consulten el interés superior del menor³⁷.

4.1.3. En cuanto a la protección concreta relacionada con los niños y niñas vinculados a los conflictos armados, el artículo 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala genéricamente que los “*Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar*” (Art. 36). En lo que respecta al reclutamiento y participación de los menores por la fuerza pública o grupos armados irregulares, la Convención que se cita consagra el deber de los países firmantes de: (i) respetar los preceptos del DIH; (ii) prevenir la participación de los menores en hostilidades; (iii) no reclutar menores de 15 años en las fuerzas armadas estatales y (iv) promover la reintegración social de los niños que participen en conflictos armados. En ese sentido, los artículos 38 y 39 de la Convención que se cita, consagran las siguientes premisas:

“Artículo 38.

³⁵ El **artículo 19** de la Convención sobre los Derechos del Niño reza lo siguiente: // “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. //2. Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

³⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño en su **artículo 4**, consagra lo siguiente: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. (Subrayas fuera del original).

³⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño, **artículo 3**, señala al respecto lo siguiente: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. // 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)” (Subrayas fuera del original).

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. (Subrayas fuera del texto original).

4.1.4. En los últimos años, sin embargo, se ha reforzado la protección de los menores frente a su reclutamiento y participación en grupos armados regulares o irregulares, en el marco jurídico internacional. En el tema de la edad, por ejemplo, se ha extendido la obligación estatal de prohibición del reclutamiento de niños en el marco de los derechos humanos, hasta los 18 años de edad.

En efecto, se destaca que ante la aceptación de la indiscutible vulnerabilidad de niños y niñas en situaciones de conflicto armado y el creciente reconocimiento de que el reclutamiento y participación de menores de 18 años en las hostilidades afecta sus derechos más preciados, la UNICEF y el Grupo de Trabajo de Organizaciones no Gubernamentales para la Convención sobre Derechos del Niño, propuso en 1997 algunas estrategias para poner fin al reclutamiento infantil. El objetivo de esa reunión multilateral en ese momento, fue contar con expertos que permitieran elaborar estrategias de prevención del reclutamiento de los niños y niñas menores de 18 años y proponer medidas para su desmovilización y reintegración en la sociedad. El resultado de esas discusiones, fue la llamada *Declaración de Principios de la Ciudad del Cabo (Sudáfrica)*, que recomendó a los gobiernos y a la comunidad internacional en general, -sin tratarse de disposiciones vinculantes en estricto sentido-, tomar medidas adecuadas para poner fin a esa forma de violación de los derechos de la infancia³⁸.

³⁸ Principios de Ciudad del Cabo sobre la prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños soldados en África (Ciudad del Cabo, 27 al 30 de abril de 1997). http://www.unicef.org/spanish/emerg/index_childsoldiers.html .

Uno de los elementos relevantes de esa discusión, fue la caracterización técnica del concepto de "*niño soldado*", en la que se concluyó que podía definirse bajo tal apelativo a toda persona menor de 18 años que forme parte de cualquier fuerza o grupo armado regular o irregular, con independencia de las labores que desempeñe, esto es, de que realice labores como cocinero, recadero o mensajero, etc. Se incluyó también en esa categoría a las niñas reclutadas con fines sexuales u obligadas al matrimonio, por lo que la definición no incluye sólo a los menores de edad que porten o hayan portado armas. A su vez, en cuanto a la definición técnica del concepto de *reclutamiento*, en esta Declaración se estimó que ese concepto podía incluir la *vinculación obligatoria* (fuerzas militares), *forzada* o *voluntaria* de los menores, a grupos armados legales o ilegales³⁹.

4.1.5. Posteriormente, como corolario de las inquietudes anteriores sobre el tema del reclutamiento infantil, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2000 propuso la suscripción del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados*, que entró en vigencia para Colombia el 25 de mayo de 2005⁴⁰.

La protección a la que alude este instrumento internacional propende por hacer efectivo el principio relacionado con la garantía del interés superior del menor, impulsando, en primer lugar, (i) el aumento en la edad mínima para el reclutamiento *obligatorio* por parte de las fuerzas armadas de los Estados, a los 18 años⁴¹. En segundo lugar, (ii) autoriza el reclutamiento *voluntario* en las fuerzas armadas de los países miembros, a menores de 18 años, pero establece medidas de salvaguardia que garanticen que el reclutamiento será efectivamente voluntario⁴² por parte de los Estados Parte. Y (iii) prohíbe *sin excepción alguna*, el reclutamiento y utilización de menores de 18 años en conflictos bélicos por los grupos armados no estatales, resaltando el compromiso de los países de velar porque ello no ocurra en sus respectivas jurisdicciones. Así las cosas, el Protocolo acepta que la vinculación de los niños y niñas en hostilidades genera un efecto pernicioso en el ejercicio de sus derechos, por lo que eleva en general la edad mínima para el reclutamiento de personas establecida en artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño previamente citado, a los 18 años; circunstancia que evita que se trate de una mera consideración propositiva y resulte ser a partir de este Protocolo,

³⁹ Traducción no oficial. La definición en inglés es la siguiente: "Child soldier' in this document is any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms. (...) 'Recruitment' includes compulsory, forced and voluntary recruitment into any kind of regular or irregular armed force or armed group".

⁴⁰ Este texto fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000 y entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

⁴¹ El artículo 2º del Protocolo Facultativo reza lo siguiente: "Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años".

⁴² Artículo 3 del Protocolo Facultativo.

una obligación vinculante para los Estados Parte. Las normas relevantes del instrumento internacional en este tema, son las siguientes:

Artículo 1.

Los Estados parte adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años, participe directamente en las hostilidades.

Artículo 4.

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben **en ninguna circunstancia reclutar o utilizar** en hostilidades a *menores de 18 años*.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.

3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

Artículo 5.

Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará de manera que impida la aplicación de los preceptos del ordenamiento de un Estado Parte, de instrumentos internacionales o del derecho humanitario internacional cuando esos preceptos sean más propicios a la realización de los derechos del niño.

Artículo 6

1. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las disposiciones del presente Protocolo dentro de su jurisdicción.

(...)

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con el presente Protocolo sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo. De ser necesario, los Estados Partes prestarán a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social.” (Subrayas fuera del original).

4.1.6. Ahora bien, con respecto a los distintos alcances que se le han dado a las expresiones consagradas en las disposiciones anteriores del Protocolo Facultativo mencionado, la UNICEF, en un texto denominado “Guía del Protocolo Facultativo sobre la Participación de niños y niñas en conflictos armados”⁴³, reconoce por ejemplo, en cuanto a la interpretación del concepto de “*participación directa en las hostilidades*”, lo siguiente:

[A]unque se llegó a un acuerdo para incluir en el texto final la frase “participación directa en las hostilidades”, ni el Protocolo Facultativo ni sus *travaux préparatoires* (documentos preparatorios) proporcionan ninguna orientación sobre la definición de “participación directa en las hostilidades”, ni definen la diferencia entre participación “directa” e “indirecta”.

Es posible interpretar la participación directa no sólo como una participación activa en el combate sino también en actividades militares y funciones directas de apoyo. Estas

⁴³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Nueva York. Mayo de 2004. Tomado de: <http://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANISHnw.pdf> Julio de 2009.

funciones podrían incluir tareas de reconocimiento, espionaje, sabotaje y participación como blancos ficticios, correos, portadores, cocineros o asistentes en puestos de vigilancia militares. También podría incluir la utilización de niñas para actividades sexuales o casarlas por la fuerza.

Esta definición amplia de niños y niñas soldado se refleja en la definición de “niño soldado” empleada en los Principios de Ciudad del Cabo”, cuyo objetivo es evitar la utilización de niños y niñas soldados así como fomentar el desarme, la desmovilización y la reintegración. Esta definición se emplea por motivos programáticos y no es una definición jurídica. Los Principios de la Ciudad del Cabo, aprobados en una conferencia internacional sobre niños y niñas soldados celebrada en Sudáfrica en 1997, han sido ampliamente aceptados por entidades dedicadas a la protección de la infancia, organizaciones no gubernamentales y organismos de las Naciones Unidas, entre ellos la UNICEF y el Banco Mundial.

La definición de “Niño soldado” aprobada dice lo siguiente: (...). Por lo tanto, “niño soldado” no solamente se refiere a un niño o una niña que porta o ha portado armas. La definición es intencionalmente amplia para que la protección abarque a la mayor cantidad posible de niños y niñas, y asegurar su inclusión en los programas de desmovilización y reintegración.

En ese contexto, es interesante señalar que los *travaux préparatoires* del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ofrecen una interpretación amplia de la participación de los niños y las niñas en las hostilidades⁴⁴. (Las subrayas fuera del original).

En lo concerniente con la aplicación del artículo 4 del Protocolo Facultativo reseñado, el documento de la UNICEF al que se ha hecho referencia, sostiene que éste refleja el punto de vista tradicional de que sólo los Estados tienen obligaciones bajo las leyes internacionales de derechos humanos y pueden convertirse en firmantes de tratados, por lo que la sanción al comportamiento de las entidades no estatales *depende de la legislación doméstica*⁴⁵.

4.1.7. En el caso colombiano se destaca que el Congreso, con la expedición de la Ley 418 de 1997 (art.13) prohibió el reclutamiento de menores de 18 años. Posteriormente, con la modificación introducida por la Ley 548 de 1999 (art. 2) eliminó, inclusive la opción de que un menor de edad voluntariamente cumpliera con el deber de prestar el servicio militar, de forma tal que en la actualidad existe una prohibición taxativa de vinculación de los menores de 18 años al servicio militar obligatorio⁴⁶.

Al respecto, en la sentencia C-172 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), relacionada con la revisión constitucional del mencionado Protocolo Facultativo, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

⁴⁴ *Ibidem*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Nueva York. Mayo de 2004. Tomado de: <http://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANISHnw.pdf> Julio de 2009.

⁴⁵ *Ibidem*. Pag. 17.

⁴⁶ Cfr. Sentencia C-172 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Treviño. El artículo 13 de la Ley 548 de 1999 reza lo siguiente: “Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad. (...)”

El Protocolo objeto de estudio fija la edad mínima de 18 años para el alistamiento obligatorio y eleva la edad mínima para el reclutamiento voluntario por encima de la prescrita en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre Derechos del Niño, no obstante Colombia ya determinó como edad mínima la de 18 años. Así mismo, prohíbe a grupos armados no gubernamentales el alistamiento y utilización en los enfrentamientos de menores de 18 años y exige que los gobiernos tomen medidas para desmovilizar, rehabilitar y reinsertar en la sociedad a niños y niñas que hayan estado vinculados a algún grupo armado.

4.3. Para la Corte a través del instrumento internacional se pretende otorgar mayor protección y garantías a los niños, niñas y adolescentes en cuanto no permite su participación directa en hostilidades e impone a los Estados Partes, comprometiendo a la comunidad internacional en su conjunto, el cometido de cooperar en la aplicación de sus disposiciones. Sus prescripciones resultan ajustadas a los preceptos constitucionales toda vez que no hacen otra cosa que afianzarlos. Existe una identidad de propósitos con los plasmados por el Constituyente, con los instrumentos internacionales y con las normas inferiores existentes sobre la materia. De otra parte y frente a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al reclutamiento, considera la Corporación que el Protocolo es más garantista y presta mayor atención a los niños, niñas y adolescentes ante el conflicto armado

Una cuestión que resulta de gran trascendencia es la exclusión de la posibilidad de que fuerzas armadas distintas a las de un Estado recluten o utilicen en hostilidades a menores de 18 años y el compromiso impuesto a cada Estado Parte para que adopte medidas tendientes a impedir ese proceder". (Subraya fuera del original).

4.1.8. En lo que respecta a los trabajos adelantados frente a esta problemática en el marco de la OIT, en junio de 1999 se aprobó de forma unánime por los países participantes, el *Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil*⁴⁷. En dicho instrumento internacional se pidió la acción inmediata de los Estados Parte para la eliminación y prohibición entre otros, del reclutamiento *forzoso u obligatorio* de niños, para utilizarlos en conflictos armados. En el artículo 1º de ese Convenio, se establece el deber de todos países firmantes, de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir *la prohibición y la eliminación* de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, reconociendo como niño, a toda persona menor de 18 años. En el artículo 3º del Convenio, se consagró como una de las peores formas de trabajo para los menores, entre otras:

“[T]odas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”⁴⁸. (Las subrayas y cursivas fuera del original).

Entre los compromisos adquiridos por los miembros del Convenio, se señaló el deber de elaborar y poner en práctica un programa de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil descritas.

⁴⁷ Este convenio fue adoptado el 16 de junio de 1999 y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. La constitucionalidad del convenio fue revisada en la sentencia C-535 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁸ Subraya fuera del original.

4.1.9. En cuanto a los *estándares y principios* recientemente considerados por las Naciones Unidas en el tema, se destaca que en el año 2007, en la Conferencia Internacional sobre el Drama de los Niños Soldados patrocinada por la UNICEF, la comunidad internacional nuevamente se pronunció sobre la situación de los menores afectados por los conflictos armados y profirió lo que se conoce en la actualidad como los *Principios de París*. El objetivo de esa conferencia internacional fue el de revisar los *Principios de Ciudad del Cabo* sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños y niñas soldados. Tales principios, al igual que los anteriores, propenden por fortalecer programas de protección, liberación y reintegración sostenibles para niños y niñas asociados con grupos y fuerzas armadas, a fin de ponerle fin al ilegal e inaceptable uso de los niños y niñas en conflictos armados⁴⁹.

4.1.10. En lo que corresponde a los avances del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁵⁰, se tiene que desde 1999 este organismo ha adoptado diversas resoluciones que condenan la utilización de niños y niñas como soldados⁵¹. Se resalta en especial la última de ellas, es decir la Resolución No 1612 de 2005⁵², que reconoce que incumbe a los gobiernos nacionales la función primordial de proporcionar protección y socorro eficaz a todos los niños afectados por los conflictos armados así como la responsabilidad de poner fin a la impunidad y llevar ante la justicia a los responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y otros crímenes atroces perpetrados contra los niños

De particular importancia es la consagración de un mecanismo de supervisión y presentación de informes en relación con los niños y los conflictos armados por países⁵³, en dicha resolución, en el marco de ese Consejo de Seguridad. Ello exige a los Estados Parte reunir y proporcionar información oportuna, objetiva y fiable acerca del reclutamiento y la utilización de niños soldados en contravención del derecho internacional aplicable y de otras infracciones y abusos cometidos contra los niños afectados por los conflictos armados. Se destaca al respecto, que Colombia en diciembre de 2008 aceptó de manera

⁴⁹ <http://www.unicef.es/contenidos/591/index.htm>, 2009.

⁵⁰ En la Carta de las Naciones Unidas, se estipula que las funciones y poderes del Consejo de Seguridad son: mantener la paz y la seguridad internacionales de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas; investigar toda controversia o situación que pueda crear fricción internacional; recomendar métodos de ajuste de tales controversias, o condiciones de arreglo; elaborar planes para el establecimiento de un sistema que reglamente los armamentos; determinar si existe una amenaza a la paz o un acto de agresión y recomendar qué medidas se deben adoptar; instar a los Miembros a que apliquen sanciones económicas y otras medidas que no entrañan el uso de la fuerza, con el fin de impedir o detener la agresión, entre otras funciones. Se recuerda que con base en las funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se establecieron – no sin controversia – los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia.

⁵¹ Se trata de las resoluciones 1261 (1999) de 25 de agosto de 1999; 1314 (2000) de 11 de agosto de 2000; 1379 (2001) de 20 de noviembre de 2001, 1460 (2003) de 30 de enero de 2003 y 1539 (2004) de 22 de abril de 2004, que establecen un marco general para la protección de los niños afectados por conflictos armados.

⁵² Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5235ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2005.

⁵³ La necesidad de este informe ya había sido adoptada en la Resolución 1539 de 2004.

voluntaria la aplicación de este mecanismo de supervisión y presentación de informes, conforme a lo señalado en dicha preceptiva⁵⁴.

4.1.11. Así las cosas, del recuento normativo anterior se concluye que para el caso de Colombia, la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁵⁵, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados*⁵⁶ y el *Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas de trabajo infantil*⁵⁷ (Ley 704 de 2001) resultan ser instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, que forman parte del Derecho Interno y que incorporan obligaciones para los Estados Parte relacionadas con asegurar la protección de los menores en situación de conflicto armado. Evidentemente estos instrumentos, forman parte del bloque de constitucionalidad y se constituyen en parámetro de constitucionalidad de las normas legales relacionadas.

Son disposiciones que luego de su actualización histórica, garantizan la aplicación de medidas de protección a los niños y niñas menores de 18 años vinculados a los conflictos armados y la adopción por parte del Estado, de disposiciones internas que aseguren el cumplimiento de los compromisos adquiridos en esas normas internacionales vinculantes. En consecuencia, se consagra la obligación para los Estados de:

(i) Abstenerse de reclutar *obligatoriamente* en las fuerzas armadas a menores de 18 años salvo el caso del reclutamiento *voluntario* de personas por debajo de esa edad en el caso de las fuerzas armadas del Estado, bajo la premisa de la presentación de salvaguardias debidas (Protocolo Facultativo). Esta consideración como ya se explicó, no aplica para el caso colombiano. Con la Ley 548 de 1999, prohibió taxativamente la vinculación de los menores de 18 años al servicio militar obligatorio.

(ii) Se prohíbe *sin excepción* a los grupos armados irregulares, reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años y se propone a los Estados adoptar para el efecto, las *medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización*, incluyendo la adopción de las medidas legales necesarias para *prohibir* y *tipificar* esas prácticas (Protocolo Facultativo, art. 4º). Tal prohibición y la tipificación de estas prácticas para el caso de los grupos armados irregulares, es la que se establece en las dos normas penales que son objeto de la demanda de inconstitucionalidad.

⁵⁴ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aplicó medidas selectivas contra personas por el hecho de reclutar y utilizar menores, imponiendo la prohibición de viajar al dirigente de un grupo armado de la República Democrática del Congo.

⁵⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Colombia al ratificar la Convención, hizo una reserva por la cual considera que la edad mínima para que la persona pueda participar directamente en las hostilidades es de 18 años.

⁵⁶ Este Protocolo Facultativo fue aprobado por Colombia mediante la Ley 833 del 10 de julio de 2003 y revisado por esta Corporación mediante la sentencia C-172 de 2004.

⁵⁷ Colombia mediante la Ley 704 de 2001 ratificó el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo.

(iii) Se consagra igualmente, como una de las peores formas de trabajo infantil, *el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados*⁵⁸, por lo que se estimula a los Estados, a tomar acciones prioritarias para el efecto (Convenio 182 OIT).

Por tratarse en todos estos casos de obligaciones de los Estados firmantes, la adopción de medidas internas para el efecto, es la forma de asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Finalmente, en cuanto a los estándares establecidos en los Principios del Cabo y de París, se destaca que aunque esas disposiciones carecen de fuerza vinculante en sentido estricto, son criterios internacionalmente relevantes para guiar a los países miembros de las Naciones Unidas como Colombia, en los objetivos de impedir la vinculación de niños y niñas en las hostilidades, y lograr la consecución de su libertad y la recuperación de sus vidas. También contribuyen a generar directrices para afianzar mecanismos para su correcta reintegración en la sociedad.

4.2. Garantías y prohibiciones establecidas en el Derecho Internacional Humanitario (DIH), en cuanto al reclutamiento y participación de menores en conflictos armados.

4.2.1. En los países donde existe algún tipo de conflicto armado, los niños y las niñas se ven generalmente implicados desde muy temprana edad en las hostilidades, no obstante la prohibición existente de reclutar y usar menores en situaciones de esta índole. En ese sentido, aunque la *Convención sobre los Derechos del Niño*, el *Protocolo Facultativo* de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y la *Convención sobre las peores formas de trabajo infantil* se aplican a los conflictos armados internacionales y no internacionales porque operan en todo momento⁵⁹, ciertamente las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario⁶⁰, por su naturaleza particular, tienen un mayor impacto en los

⁵⁸ Subraya fuera del original.

⁵⁹ La interacción del DIH con los DDHH en el ámbito del conflicto armado ha sido abordada en reiteradas ocasiones por la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Así por ejemplo, en la Opinión Consultiva sobre la Construcción de un Muro en los Territorios Ocupados de Palestina de 2004, que se suscitara a consulta de la Asamblea General indagando sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la construcción de un muro construido por Israel en los territorios ocupados de Palestina a la luz de los principios y reglas generales del derecho internacional, la CIJ reiteró la vigencia de los instrumentos internacionales sobre DDHH en caso de conflicto armado, salvando las disposiciones de derogación en situaciones de emergencia". Ver: Elizabeth Santalla Vargas. "Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado". Publicado en el libro de la OEA – Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario, 2007, Washington DC. Tomado de: [http://www.observatoriodpi.org/data/spda/contenido/20080402091155 .pdf](http://www.observatoriodpi.org/data/spda/contenido/20080402091155.pdf) Julio de 2009.

⁶⁰ En la Conferencia de Ginebra de 1949 sobre protección a las víctimas de la guerra se adoptaron, las cuatro Convenciones de Ginebra en las que son parte hoy 147 Estados, así: 1. Convención para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; 2. Convención para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; 3. Convención concerniente al trato de los prisioneros de guerra y 4. Convención sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra. El Protocolo I aplicable a los conflictos armados que tienen carácter internacional fue *aprobado mediante la ley 171/94* revisado por la Corte mediante la sentencia C-574 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón). El

conflictos armados, ya que son disposiciones que se aplican a ellos independientemente de si los países se han comprometido o no jurídicamente en la adopción de tales disposiciones, por tratarse de prácticas consuetudinarias de carácter imperativo que responden a presupuestos éticos mínimos y exigibles a todas las partes del conflicto, se trate de un conflicto nacional o internacional. En efecto, el Derecho Internacional Humanitario permite que en los momentos más aciagos de una sociedad, existan algunas reglas mínimas con relación a la actividad bélica que permitan contener, en favor de los seres humanos, sus efectos más devastadores.

Así las cosas, como lo recordó la sentencia C-574 de 1992 (M.P. Ciro Angarita) , el derecho internacional humanitario *"no es otra cosa que la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados y que como tales constituyen un valioso instrumento jurídico para lograr la efectividad plena del principio de la dignidad humana aún en las más difíciles y hostiles circunstancias, vale decir, precisamente cuando es objeto del más abierto desafío a su vigencia y concreción."* Les permite a los actores armados en el conflicto, contar con *"la existencia de (...) de normas mínimas de humanidad que rigen y adquieren toda su vigencia en los conflictos armados, como quiera que ellas son también instrumentos de salvaguardia y efectividad de la dignidad humana."* La sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) que revisó la aprobación del Protocolo II en nuestro país, explicó la obligatoriedad intrínseca de estas disposiciones, de la siguiente forma:

“[e]sto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario”.

“(…) La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario se deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados, y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”.

4.2.2. Los niños y las niñas en los conflictos descritos, en ese sentido, se encuentran protegidos por el DIH desde una doble perspectiva: (i) en *su*

Protocolo II, aplicable a los conflictos armados que tuvieran el de carácter interno. Fue revisado por la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

calidad de civiles afectados por las hostilidades⁶¹ y (ii) como *sujetos vinculados a ellas* en conflictos armados internacionales y no internacionales, de acuerdo con los artículo 77 del Protocolo I y al artículo 4º del Protocolo II adicionales a los Convenios de Ginebra, respectivamente.

En el primer caso, la sentencia C-172 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), recordó que el Convenio IV de Ginebra de 1949 (relacionado con la protección de personas civiles en tiempo de guerra), otorga una singular protección en favor de la población infantil como personas civiles que no participan en las hostilidades (artículos 14, 17, 23, 24, 38 y 50), y aunque no establece la prohibición expresa sobre su reclutamiento e incorporación, “*lo cierto es que de sus disposiciones se desprende que tales conductas no están autorizadas*”.

Ese amparo resulta más efectivo, en los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra (Protocolo I Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales⁶² y el Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional⁶³).

En efecto en ambos Protocolos se fija en 15 años la edad mínima para el *reclutamiento o participación* de niños en conflictos armados. Ese límite de edad se aplica a los distintos grupos armados, tanto si se trata de los gubernamentales como de los no gubernamentales, y si se trata de conflictos armados internacionales o internos. Se destaca que en ambos instrumentos se utilizan las expresiones, *reclutamiento y participación* en las hostilidades, como descripción de la conducta proscrita. Lo anterior es entendible desde una perspectiva amplia de protección, en la medida en que el objetivo de estas disposiciones es excluir en cualquier caso la participación de los menores de 15 años en el conflicto y asegurar para ellos el principio de distinción⁶⁴. Por ende, en virtud de tales Protocolos, *el reclutamiento y la participación de menores de 15 años en el conflicto, constituye una violación del DIH*. Al respecto, el artículo 77 del Protocolo I -conflictos internacionales-, reza lo siguiente:

⁶¹ IV Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 1949 y el Protocolo Adicional I Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 1977, en el caso de un conflicto internacional, o el Protocolo II artículo, 4 – en lo pertinente- y 13 en el caso de un conflicto no internacional.

⁶² Fue aprobado el 8 de junio de 1977 y entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, pero para Colombia el 1 de marzo de 1994, en virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991. Ley 11 de 1992

⁶³ Fue aprobado el 8 de junio de 1977 y entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, pero para Colombia el 15 de febrero de 1996, en virtud de la Ley 171 de 1994.

⁶⁴ Las obligaciones impuestas por el artículo 3 común y por el Protocolo II respecto a los conflictos no internacionales se sintetizan en el respeto a tres principios básicos: los principios de distinción, de humanidad y de inmunidad de la población civil. El principio de distinción, exige la diferenciación entre los combatientes – a quienes se puede atacar en las hostilidades a menos que estén fuera de combate- y los civiles – quienes están protegidos por el DIH. Los combatientes son quienes participan directamente en las hostilidades, por ser miembros operativos de los grupos armados. Las personas civiles están protegidas contra los ataques, pero pierden esta protección y pueden ser objetivo militar, si participan directamente en las hostilidades, y mientras dure tal participación. (Art. 13, num. 3 del Protocolo II).

“77 Protección de los niños. Los niños serán objeto de un respeto especial. Se los protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesitan por su edad o por cualquier otra razón.

Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos en sus fuerzas armadas. Cuando recluten a adolescentes de quince a dieciocho años, las partes en conflicto procurarán dar la prioridad a los de mayor edad.

Si niños menores de quince años participaran, a pesar de todo, directamente en las hostilidades y cayeran en poder de la parte adversa, seguirían gozando de la protección del presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto cuando los miembros de una misma familia sean alojados juntos.

No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.”

En cuanto al artículo 4º del *Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)⁶⁵, éste prescribe sobre el reclutamiento y utilización de niños en estos conflictos, lo que sigue:

4 Garantías fundamentales.

Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

- a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral;
- b) se tomarán todas las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;
- c) los niños menores de quince años no serán **reclutados** en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que **participen** en las hostilidades;
- d) la protección especial prevista en este artículo seguirá aplicándose a los niños menores de quince años incluso si **participan directamente** en las hostilidades;
- e) se tomarán medidas, si procede y si es posible con el consentimiento de los padres o de las personas que tengan la guarda de los niños, para trasladar temporalmente a éstos de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura. (Subrayas y negrillas fuera del original).

Según la sentencia C-172 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) en ambos Protocolos:

“[S]e establece la prohibición de su participación [de los menores] en las hostilidades, ya sea directa o indirecta. Allí se compromete a los Estados Partes a adoptar medidas para

⁶⁵ El artículo 1º del Protocolo II de 1977, es un desarrollo del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. fue aprobado mediante Ley 171 de 1994. Además, según los artículos 20 y 22, un Estado no puede ser parte del Protocolo II si no ha ratificado los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El artículo 3º común fue aprobado por Colombia por medio de la Ley 5º de 1960, ratificado el 8 de noviembre de 1961.

que los niños y niñas menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades y especialmente a no reclutarlos en sus fuerzas armadas, sin distinguir si la incorporación es voluntaria u obligatoria".

4.2.3. De lo anterior se concluye que de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales ratificados por Colombia, el *reclutamiento y la participación de menores de 15 años de edad* en los conflictos armados, *es una conducta prohibida por el DIH*.

Los Estados Parte en virtud de lo anterior, se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para sancionar a las personas culpables de infracciones graves contra esos Convenios. Asimismo, los Estados están obligados a enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido infracciones graves contra esos tratados o a transferirlos a otro Estado para que los enjuicie. Dicho con otras palabras, los autores de infracciones graves – los criminales de guerra– han de ser enjuiciados en todo tiempo, y esa responsabilidad incumbe a los Estados.

Así, aunque hay interés para que esa edad de protección ascienda a los 18 años por las razones ya expuestas, la prohibición del reclutamiento y participación en las hostilidades propia del DIH, cobija por lo pronto a los menores de 15 años. Con todo, se recuerda que aquellos jóvenes que se encuentran entre dicha edad y los 18 años, y que para los instrumentos internacionales de derechos humanos siguen siendo niños, en el caso de los conflictos armados, cuentan aún con la protección especial aplicable a quienes participan directamente en las hostilidades.

De acuerdo con la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), las normas del DIH forman parte del bloque de constitucionalidad. Son además disposiciones que obligan a todas las partes del conflicto, independientemente de si han dado su consentimiento o no para el efecto, y por consiguiente su aplicación es exigible no sólo al Estado sino a todos los grupos armados irregulares o regulares cobijados por estas normas⁶⁶. En este sentido y según esa sentencia, *“la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”*.

Ahora bien, cabe resaltar que en cuanto a la distinción que las normas del DIH hacen entre niños y adolescentes en lo que respecta al marco de protección particular a los menores de 15 años reclutados o utilizados en el conflicto, la Corte sostuvo en la sentencia C-157 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que dicha distinción no desvirtuaba la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno, dado que el esquema de protección constitucional colombiano cobija a todos los individuos que se

⁶⁶ Se recuerda que el DIH no cobija asuntos relacionados con la delincuencia común.

encuentran en esa franja cronológica⁶⁷. Se dijo entonces que el legislador puede establecer diferencias de trato entre sujetos que tienen menos de 18 años, pero que dicha diferencia no puede perjudicar el esquema de protección del menor. No obstante en el derecho interno colombiano están prohibidas tales conductas proscritas, incluso frente a los menores de 18 años. Como lo precisó la sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda):

“En este sentido, y dado que en el derecho de nuestro país la mayoría de edad se fija en términos generales a los 18 años –de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño-, *ha de entenderse que en el ordenamiento jurídico colombiano, la protección especial que provee el Derecho Internacional Humanitario se extiende a todos los menores de 18 años que resulten afectados por el conflicto armado*, sin perjuicio de que en cada caso individual se tengan en cuenta los criterios-guía objetivos establecidos en las distintas normas de las Convenciones de Ginebra o sus Protocolos Adicionales como medios para fijar el grado de protección reforzada de la que es titular un menor en concreto!.

4.2.4. Finalmente debe recordarse que las infracciones más graves del DIH, en todo caso, han sido penalizadas a nivel internacional como crímenes de guerra. Este tema, que reviste toda la importancia de acuerdo a los cargos de la demanda, será revisado a continuación.

4.3. El Derecho Penal Internacional (DPI) y el reclutamiento y vinculación de menores en los conflictos armados.

4.3.1. Colombia hace parte del grupo de países que ha ratificado el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional⁶⁸; institución de carácter permanente y con funciones judiciales, que tiene como propósito determinar la *responsabilidad penal individual* de las personas que hayan cometido graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario⁶⁹. De esta forma la Corte Penal internacional puede investigar y enjuiciar los crímenes de genocidio⁷⁰, de lesa humanidad, de guerra y el de agresión⁷¹, cuando los Estados Parte no hayan cumplido con su deber de

⁶⁷ En providencia C-019 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón) la Corte había indicado que en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, "menores" (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años), para todos los efectos del Código del Menor.

⁶⁸ Colombia suscribió el Estatuto de Roma el 10 de Diciembre de 1998, y lo incorporó en su legislación interna mediante Acto legislativo reformativo de la Constitución, aprobado por el Congreso de la República el 16 de mayo de 2002, el cual fue sancionado por el Presidente de la República el 5 de junio del mismo año. Mediante la Ley 742 de 2002 se aprobó el Estatuto el cual fue revisado en la sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda) por la Corte Constitucional, siendo ratificado el 5 de agosto de 2002. Entró en vigor con respecto a Colombia a partir de 1o de noviembre de 2002, en conformidad con el artículo 126.2 del Estatuto. Colombia ratificó el Estatuto, usando la posibilidad establecida en la disposición transitoria del artículo 124 del Estatuto, que le permitía al Estado sustraerse de la competencia de la Corte por crímenes de guerra, por un periodo de siete años a contar a partir de la ratificación del instrumento.

⁶⁹ La Corte no reemplaza la jurisdicción nacional y operará únicamente en los casos en que las jurisdicciones nacionales se hayan abstenido o no hayan podido realizar la investigación correspondiente.

⁷⁰ Este delito es el único de los diferentes delitos de competencia de la Corte Penal Internacional que ha sido definido como *Ius Cogens*.

⁷¹ En la sentencia C-578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda, se dijo que: “Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos

perseguir, juzgar y castigar a los responsables de dichos crímenes dentro de sus respectivas jurisdicciones⁷².

4.3.2. El artículo 8 del Estatuto de Roma, tipifica entre los crímenes de guerra que implican responsabilidad penal internacional para los individuos que lo cometen, el *reclutar, alistar o utilizar* menores de 15 años en las hostilidades. Específicamente esa norma reza así:

Artículo 8. Crímenes de guerra

1. 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 en gran escala de tales crímenes. // 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": (...)

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; (...)

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; (...)" (Subrayas y negrillas fuera del original).

Los preceptos anteriores, tipifica penalmente dos conductas concretas: de un lado, el *reclutamiento o alistamiento* de niños, y del otro, el *utilizarlos* para participar activamente en las hostilidades.

También el Estatuto considera la esclavitud sexual, como un crimen de lesa humanidad según el artículo 7(1) y un crimen de guerra 8(2)(c)(vi), lo que significa igualmente la persecución penal internacional a tales infracciones, en

internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber: i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959; ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981; iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986; iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968; v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972; vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992; viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994; ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987; x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994".

⁷² <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

aquellos casos en que los niños y niñas son vinculados a los grupos armados para esos fines específicos o son objeto de ellos.

4.3.3. En cuanto al alcance de las conductas tipificadas en las normas descritas, esto es el significado que se le ha dado en la doctrina a los términos de *reclutamiento* o *alistamiento* y la *utilización* de menores de 15 años para participar en hostilidades, debe afirmarse que aunque no hay especificaciones definidas todavía por la jurisprudencia de la CPI sobre el alcance definitivo de estas expresiones, en los documentos preparatorios del texto del Estatuto de Roma en materia de crímenes de guerra, se resaltó sobre esas locuciones lo siguiente:

“Reclutar a niños menores de 15 años para las fuerzas armadas o utilizarlos para que participen activamente en las hostilidades. (Pie de página 12).

“[El pie de página 12, se dice lo siguiente]: Esta variante apunta a incorporar los principios esenciales contenidos en el derecho internacional aceptado, utilizando al mismo tiempo expresiones que reflejen la responsabilidad penal individual en contraposición a la responsabilidad estatal. Los términos "utilizar" y "participar" se han adoptado a fin de abarcar tanto la participación directa en el combate como la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, correos o en controles militares. No quedarían abarcadas las actividades que claramente no guardan relación con las hostilidades, como la entrega de alimentos a una base aérea o el uso de servicio doméstico en el hogar de un oficial. Sin embargo, la utilización de niños en funciones de apoyo directo, por ejemplo como portadores de suministros hasta el frente, o en actividades en el propio frente, quedaría incluida en esos términos”⁷³. (Subrayas fuera del original).

4.3.4. En los casos en que este delito ha sido investigado por la Corte Penal Internacional, se han considerado ciertamente como conductas reprochables y susceptibles de acusación como crímenes de guerra, el *alistamiento*, la *conscriptación* (*reclutamiento*) y la *utilización* de niños menores de 15 años en los conflictos, como puede verse, por ejemplo, en el Informe presentado por la Corte Penal Internacional a la Asamblea de las Naciones Unidas el 22 de agosto de 2008⁷⁴. En la Decisión de Confirmación de los cargos

⁷³ A/CONF.183/2/Add.1 Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma del 15 de junio a 17 de julio de 1998. 14 de abril de 1998. Tomado en: www.un.org/spanish/law/icc/docs.htm

⁷⁴ Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas. A/63/323 del 22 de Agosto de 2008. Tomado de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/60963BCD-D0D7-4DA3-B8CA-BB80EDD49C70/278596/ICCA63323Es.pdf> En ese informe la CPI señala expresamente lo siguiente: “La Sala I de Primera Instancia emprendió los preparativos del juicio del Sr. Thomas Lubanga Dyilo, presunto dirigente de la Unión de Patriotas Congoleños y comandante en jefe de su rama militar, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo. Al Sr. Lubanga Dyilo se le acusa de cometer crímenes de guerra, en particular el *alistamiento*, *la conscriptación* y *la utilización* de menores de 15 años para participar activamente en los enfrentamientos. Hasta la fecha, cuatro víctimas han participado en las diligencias judiciales en relación con el asunto incoado contra el Sr. Lubanga. (...) [Por otra parte en otro caso contra unos ciudadanos también del Congo se dijo que]: Los Sres. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui fueron entregados a la Corte por la República Democrática del Congo el 18 de octubre de 2007 y el 7 de febrero de 2008, respectivamente. Cada uno de ellos está acusado de nueve cargos por crímenes de guerra (incluyendo asesinato u homicidio intencional; tratos crueles o inhumanos; *utilización, conscriptación y alistamiento de niños*; esclavitud sexual; ataques contra la población civil; pillaje; violación; ultrajes a la dignidad personal y destrucción o incautación de la propiedad del enemigo) y cuatro cargos por crímenes de lesa humanidad (incluyendo asesinato, actos

presentados por el Fiscal de la Corte Penal en el caso de Katanga y Ngudjolo, se dijo con respecto a los ciudadanos del Congo acusados de perpetrar crímenes de guerra por tales conductas lo siguiente:

“La Cámara confirma que hay suficiente evidencia para establecer cargos sustanciales para creer que Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui en conjunto, cometieron el crimen de usar niños de menos de 15 años para hacer parte en las hostilidades, bajo el artículo 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto, usándolos a ellos personalmente como guardaespaldas y combatientes durante el ataque contra el pueblo de Bogoro, el 24 de febrero de 2003”⁷⁵. (Subrayas fuera del original).

En el caso del señor Thomas Lubanga, también ciudadano de la república democrática del Congo, los cargos por crímenes de guerra de los que fue acusado fueron los siguientes:

“El señor Lubanga es considerado responsable como co-perpetrador, de crímenes de Guerra que consisten en:

- Alistar y reclutar niños menores de 15 años en las *Forces patriotiques pour la libération du Congo* [Fuerzas Patrióticas por la Liberación del Congo] (FPLC) y de usarlos para participar activamente en las hostilidades en el contexto de conflictos armados internacionales del principio de Septiembre de 2002 al 2 de junio de 2003 (penalizados bajo el artículo 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma. [Igual en el contexto de conflictos armados no internacionales entre el 2 de junio de 2003 y el 31 de agosto de 2003, punibles bajo el artículo 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma.]”. (Subrayas fuera del original)⁷⁶.

4.3.5. Ahora bien, la posible indeterminación conceptual de algunos de los tipos penales plasmados en el Estatuto de Roma, fue considerada por la Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)⁷⁷ que adelantó la revisión constitucional de ese instrumento

inhumanos, esclavitud sexual y violación), supuestamente cometidos durante un ataque perpetrado contra la aldea de Bogoro el 24 de febrero de 2003”. (Subrayas fuera del original).

⁷⁵ Traducción no oficial. El texto en inglés es el siguiente: “The Chamber confirmed that there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui jointly committed the crime of using children under the age of fifteen to take active part in the hostilities, under article 8(2)(b)(xxvi) of the Statute, by using them personally as body guards and as combatants during the attack against the village of Bogoro, on or about 24 February 2003”. Ver, *Decision on the confirmation of charges, issued by Pre Trial Chamber I in the Katanga and Ngudjolo Case* .30.09.2008, ICC-01/04-01/07-717.

Tomado de: <http://www.icccpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/press%20releases/decision%20on%20the%20confirmation%20of%20charges%20in%20the%20case%20of%20the%20prosecutor%20v.%20germain%20katanga%20and%20mathieu>

⁷⁶ Traducción no oficial. El texto en inglés es el siguiente: “Enlisting and conscripting children under the age of 15 years into the FPLC and using them to participate actively in hostilities in the context of an armed conflict not of an international character from 2 June 2003 to 13 August 2003 (punishable under article 8(2)(e)(vii) of the Rome Statute)”. *Decision on the Confirmation of the Charges, issued by Pre Trial Chamber I in the Lubanga Case*, ICC-01/04-01/06-803. Fecha de la decisión: 29 Enero 2007, Tomado de la página de la

CPI: <http://www.icccpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/press%20releases/decision%20on%20the%20confirmation%20of%20charges%20in%20the%20case%20of%20the%20prosecutor%20v.%20germain%20katanga%20and%20mathieu>

⁷⁷ En la que la Corte estudió precisamente la compatibilidad constitucional del Estatuto de Roma con la Carta.

internacional. En efecto, recordó esa sentencia que en el mismo Estatuto está presente esa eventualidad, así como mecanismo de solución, como sigue:

“[V]arios elementos de los crímenes de competencia de la Corte requieren una mayor precisión. Por esa razón, el artículo 9 prevé la adopción de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes, el cual contribuirá a precisar la estructura de cada conducta y delimitará su interpretación. Con el fin de evitar conflictos sobre el alcance de cada uno de los crímenes y las diferentes formas de su tipificación en el derecho penal interno de los Estados, o de su concepción y evolución posterior en el derecho internacional (artículo 10 ER), la definición que prevalecerá para efectos de definición de la competencia y admisibilidad de un caso ante la Corte es la que trae el Estatuto de Roma, junto con los Elementos de los Crímenes que adopte la Asamblea General de Estados Partes”. (Subrayas fuera del original).

En cuanto a los alcances de la regulación penal de estas conductas en el derecho interno, se dijo en la misma providencia que:

“[Si]bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero sí más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces”. (Subrayas fuera del original).

4.3.6. Concluye la Sala, en consecuencia, que en el Derecho Penal Internacional, *el reclutamiento o alistamiento y la utilización de menores de 15 años de edad para participar en los conflictos armados*, es una conducta objeto de reproche internacional, que por ser contraria al DIH como se dijo, es investigable y enjuiciable por la Corte Penal Internacional por estar tipificada en el Estatuto de Roma.

Ese Tribunal, en consecuencia, tiene competencia para determinar la responsabilidad penal individual de cualquier ciudadano de cualquier País Parte en el que se cometan tales actuaciones ilícitas. Su papel no es el de reemplazar la jurisdicción penal nacional, sino que su competencia en estas materias es residual. Por consiguiente, únicamente puede actuar en los casos en que las jurisdicciones nacionales se hayan abstenido por cualquier causa, de perseguir estos delitos o no hayan podido hacerlo por cualquier razón. Al respecto la sentencia C-578 de 2002, precisó lo siguiente:

“Las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación”. (Subrayas fuera del original).

Con todo, el Estatuto de Roma en sí mismo considerado, es una norma convencional de derecho internacional que obliga exclusivamente a los Estados Firmantes. Por ello, sus disposiciones genéricas no pueden considerarse a priori *ius cogens*, ya que en sentido lógico, las normas exclusivamente convencionales para los Estados no pueden considerarse universalmente imperativas. Sin embargo, tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma sí presentan tal condición, como ocurre por ejemplo con el delito de genocidio⁷⁸. Para el caso colombiano, sin embargo, la vinculación del país a la Corte Penal Internacional está prevista en el artículo 93 superior, en virtud del acto legislativo 02 de 2002. Dicho acto legislativo en su artículo 1° estableció que el Estado puede reconocer jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

5. Conclusiones sobre las consideraciones internacionales en materia de reclutamiento y utilización de los niños, niñas y adolescentes en los conflictos armados.

5.1. Revisado el alcance de las disposiciones internacionales en la materia, recuerda la Sala que los diferentes regímenes descritos responden a normatividades complementarias en el marco del Derecho Internacional, cuyo objetivo común es proteger los derechos básicos de la persona humana. Su diferencia, como lo reseñó la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) radica en su aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados en lo esencial, para situaciones de paz [DDHH], mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado [DIH]. No obstante ambos cuerpos normativos al estar concebidos para proteger los

⁷⁸ Aunque, según la doctrina internacional mayoritaria – que no obstante se encuentra en discusión-, de acuerdo con la lista que Humphrey Waldock anunció a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su segundo informe sobre el derecho de los tratados, las siguientes normas caerían dentro de esa categoría de *ius cogens*: la prohibición del uso de la fuerza, de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la esclavitud y el tráfico de esclavos, el genocidio y la piratería. Ver la Convención Internacional contra el Genocidio.

derechos mínimos de las personas, pueden operar simultáneamente al responder al mismo fundamento ético.

No obstante, lo expuesto hasta el momento permite concluir que fuera de las diferencias que se advierten en la redacción de los distintos instrumentos considerados, el reclutamiento y utilización de los niños en el conflicto armado, es una violación de los derechos humanos, una infracción del derecho internacional humanitario y un delito internacional.

5.2. En lo que corresponde al derecho internacional de los derechos humanos, las conductas objeto de reproche internacional en la materia son el **reclutamiento** y **utilización** de menores de 18 años en las hostilidades, por parte de los grupos armados irregulares y el *reclutamiento y participación directa* en las hostilidades, de menores de 18 años por parte de las fuerzas armadas de los Estados (Protocolo Facultativo).

Sobre el posible reclutamiento *voluntario* o *forzoso* de menores de 18 años en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se destaca que el Protocolo Facultativo sólo prevé la posibilidad de evaluar la voluntariedad, en el caso del reclutamiento de menores por parte del Estado y con salvaguardias. En lo que respecta a los demás grupos armados, se resalta que **en ninguna circunstancia** ellos pueden *reclutar* o *utilizar* menores de 18 años en las hostilidades, lo que supone que incluso ante la eventual voluntariedad del niño o adolescente de incorporarse a esas filas, su reclutamiento o utilización estaría proscrito.

Siguiendo entonces el alcance de estas consideraciones, debe concluirse que independientemente de los verbos rectores que sean utilizados en el marco de los derechos humanos para señalar las conductas que deben ser sancionadas en el derecho interno en materia de reclutamiento y participación de menores en los conflictos, de acuerdo a los *Principios de la Ciudad del Cabo*, el objetivo de las disposiciones internacionales en la materia y de la comunidad internacional en su conjunto, es asegurar que la persona menor de 18 años no forme parte de cualquier fuerza o grupo armado regular o irregular, indistintamente de si dentro del grupo porta armas o no o de si su vinculación ha sido forzada o voluntaria, porque el concepto de “*niño soldado*” es un concepto amplio. La pretensión es que las definiciones abarquen en cuanto a su protección y garantía a la mayor cantidad posible de niños y niñas, para que puedan desmovilizarse y reintegrarse a la sociedad y que las prohibiciones aseguren la efectividad de estos objetivos.

5.3. En el marco del DIH por su parte, el *reclutamiento* y la *participación de menores de 15 años de edad* en los conflictos armados, es una *conducta prohibida*. En el caso del Protocolo II, las conductas proscritas para las fuerzas o grupos armados, son el **reclutamiento** y la **participación** en las hostilidades, sin que se distinga si se trata de una participación directa o no. Lo anterior es relevante, teniendo en cuenta que en el artículo 4(d) refuerza de

manera concreta, que aún si la *participación es directa* en el conflicto, - esto es si se trata de un combatiente-, la protección especial prevista para los niños menores de quince sigue aplicándose.

En cuanto a si se trata de un reclutamiento forzoso o voluntario, debe señalarse que el DIH no distingue esa calificación y por lo tanto, el reclutamiento *in génere* es una conducta proscrita.

5.4. En el campo del Derecho Penal Internacional, las conductas punibles como crímenes de guerra, son **reclutar o alistar** niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o **utilizarlos** para *participar activamente* en hostilidades, tanto si se trata de fuerzas armadas o de grupos armados irregulares.

El artículo 9 del Estatuto de Roma prevé, con el fin de evitar conflictos en la tipificación de estas conductas en el derecho penal interno de los Estados, la adopción de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes en el que con la participación de los Estados Parte se defina el alcance de las conductas punibles. Por lo tanto, prima facie, la definición de una conducta punible es la que se encuentra en el Estatuto de Roma.

Ahora bien, para concluir, el Estatuto de Roma no incluye ninguna reflexión sobre si se trata de un reclutamiento voluntario o forzado, ni toma en consideración como causales de exculpación o de atipicidad la voluntariedad o no de los menores en el reclutamiento. Por lo tanto, la interpretación pertinente por tratarse de un tema penal, es que el simple reclutamiento, alistamiento o utilización de menores de 15 años en las hostilidades, tipifica las conductas punibles mencionadas.

5.5. En reconocimiento de estas consideraciones internacionales revisará la Corte a continuación, la regulación que en el derecho interno ha realizado el legislador, para asegurar la protección de los menores que han sido vinculados a los conflictos armados.

6. El marco legal colombiano en la protección de los niños y las niñas que participan en el conflicto armado.

Por mandato de los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Carta Política, la totalidad de las garantías mínimas reseñadas en los tratados internacionales de derechos humanos y DIH señalados previamente, forman parte del ordenamiento interno colombiano y en tal virtud, son vinculantes para todas las autoridades del país. No obstante con fundamento en las obligaciones constitucionales e internacionales a las que se ha hecho referencia, debe recordarse también que existe un marco legislativo relevante de protección para los menores vinculados a los conflictos armados en el derecho interno. A continuación se revisarán las características principales de esas disposiciones de carácter legal.

6.1. El Código de la Infancia y la Adolescencia.

6.1.1. El Congreso de la República aprobó la Ley 1098 de 2006, por la cual se adoptó el *Código de la Infancia y la Adolescencia*, en cuyo texto se reconoció la necesidad y garantía de asegurar el interés superior del menor. En la sentencia C-157 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se destacó de esa preceptiva legal, precisamente lo siguiente:

“El citado estatuto consagra desde sus primeros artículos el interés por extender la protección del menor, precisando que la finalidad de dichas normas es la de garantizar “a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.”(art. 1º). La Ley indica que para todos los efectos de su aplicación, “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.” (art. 2º), y que en la ejecución de sus medidas, que son de orden público y de carácter irrenunciable, “los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”(art. 5º).

De igual forma, la Ley en cita señala la aplicación más favorable de la norma, siempre acorde con el interés superior del menor (art. 6º) y consagra de manera expresa el concepto de Protección integral, definido como aquél reconocimiento como “sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos” (art. 7º).

La Ley 1098 recoge igualmente el concepto de interés superior del menor (art.8º), al advertir que aquél es “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. En cuanto a la prevalencia de los derechos de los niños, el artículo 9º señala que “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona” a lo cual agrega que en caso de conflicto “entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”. (Subrayas fuera del original).

6.1.2. En lo concerniente al reclutamiento y vinculación de niños y niñas a los conflictos armados, el Artículo 20 del Código de la Infancia y de la Adolescencia aseguró como Derechos de Protección de los menores, el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a ser protegidos contra: “7.

el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley” y “13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al convenio 182 de la OIT”.

A su vez el artículo 41 sobre “Obligaciones del Estado”, reconoce que el *“Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: (...) 6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados”.* Además, entre esas obligaciones, está la de *“protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley”.*

Finalmente, en cuanto a los Procedimientos Especiales cuando los Niños, las Niñas o los Adolescentes son Víctimas de Delitos, el artículo 192 reconoce como Derechos Especiales de los Niños, que *“el funcionario judicial ten[ga] en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley”.*

6.2. Otras disposiciones legales y las normas pertinentes en materia penal.

6.2.1. La Ley 548 de 1999 como se dijo, consagró en el derecho interno la prohibición de incorporación de menores de 18 años al servicio militar obligatorio⁷⁹. Atendiendo entonces las directrices internacionales, los menores de edad no pueden ser reclutados ni vinculados a las fuerzas militares del Estado.

6.2.2. La Ley 418 de 1997 “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, consagra en su artículo 17, el deber del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de diseñar y ejecutar un programa especial de protección para la asistencia de todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en las hostilidades o hayan sido víctimas de la violencia política, en el marco del conflicto armado interno. El Instituto Colombiano de

⁷⁹ Artículo 2º. El artículo 13 de la Ley 418 de 1997, quedará así: "Artículo 13. Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad. //<Inciso aclarado por el artículo 1 de la Ley 642 de 2001. El texto original es el siguiente:> Si al acceder a la mayoría de edad el joven que hubiere aplazado su servicio militar estuviere matriculado o admitido en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. Si optare por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones; si optare por el aplazamiento, el título correspondiente sólo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar que la ley ordena. La interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar. //La autoridad civil o militar que desconozca la presente disposición incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución”.

Bienestar Familiar prestará asistencia prioritaria a los menores de edad que hayan quedado sin familia o cuya familia no se encuentre en condiciones de cuidarlos.

6.2.3. La Ley de Justicia y Paz, -Ley 975 de 2005-, definió que no se pueden otorgar beneficios jurídicos a aquellos grupos ilegales que hayan reclutado personas menores de 18 años y en cambio, tendrán beneficios adicionales si entregan a la protección del Estado, los niños, las niñas y adolescentes pertenecientes a sus filas.

En efecto, de acuerdo con la sentencia C-370 de 2006, no confesar el delito de reclutamiento ilícito de personas menores de 18 años durante las versiones libres, y luego comprobarse que se ha faltado a la verdad, genera la pérdida de tales beneficios.

6.2.4. Por otra parte, la Ley 782 de 2002 “*Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones*”, otorga a los menores que participen en el conflicto armado, la condición de víctimas de la violencia política⁸⁰.

En la sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), ante el cuestionamiento constitucional de si los menores, en virtud del reconocimiento establecido por esa ley, podían ser a la par víctimas y victimarios, susceptibles de la acción penal del Estado, sostuvo la Corte que no obstante esa calidad y la de beneficiarios de la actividad protectora del aparato estatal, era constitucional que los menores de edad que hubiesen formado parte de grupos armados al margen de la ley pudieran ser procesados judicialmente por los delitos que hubiesen podido cometer. 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 fueron víctimas y sin prestar la debida atención a las circunstancias de cada caso, constituye a juicio de la Sala, en la práctica según esa providencia, un desconocimiento de los derechos de las otras víctimas generadas a su vez por tales actos. Según se dijo, 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 menores.

⁸⁰ Artículo 6 al que se hace referencia reza lo siguiente: “El artículo 15 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedara así: “Artículo 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1o. de la Ley 387 de 1997. //Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”.

6.2.5. A su vez, en el Decreto 1290 de 2008 sobre Reparación Administrativa para las víctimas de la violencia de los grupos armados ilegales, se definió el delito de reclutamiento de menores de 18 años y se estipuló que los menores víctimas de este flagelo tendrían derecho a los beneficios del decreto, independientemente del proceso judicial en el que se asegure su derecho a la verdad y a la justicia.

6.2.6. En lo que concierne a la acción punitiva del Estado y a la persecución de las conductas proscritas en contra de los menores por reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado, el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 establece que será sancionado con prisión de 3 a 5 años: quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, los induzca a integrarlos, los admita en ellos o les de entrenamiento militar. En el caso colombiano como se ha dicho, se entiende por menores a los niños y niñas en edad inferior a los 18 años.

A su vez, el artículo 162 de Ley 599 de 2000 -Código Penal-, establece el tipo penal del *reclutamiento ilícito*. Por medio de esa disposición los adultos pertenecientes a grupos armados que recluten personas menores de 18 años y los obliguen a participar en las hostilidades bien en forma directa o indirecta, serán sujetos de la acción penal.

6.2.7. Revisadas las disposiciones constitucionales, legales e internacionales relacionadas con la protección de menores, entra la Corte a analizar los cargos de la demanda de la referencia.

7. Análisis de los cargos de constitucionalidad invocados en contra de los artículos 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997 y 162 de la Ley 599 de 2000

Antes de estudiar de fondo las inquietudes ciudadanas en contra de las normas penales arriba mencionadas, la Sala debe revisar la pertinencia de la acción de inexecuibilidad presentada por el señor por razones de omisión legislativa relativa, teniendo en cuenta que no en todos los casos es procedente el control constitucional de normas sobre la base de tal omisión.

7.1. Exigencia de procedibilidad de la acción pública: La omisión legislativa relativa.

7.1.1. Como ya lo señaló anteriormente esta Corporación en la sentencia C-1083 de 2008⁸¹, la ausencia de regulación normativa puede llegar a afectar derechos fundamentales o compromisos asegurados por la Carta Política, en especial cuando el legislador tiene asignada una específica obligación de hacer⁸². Eventualmente en esos casos, la omisión legislativa puede ser

⁸¹ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸² Ver Sentencia C-185 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil

susceptible de control jurisdiccional por vía de la acción pública de inconstitucionalidad.

En tal sentido, la infracción constitucional predicada de una disposición legal acusada de omisión legislativa, no puede atribuirse del texto mismo de la norma, sino precisamente, de la ausencia de regulación; pretermisión que contraría la Constitución Política en relación con materias sobre las cuales el Congreso tiene asignada una concreta obligación constitucional.

7.1.2. Siguiendo la misma sentencia previamente reseñada, la jurisprudencia constitucional ha considerado entonces, que las omisiones legislativas ocurren: (i) al no expedir precepto dirigido a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución al legislador; (ii) cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, se favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; (iii) cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; (iv) cuando el legislador, al regular o construir una institución, omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Carta, sería una exigencia esencial para armonizar la norma con ella (vgr. si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa⁸³). El primero de los ejemplos, en consecuencia, forma parte de la categoría de omisiones legislativas que puede denominarse ‘*absolutas*’. Mientras que los demás tipos de omisiones referidos, son las llamadas *omisiones legislativas relativas*, que pueden ocurrir al carecer la norma de un elemento que desconoce el derecho a la igualdad o la garantía del debido proceso, u otro derecho fundamental⁸⁴.

7.1.3. Ahora bien, con el fin de respetar la autonomía y las competencias funcionales del Congreso, la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado que no toda omisión legislativa puede ser sometida a control constitucional⁸⁵. En efecto, sólo puede ser procedente la acción pública de inconstitucionalidad en el caso de que lo que se invoque sea una omisión legislativa relativa. Al respecto ha dicho la jurisprudencia que el control constitucional puede tener lugar “*sí y sólo sí, la omisión que se ataca, es en esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta*”⁸⁶. La *omisión legislativa absoluta* o ausencia total de disposiciones expedidas por el legislador respecto de una materia, no quebranta la Carta, en la medida en que es al Legislador a quien le incumbe determinar la conveniencia y la oportunidad de regular una materia, en nuestro ordenamiento jurídico⁸⁷. Además, la omisión legislativa absoluta compromete el examen de constitucionalidad, ya que la ausencia de un referente legal que permita una confrontación de la norma con la Carta, es decir la ausencia de uno de los extremos de la actividad comparativa que por definición forma

⁸³ Sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁴ Sentencia C-780 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁵ Sentencia C-509 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸⁶ Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁷ Sentencia C-891A de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

parte del juicio de constitucionalidad, hace inviable la procedencia de un control semejante. En consecuencia,

7.1.4. En sentido contrario, la *omisión legislativa relativa*, implica que el legislador reguló una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, al omitir una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa a fin de armonizar el precepto con la Carta. Frente a la *omisión legislativa relativa*, la Corte se ha declarado competente para abocar su conocimiento, por cuanto tienen efectos jurídicos que pueden “*presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores*”⁸⁸. En el caso de una omisión relativa, ha dicho la Corte que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa incompleto en su concepción⁸⁹, y que puede ser cotejado con la Carta, por resultar arbitrario, “*inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso*”⁹⁰.

7.1.5. Por otra parte, también ha dicho la jurisprudencia que sólo merecen reproche constitucional, las omisiones que por razones lógicas o jurídicas⁹¹, se traducen en normas implícitas que prohíben o desconocen algo de lo ordenado por la Carta⁹², en virtud del efecto que la omisión legislativa produce. En este sentido, a fin de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, la Corte recuerda que son requisitos de procedencia de las acciones constitucionales por omisiones legislativas relativas, los siguientes: “*(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que el Legislador omitió tal obligación, sin que mediara motivo razonable a pesar de que reguló parcialmente la misma materia; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador*”⁹³.

⁸⁸ Sentencia C-690 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido, ver la sentencia C-543 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-146 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-1255 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁸⁹ Sentencia C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁹⁰ Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹¹ Sentencia C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹² Sentencia C-891A de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹³ Ver la Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver, entre otras, las Sentencias C-543/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-427 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-185 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7.1.6. Ahora bien, sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada⁹⁴. La posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada entonces al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún otro caso de preceptos que no hayan sido vinculados al proceso⁹⁵. El ataque no puede recaer sobre un conjunto indeterminado de normas con el argumento de que omiten la regulación de un aspecto particular, ni tampoco pueden ser demandadas normas de las cuales no emerge el precepto que el actor extraña.

7.1.7. En los casos en que la Corte ha entrado de fondo a analizar el tema de las omisiones legislativas relativas, al prosperar los cargos de los ciudadanos, esta Corporación ha procedido a neutralizar los comprobados efectos negativos del silencio del legislador. Para ello se incorporan en la norma atacada un significado que se ajuste a los dictados superiores, -mediante sentencias integradoras o aditivas-, u otorgando al Congreso de la República un plazo para escoger entre distintas alternativas, ante la incompatibilidad de la norma acusada con la Carta, cuando ha sido imposible integrar la norma.

7.1.8. En el caso que nos ocupa, el actor ciertamente propone la presunta existencia de una omisión legislativa relativa. Por esta razón es procedente la revisión constitucional de las disposiciones atacadas.

7.2. El alcance y repercusión de las normas penales demandadas.

Las normas penales acusadas, pretenden dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en lo que respecta al reclutamiento y utilización de menores en conflictos armados y perseguir a los infractores de tales delitos. La repercusión de esas disposiciones es determinante en el cumplimiento de los objetivos de protección de los niños y de las niñas vinculados a las hostilidades. A continuación revisará la Corte la necesidad y urgencia de la persecución de esas conductas en nuestro país.

7.2.1. La realidad de los niños vinculados al conflicto y la importancia de la acción punitiva del Estado en estas materias.

7.2.1.1. Colombia, es el cuarto país del mundo, luego de la República Democrática del Congo, Ruanda y Myanmar, con el mayor número de niños y jóvenes vinculados⁹⁶ a los grupos armados ilegales⁹⁷.

⁹⁴ Sentencias C-543 de 1996 y C-1549 de 2000.

⁹⁵ Sentencia C-185 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁹⁶ Es extremadamente difícil obtener cálculos precisos sobre el número de niños involucrados con los grupos armados. Según Women's Commission for Refugee and Children 2004, "en el informe integral sobre niños soldados en Colombia: *"Aprenderás a no llorar: Niños Combatientes en Colombia"* (septiembre de 2003), Human Rights Watch calcula que unos 11.000 niños, algunos de hasta siete años, están asociados con grupos armados en el país. Todos los actores armados utilizan tanto a niños como a niñas. El Secretario General de las Naciones Unidas (F/2003/1053) estima que 7.000 niños están asociados con grupos armados ilegales y otros 7.000 están asociados con las milicias urbanas. Todos los grupos armados ilegales en Colombia matan,

En la sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), esta Corporación, luego de un estudio exhaustivo sobre la situación de los niños y adolescentes que son víctimas de los conflictos armados y que son reclutados y utilizados por los grupos armados irregulares, llegó a las siguientes conclusiones sobre el drama de lo que ello representa para los países que padecen esta situación:

(i) Según datos de la Oficina del Representante Especial del Secretario General de la ONU para los Niños y el Conflicto Armado, cerca de 300.000 niños o adolescentes, han ingresado a las filas de los grupos armados en los diferentes conflictos, desempeñando una variedad de roles en función de las hostilidades. En la mayoría de estos casos los menores han sido víctimas del reclutamiento forzoso.

(ii) Aproximadamente el 10% de todos los combatientes del mundo son menores de edad⁹⁸; 76% de los conflictos armados que se han desarrollado durante la última década cuentan con combatientes menores de 18 años; entre estos conflictos, el 80% incluye combatientes menores de 15. El 40% de las organizaciones armadas que operan en el mundo utiliza menores de edad entre sus filas. Entre los países en los cuales se ha documentado esta práctica, se encuentra Colombia.

(iii) A los menores combatientes se les incorpora a los grupos armados legales o ilegales, bien sea por la fuerza o bien de manera aparentemente “voluntaria”. Aunque es excepcional la vinculación *auténticamente voluntaria*. La comunidad internacional y los expertos en el tema, consideran que el calificativo de “voluntario” no corresponde con la situación material que lleva a los menores de edad a “decidir” que quieren participar en un grupo armado. En efecto, la opción de un niño de ingresar a estos grupos no es generalmente una decisión libre. La determinación de incorporarse a las filas obedece, en la práctica, a presiones de tipo económico, social, cultural o político, que no dejan alternativa a los niños ni a sus familias. Los factores de mayor peso que

mutilan y torturan prisioneros; algunos también secuestran y asesinan a civiles. Niños desvinculados han contado que eran forzados a matar personas y descuartizar sus cuerpos. Más de un tercio de los niños entrevistados por HRW para “*Aprenderás a no llorar*”, dijeron haber participado directamente en asesinatos fuera de combate. Más de la mitad de los niños que no admitieron una participación directa, dijeron haber presenciado asesinatos o haber oído de ellos. El Defensor del Pueblo señaló un caso, similar al anterior, en el que un niño había sido usado como una desconocida arma de guerra. El 27 de Abril de 2003, Edwin Orlando Roperro Serrano de 10 años, residente en el municipio de Fortul en el departamento de Arauca, se encontraba en una panadería cuando se le acercaron y le entregaron una bicicleta con la cual debía hacer un mandado. Media hora después, la bicicleta explotó frente a un retén militar, matando a Edwin”. Tomado en: <http://www.watchlist.org/reports/pdf/colombia.report.es.pdf>

⁹⁷ Ana Milena Montoya. “Niños y jóvenes en la Guerra. Aproximación a su reclutamiento y vinculación en Colombia”. Revista Opinión Jurídica. Enero – Julio. Volumen 7. Número 013. Universidad de Medellín. 2008. Dato tomado de: Organización de las Naciones Unidas (2006). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos Humanos en Colombia. Tomado de: E/CN.4/2006/9 y ver Informe del Secretario General de la ONU sobre niñez y conflicto en: http://www.crin.org/docs/sg_cac_2006.pdf

⁹⁸ “Security for a new Century: A Study Group Report” – The Henry L. Stimson Center – Dr. Peter W. Singer, January 2005. En: www.stimson.org/newcentury

subyacen a estas “decisiones” son de naturaleza económica y social: la pobreza de las familias, que les lleva a ofrecer a los menores a cambio de un ingreso o retribución, o simplemente por la ausencia de recursos para su manutención. Los factores psicológicos, ideológicos y culturales también inciden sobre este fenómeno, ya que por sus condiciones emocionales, los menores de edad son altamente vulnerables a la retórica de los reclutadores, a la exaltación del poder y por ese hecho son fácilmente manipulables para ingresar a dinámicas violentas que no pueden comprender ni resistir. Expresamente la sentencia C-203 de 2005 señaló que *“los anteriores factores no dejan dudas para la Corte, sobre lo poco “voluntario” de la “decisión” de un menor de ingresar a los grupos armados al margen de la ley”*.

(iv) Una vez reclutados, los niños y adolescentes cumplen roles tanto principales como de apoyo dentro del conflicto armado. Son incorporados en calidad de combatientes directos, o bien como cocineros, cargueros, guardias, mensajeros, espías, informantes, guardaespaldas o “campaneros”; tanto niños como niñas son, así mismo, utilizados como esclavos sexuales o trabajadores forzados en labores cotidianas. Otros son sometidos a tareas excesivamente riesgosas, como la detección de minas o el transporte de municiones y explosivos, o incluso para operaciones suicidas. Por lo general reciben el mismo trato que los adultos, incluyendo las violentas ceremonias de inducción y sanciones disciplinarias que incluyen la ejecución extrajudicial. Además de estar expuestos a los riesgos implícitos en estas actividades, afrontan el riesgo de violentas represalias por los grupos enemigos, o de la ejecución en caso de huir del grupo.

(v) Ahora bien, la participación de menores de edad en los grupos armados surte profundos efectos psicológicos, sociales y políticos para los menores en el corto, mediano y largo plazo. En primer lugar, toda forma de participación en el conflicto armado, sea directa o indirecta, es nociva para los menores de edad. La Corte señaló en la sentencia que se cita, que la definición de “menor combatiente” debe incluir a todos los menores que no cumplen funciones de combate propiamente dicho pero sí llevan a cabo alguno de los distintos roles de apoyo que pueden desempeñar en torno a las hostilidades. Ya que no es solamente el rol en sí mismo lo que genera efectos nocivos, sino también el clima de violencia y la proximidad al conflicto. Quienes sobreviven sufren, invariablemente, profundas consecuencias psicosociales como resultado de su participación en el conflicto. Los traumas psicológicos derivados de sus experiencias en la guerra, la separación de sus familias y la vida como combatientes generan complejos cuadros individuales. A nivel social los menores también sufren efectos negativos como consecuencia de haber perdido valiosos años de educación. Por haber sido privados de la oportunidad de crecer en un ambiente de protección y cariño, de asistir a la escuela y de interactuar con sus pares, suelen des-sensibilizarse al sufrimiento humano, por lo cual tienden a menudo a caer en patrones de conducta delictiva. Las niñas que han tomado parte en el conflicto son frecuentes víctimas de violencia sexual, prostitución forzada y esclavitud sexual sistemáticas por parte de sus

superiores. Su alta exposición a la violencia y explotación sexual genera traumas psicosociales también para ellas.

(vi) En el caso colombiano, los principales estimativos señalan que hay entre 11.000 y 14.000 menores de edad militando hoy en día en las filas de los grupos armados ilegales que operan en el territorio nacional⁹⁹. Los datos que revelan son de suma gravedad y ponen de presente la urgencia del problema social y humanitario que existe. De hecho, la situación colombiana ha sido recientemente puesta en conocimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por el Secretario General de dicha organización, quien incluyó en su informe sobre niños en el conflicto armado de 2002 (documento S/2002/1299) una denuncia sobre la continuación de la práctica del reclutamiento infantil en Colombia por parte de los grupos armados ilegales en conflicto¹⁰⁰.

7.2.1.2. Las disposiciones legales objeto de la acción de inconstitucionalidad en esta oportunidad, son precisamente las normas penales que pretenden asegurar la punibilidad del delito de reclutamiento ilícito de menores al que se ha hecho referencia.

7.3. Los cargos presentados por el ciudadano y el alcance de las normas penales acusadas.

7.3.1. El demandante sostiene en esta oportunidad, que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa en los artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997 y 162 de la Ley 599 de 2000, al no incluir dentro de las conductas sujetas a sanción penal, la *utilización* de menores en hostilidades o en acciones armadas y condicionar dicha *utilización*, a que la vinculación de los niños y niñas sea *obligada*, excluyendo así la penalización de la participación voluntaria de menores en los grupos armados. Tal omisión, a su juicio, desconoce el bloque de constitucionalidad en la materia y los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 superior.

⁹⁹ El caso colombiano ha sido objeto de varios estudios específicos, incluyendo el de la ONG Human Rights Watch titulado “Aprenderás a no llorar – niños combatientes en Colombia”, un segmento especial del informe “*Child Soldiers Global Report 2004*”, producido por la Coalición para Detener el Uso de Menores Combatientes (*Coalition to Stop the Use of Child Soldiers*), varias menciones y referencias específicas en informes del Secretario General de la ONU, y algunos estudios efectuados por autoridades nacionales, en particular la Defensoría del Pueblo

¹⁰⁰ No se trata de un fenómeno nuevo para nuestro país. Una de las constantes de los conflictos internos que ha atravesado Colombia desde el siglo XIX ha sido la participación de niños en los combates. Baste recordar, por ejemplo, a los menores de edad que formaron parte de los ejércitos enfrentados en la Guerra de los Mil Días, bien fuera como espías, informadores, ordenanzas o combatientes, que murieron en el campo de batalla - tal fue el caso del batallón comandado por el General Vargas en la batalla de Palonegro, compuesto por niños de 15 a 17 años provenientes del Norte de Santander, los cuales perdieron la vida sin excepción durante dicha contienda-, o durante las labores que cumplían como parte de los “cuerpos cívicos” encargados de la defensa de las ciudades durante los ataques. En este mismo sentido, puede recordarse a los niños que formaron parte de las cuadrillas enfrentadas durante la época de la Violencia en los años 40-60 del siglo XX, entre los cuales algunos como el “Caporal” o el “Teniente Roosevelt” (de 11 o 12 años de edad) se hicieron tristemente célebres por sus hazañas macabras.

Como se ha visto hasta el momento, ciertamente la mayoría de las disposiciones internacionales ratificadas por Colombia en materia de derecho humanos y DIH, señalan genéricamente como conductas proscritas en los distintos ámbitos invocados, el *reclutamiento* y la *utilización* de menores en los conflictos armados. No obstante, algunas de esas normas hablan preferentemente de *reclutamiento* y *participación* en las hostilidades (DIH), o del *reclutamiento, alistamiento y utilización* (CPI) de menores, como conductas prohibidas. En la configuración del delito internacional correspondiente -crimen de guerra-, se ubican en concreto tres elementos de tipificación pertinentes: (i) que el sujeto activo del delito sea el Estado o los grupos armados ilegales; (ii) que los sujetos pasivos sean los menores de 15 años; y (iii) que las conductas proscritas sean el reclutamiento o alistamiento y utilización de menores para la participación en las hostilidades.

7.3.2. En atención a lo anterior, surge la siguiente pregunta: ¿el establecimiento de una prohibición en el derecho internacional de los derechos humanos, el DIH y el DPI obliga a los Estado parte automáticamente a la penalización de las conductas prohibidas?

Para responder esta inquietud, lo primero que debe recordar esta Corporación es lo siguiente:

(a) Si bien el efecto disuasivo de la justicia penal como mecanismo de protección de los derechos humanos ha sido ampliamente cuestionado, la penalidad de las conductas que comprometen gravemente tales derechos, sí contribuye a su protección como garantía de la lucha contra la impunidad. En materia de política criminal, la Constitución Política le reconoce al Legislador un margen de discrecionalidad para desarrollar determinar o no el establecimiento de delitos y sanciones según la valoración que éste haga en el marco de la Constitución. Así, el legislador puede adoptar estrategias diferentes conforme a la soberanía estatal, siempre que la alternativa aprobada, además de ser legítima, respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Sin embargo, la Corte ha precisado que en el ejercicio de esta atribución, el Congreso “*no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta*”¹⁰¹.

Al respecto, la Corte debe reiterar que los principios y valores supremos así como los derechos fundamentales que hacen de la dignidad de las personas el eje central de las reglas de convivencia consagradas en la Carta Política de 1991, se erigen en límites constitucionales a las competencias de regulación normativa que incumben al Congreso, como titular de la cláusula general de competencia, de modo que, so pretexto de su ejercicio, no le es dable desconocer los derechos inalienables de las personas de acuerdo a la Carta

¹⁰¹ Sentencia C-148 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

Política¹⁰². Tampoco puede desconocer las disposiciones que en virtud del artículo 93 superior ingresan al bloque de constitucionalidad.

(b) Los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, constituyen un estándar mínimo de protección de derechos. Por ende, un Estado Parte puede libremente aumentar el estándar de defensa¹⁰³ propio de esas disposiciones, si ello le resulta pertinente. De lo anterior se contrae, que no necesariamente existe una regla de identidad absoluta entre la protección ofrecida a nivel internacional y la que corresponde adoptar a los Estados Parte en el derecho interno, si la norma interna es más favorable. A este respecto recuerda la Sala que en materia de reclutamiento de niños y niñas, las prohibiciones del DIH y de la CPI aluden a personas menores de 15 años. Colombia ha ampliado desde tiempo atrás su estándar de protección a los menores de 18 años de edad. De suerte que la legislación penal del país ha buscado conciliar las raíces del conflicto armado con la realidad jurídica y social, aumentando el umbral de protección de los menores, en claro cumplimiento del principio *pro homine*.

(c) Teniendo en cuenta que el éxito del Estatuto de Roma depende en gran parte de la vigencia del principio de complementariedad, la posibilidad jurídica para que un Estado parte ejerza la jurisdicción primaria que le corresponde en materia penal, es de gran importancia. En ese sentido, debe considerarse que en atención a los alcances del derecho punitivo de los Estados, del reconocimiento de disposiciones garantistas o de la determinación de actuaciones proscritas en materia de derechos humanos, no se deriva automáticamente el surgimiento de conductas penales con ocasión de las disposiciones internacionales. Así, del mandato de protección propuesto por el DIDH, pueden generarse en el derecho interno normas de regulación, de comportamiento, de reparación o de infracción. No obstante, en caso de que los Convenios internacionales sí exijan a los países miembros la tipificación de conductas proscritas¹⁰⁴, -como ocurre en esta oportunidad con el *Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados*-, el legislador interno cuenta con un amplio margen de configuración para cumplir con la mencionada obligación internacional. En el caso colombiano, dada la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad, una vez que el legislador decida proceder en consecuencia, debe atender con detenimiento las premisas signadas en los convenios internacionales respectivos a fin de asegurar la eficacia de los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, existe una distinción evidente entre la conclusión anterior y las conductas prohibidas en el marco del *ius cogens*. En ese sentido, si bien no debe confundirse la prohibición de una conducta de *ius cogens* a la que se

¹⁰² Sentencia C-148 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁰³ Sentencia C-177 de 2001.

¹⁰⁴ Revisar el Protocolo Facultativo. En él, Colombia se compromete a tipificar las conducta prohibida respecto del reclutamiento y utilización de menores por parte de los grupos irregulares.

compromete un país con el ejercicio punitivo del Estado¹⁰⁵, en el caso colombiano, como las normas de DIH son consuetudinarias, de carácter imperativo y no admiten disposiciones en contrario, esta Corporación ha reconocido que “*el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno, a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores*”¹⁰⁶. A su vez, cuando se trata de tipos penales que forman parte del *ius cogens*, como puede ser el caso de conductas proscritas como el genocidio¹⁰⁷ o de los crímenes de lesa humanidad, “[*que*] *son graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones*”¹⁰⁸”¹⁰⁹, la actuación del legislador está claramente limitada, dada la imprescriptibilidad de estas conductas y la imposibilidad de consagrar excluyentes de responsabilidad para impedir la investigación y sanción de los responsables.

En cuanto a los crímenes de guerra, los Estados se ven claramente comprometidos en la tarea de combatirlos, por lo que les es exigible la debida diligencia en incorporar las figuras represivas a su legislación doméstica, la investigación de los delitos, el agotamiento de los medios necesarios para la captura de los autores y su juzgamiento¹¹⁰.

¹⁰⁵ El Derecho Internacional consuetudinario no es apto para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables al derecho interno.

¹⁰⁶ Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁷ La Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva del 29 de mayo de 1951(54) emitida por siete votos contra cinco, sobre la Convención contra el Genocidio, sentó algunos precedentes de importancia. En primer lugar, la decisión estimó que los principios subyacentes en esta Convención, son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas y que son obligatorios para los Estados, aún sin el nexo convencional que significa el texto del tratado. De acuerdo al Tribunal, el objeto y propósito de la misma Convención limita a los Estados en su facultad soberana de hacer reservas y en plantear objeciones. El 20 de marzo de 1993 el gobierno de Bosnia denunció a Yugoslavia por violaciones a la Convención. La Corte rechazó la idea sostenida por Yugoslavia, de que la responsabilidad de los Estados bajo la Convención contra el Genocidio no comportaba sino un deber de prevenir y castigar actos de genocidio. La C.I.J. sostuvo que las obligaciones van más allá y que la Convención no precluye la responsabilidad del Estado por actos de genocidio, por lo que reafirmó el derecho a la protección diplomática por un Estado soberano cuyos ciudadanos sufrieron alguna de las conductas que la Convención declara ilegales.

¹⁰⁸ La expresión *delicta iuris gentium* fue acuñada en el juicio contra Adolph Eichmann por la Corte de Israel al señalar la necesidad de contar con una jurisdicción universal para juzgar crímenes atroces en los siguientes términos: “Los crímenes atroces se definen como tales tanto en el derecho de Israel como en el de otras naciones. Aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen “*delicta iuris gentium*”. Por lo tanto, el derecho internacional antes que limitar o negar la jurisdicción de los Estados con respecto a tales crímenes, y en ausencia de una corte internacional para juzgarlos, requiere que los órganos legislativos y judiciales de cada Estado creen las condiciones para llevar a estos criminales a juicio. La jurisdicción sobre estos crímenes es universal” (Traducción no oficial). En Cr.C (Jm) 40/61, *The State of Israel v. Eichmann*, 1961, 45 P.M.3, part. II, para. 12, citado por Brown, Bartram. *The Evolving Concept of Universal Jurisdiction*. En *New England Law Review*, Vol 35:2, página 384. Ver también <http://www.nizkor.org/hweb/people/eichmann-adolph/transcripts/judgement-002/html>. El término “core” fue adicionado posteriormente para referirse al conjunto de crímenes que como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra más graves son objeto de jurisdicción universal por los Estados, independientemente de la nacionalidad del autor o de las víctimas y del lugar en donde fueron cometidos, incluidos la piratería, la esclavitud, la tortura y el apartheid. El Estatuto de Roma reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre algunos de esos crímenes.

¹⁰⁹ Sentencia C-578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁰ Alberto Luis Zuppi. “*La jurisdicción extraterritorial y la corte penal internacional*”. Editorial la Ley, Buenos Aires, mayo de 2001. Tomado de: <http://www.abogarte.com.ar/zuppicpi2.htm>

Todas estas razones suponen la necesidad de una correspondencia efectiva entre las normas penales internacionales y las disposiciones internas a fin de asegurar una mayor eficacia en la persecución de las conductas proscritas y un respeto efectivo a las garantías y derechos incorporados con fundamento en el bloque de constitucionalidad.

7.3.3. En ese sentido, en cuanto a las normas penales acusadas en esta oportunidad, se recuerda que el artículo 14 de la **Ley 418 de 1997**¹¹¹ incluye como verbos rectores de la conducta penal reprochable en materia de reclutamiento y utilización de menores en los conflictos, los siguientes:

“Artículo 14. Quien **reclute** a menores de edad **para integrar** grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o **los induzca a integrarlos**, o **los admita** en ellos, o **quienes con tal fin** les proporcione **entrenamiento militar**, será sancionado con prisión de tres a cinco años. (...)”

Cabe destacar igualmente, que en la Ley 599 de 2000, el Legislador decidió introducir en el Libro Segundo “sobre los delitos en particular” un título específico relativo a los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Como se desprende de los antecedentes de dicha ley, la voluntad del Legislador fue la de manifestar la voluntad del Estado colombiano de atender los compromisos internacionales ligados a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y en particular de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977¹¹².

Al respecto, el artículo 162 de la **Ley 599 de 2000** -Código Penal-, consagró como punibles las siguientes conductas.

Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, **reclute** menores de dieciocho (18) años o **los obligue a participar directa o indirectamente** en las hostilidades o en acciones

¹¹¹ Se recuerda que esa norma está vigente actualmente, como ya se informó. En efecto, la **Ley 418 de 1997** en su artículo 131 rezaba originalmente lo siguiente: “*Artículo 131. Esta ley tendrá una vigencia de dos (2) años a partir de la fecha de su promulgación, deroga las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995, así como las disposiciones que le sean contrarias*”. La **Ley 548 de 1999** fue expedida con posterioridad a fin de prorrogar la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y dictar otras disposiciones. Esa ley en el artículo 1° señaló: “*Prorrógase la vigencia de la Ley 418 de 1997 por el término de tres (3) años, contados a partir de la sanción de la presente ley*”. Luego, la **Ley 782 de 2002** prorrogó en una segunda oportunidad la vigencia de la Ley 418 de 1997, estableciendo en su artículo 1°, lo siguiente: “*Prorróguese por el término de cuatro (4) años la vigencia de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 13, 14, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 37, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129 y 130 de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999*”. Finalmente, la **Ley 1106 de 2006** prorrogó nuevamente “la vigencia de la Ley 418 de 1997, modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 como se explica a continuación: “*Artículo 1°. De la prórroga de la ley. Prorróguese por el término de cuatro (4) años, la vigencia de los artículos: 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 13, 14, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 37, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 54, 55, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 102, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129 y 130 de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002. Prorróguese de igual forma, los artículos: 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43 y 46 de la Ley 782 de 2002*”.

¹¹² Sentencia C-148 de 2005. M.P. Álvaro tafur Gálvis.

armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para la Sala, 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 armados, 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.

En ese sentido, 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.

7.3.4. En efecto, realizando una interpretación gramatical de las normas acusadas de acuerdo con la exégesis penal, en el artículo 14 de la Ley 418 de 1997, las conductas punibles reconocidas por el legislador son: (i) el *reclutamiento* para integrar a los menores a los grupos insurgentes o a los grupos de autodefensa; (ii) la *inducción a esa integración*; (iii) la *admisión* de los menores a tales grupos y (iv) el *entrenamiento militar* para el efecto.

El *reclutamiento*, resulta ser la misma conducta proscrita en las disposiciones internacionales revisadas. La *inducción a esa integración*, supone el despliegue de actos de instigación o de persuasión con el fin de lograr la integración del menor, sin que necesariamente signifiquen su reclutamiento efectivo. La *admisión*, por su parte, implica la *aceptación* del menor en los grupos armados, por lo que dicho verbo rector, en los términos del Diccionario Real de la Academia, debe ser entendido como el *ingreso efectivo* de los niños o niñas a los grupos insurgentes o de autodefensas. Finalmente el *entrenamiento militar* supone una capacitación en las actividades bélicas.

Ahora bien, nótese que con respecto a la *admisión* si bien en un primer momento podría pensarse que ella implica una diferencia conceptual con los verbos rectores de *participación* o *utilización* de los niños y niñas en el conflicto previstos en las normas internacionales, la Sala concluye por el contrario, que en ambos casos, -esto es, 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.

De hecho, según el Diccionario de la Real Academia Española al que se alude, *participar* (DIH) significa, “*tener parte en una sociedad o negocio*”. Utilizar,

que es la otra conducta punible prevista en el DPI, significa “*emplear [a alguien] en algo*”. *Admitir* o ingresar a los grupos armados, de otro modo, como conducta punible prevista en las normas internas, significa a su vez “*formar parte de una corporación*”, de lo que se deriva su participación o actuación en ella.

De esta forma, asegurando el interés superior del menor, el legislador interno 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. 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, según la legislación civil nacional, es evidente que 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. De esta forma, no se restringe la protección de los menores frente a esta conducta punible reconocida en la legislación internacional, como lo pretende el actor.

En cuanto a la participación o utilización directa o indirecta de los menores en el conflicto, considera la Corte que ella se subsume en el concepto de *admisión o ingreso* de los menores a los grupos armados irregulares, por las razones expuestas. Ese 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.

7.3.5 En cuanto al artículo 162 de la Ley 599 de 2000 -Código Penal-, las conductas punibles que ésta norma establece son: (i) reclutar a los menores y (ii) *obligarlos* a participar *directa o indirectamente* en las hostilidades

Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, **reclute** menores de dieciocho (18) años o **los obligue a participar directa o indirectamente** en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este caso, esta norma penaliza de manera cualificada la misma conducta imponiendo una pena mayor a quien incurra en ella. En efecto, prohíbe igualmente el reclutamiento de los niños y las niñas, pero aumenta la sanción, ya que expresamente se trata de una *participación forzada en las hostilidades o acciones armadas, directa o indirectamente*. Esta norma penal, en consecuencia, complementa el precepto anterior, y pretende proteger con mas

severidad la participación obligada de los menores en las circunstancias bélicas sean directas o indirectas.

Ello en principio no resulta contrario a las disposiciones internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, ya que nada impide que el legislador disponga que mediante dos normas penales de distinto alcance, se asegure la punibilidad final de todas las conductas contrarias a los derechos de los niños y niñas, previstas en el derecho internacional.

De lo anterior se concluye que estas normas penales, lejos de controvertir los preceptos internacionales en la materia, aseguran la penalización de las conductas proscritas por la comunidad internacional frente al reclutamiento y utilización de menores en los conflictos armados. De hecho aunque los tipos penales no son idénticos a los previstos en el DIH o en DPI, - como no lo son ellos entre sí-, es claro que las conductas que tales disposiciones internacionales pretenden evitar en el concierto del conflicto armado, están previstas en el derecho penal interno. Esta conclusión e interpretación se ve reforzada, con el principio de integración de las normas internacionales de derechos humanos que se encuentra previsto en el artículo 2º del Código Penal actual.

7.3.6. Así, ya que la jurisprudencia constitucional ha precisado que el supuesto básico de una omisión legislativa relativa, consiste en que el legislador al regular una materia lo hace de manera parcial, en la medida que no cobija a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o deja de regular algún supuesto que por mandato constitucional debería estar incluido, concluye la Corte que en virtud de lo expuesto, ninguna de las normas demandadas adolece de una omisión legislativa relativa violatoria de la Constitución o del bloque de constitucionalidad.

Definido lo anterior, se declararán exequibles el inciso 1º del artículo 14 de la Ley 418 de 1997 y el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, por los cargos de la demanda.

VII. DECISION.

Por las anteriores razones la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declárese **EXEQUIBLE** el inciso primero del artículo 14 de la Ley 418 de 1997, por los cargos de la demanda.

Segundo.- Declárese **EXEQUIBLE** el artículo 162 del Código Penal -Ley 599 de 2000-, por los cargos de la demanda.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

NILSON PINILLA PINILLA
Presidente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

CLARA HELENA REALES GUTIÉRREZ
Magistrado
Salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-240 DE 2009

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Procedencia en delitos de reclutamiento de menores y reclutamiento ilícito/**RECLUTAMIENTO DE MENORES Y RECLUTAMIENTO ILICITO**-Constituyen tipos penales en los que se configuró una omisión legislativa relativa (Salvamento de voto)

Resulta evidente la configuración de una omisión legislativa relativa en el caso del delito de reclutamiento de menores, en la medida en que el legislador cumplió parcialmente los compromisos internacionales asumidos en materia de protección de los menores de edad en situaciones de conflicto armado, por cuanto si bien tipificó como delito el reclutamiento de aquellos, omitió realizar cualquier referencia a la participación, directa o indirecta, de los mismos en las hostilidades; en tanto que en el delito de reclutamiento ilícito la obligación del Estado no se puede limitar a investigar y sancionar a quienes obliguen a los menores a participar directa o indirectamente en las hostilidades, sino que igualmente debe hacerlo en relación con aquellos que permitan tal participación, calificada incluso en algunos casos como voluntaria, configurándose un incumplimiento, por parte del legislador, de los deberes de protección de la niñez, al prever tan solo como delito la coacción a participar directamente o indirectamente en las hostilidades, dejando por fuera del ámbito de aplicación de la ley penal a quienes permiten que aquello suceda, so pretexto de una voluntad de los menores de participar en el conflicto armado.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Ejercicio con base en normas internacionales vigentes al momento de la entrada en vigencia de la norma demandada (Salvamento de voto)

DERECHO PENAL INTERNACIONAL-Características (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-Aplicación (Salvamento de voto)

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-Improcedencia de la confrontación de sus normas con las normas penales internas (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-7411

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones” y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Magistrado Ponente:
Mauricio González Cuervo.

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales no compartí las decisiones adoptadas por la Sala Plena en sentencia C- 240 de 2009, mediante la cual se resolvió lo siguiente:

*“Primero.- Declárese **EXEQUIBLE** el inciso primero del artículo 14 de la Ley 418 de 1997, por los cargos de la demanda.*

*Segundo.- Declárese **EXEQUIBLE** el artículo 162 del Código Penal - Ley 599 de 2000-, por los cargos de la demanda.*

Sobre el particular, téngase presente que el cargo de inconstitucionalidad consistía en sostener que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa en los artículos 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997 y 162 de la Ley 599 de 2000, al no incluir dentro de las conductas sujetas a sanción penal, la *utilización* de menores en hostilidades o en acciones armadas y condicionar aquélla a que la vinculación de los niños y niñas sea *obligada*, excluyendo así la penalización de la participación voluntaria de menores en los grupos armados. La anterior situación conduce, a juicio del demandante, a desconocer el bloque de constitucionalidad en la materia y los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 superior.

La mayoría de la Corte consideró que los referidos cargos de inconstitucionalidad no estaban llamados a prosperar, razón por la cual las normas acusadas fueron declaradas *exequibles*. Por el contrario, en mi concepto, los cargos por inconstitucionalidad por omisión relativa debían haber prosperado, por las siguientes razones.

1. Las obligaciones internacionales que debía atender el legislador nacional.

En la sentencia se adelanta un minucioso examen acerca de los diversos instrumentos internacionales que regulan el tema de la participación de los menores en los conflictos armados internos e internacionales. En tal sentido,

se analizan (i) la Convención de Derechos del Niño (1989); (ii) el Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil (adoptado el 16 de junio de 1999 y entrado en vigencia en Colombia el 19 de noviembre de 2000); (iii) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados (que entró en vigencia para Colombia el 25 de mayo de 2005); (iv) la resolución núm. 1612 de 2005 del Consejo de Seguridad de la ONU; (v) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (tratado internacional que, en materia de crímenes de guerra entró en vigencia para Colombia el 1 de noviembre de 2009); y (vi) los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

Así pues, la lectura del fallo da a entender que el juez constitucional debía confrontar los contenidos de las normas acusadas, es decir, los artículos 14 de la Ley 418 de 1997 y 162 de la Ley 599 de 2000, frente a todos los instrumentos internacionales anteriormente reseñados, a efectos de determinar si se había incurrido en una omisión por inconstitucionalidad relativa. Por el contrario, considero que la forma de adelantar el análisis debía haber sido diferente, por las siguientes razones.

a. Las normas internacionales en relación con las cuales debía haber sido ejercido el control de constitucionalidad por omisión, sólo podían haber sido aquellas vigentes con antelación a la entrada en vigencia de las normas penales internas acusadas. En efecto, si los cargos de inconstitucionalidad apuntaban a señalar que el legislador nacional, al momento de tipificar el delito de reclutamiento de menores de edad omitió algunos comportamientos previstos en las normas internacionales, el examen de la Corte se debió limitar a confrontar las leyes acusadas con los tratados internacionales que, en ese momento, vinculaban efectivamente al Estado colombiano. Sin duda, no se puede estructurar un cargo por inconstitucionalidad por omisión relativa si, al momento de legislar, no existía un compromiso internacional que vinculara al Estado.

b. No se deben confrontar las normas penales internas con disposiciones de derecho penal internacional. Al respecto, es preciso señalar que las normas de derecho penal internacional se caracterizan por (i) tipificar comportamientos que son calificados como crímenes internacionales; (ii) imponer a los Estados Partes obligaciones tales como investigar y sancionar tales conductas; y (iii) en ocasiones, crear estructuras judiciales internacionales competentes para asumir procesos penales contra los responsables de aquéllos, en caso de que los Estados no cumplan con sus deberes en la materia (*principio de complementariedad*).

En tal sentido, confrontar normas penales internas con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no resulta adecuado por cuanto el tratado internacional se limita a (i) fijar los ámbitos de competencia material, personal, territorial y temporal de la CPI; y (ii) regular la aplicación del principio de complementariedad. En otras palabras, los legisladores internos

gozan de un cierto margen de configuración normativa al momento de tipificar conductas penales, pudiendo incluso ir más allá de lo dispuesto en el instrumento internacional (vgr. incluir dentro del genocidio a los grupos políticos), a condición de que no vulnere el objeto y el fin del tratado internacional. De igual manera, si el legislador penal no tipifica un determinado comportamiento que se encuentra descrito en el Estatuto de Roma, no por ello viola el tratado. En efecto, la consecuencia de tal omisión legislativa será simplemente que la CPI pueda llegar a asumir competencia de un asunto, por cuanto resulta evidente que al no encontrarse previsto como delito una conducta considerada crimen internacional, entra a operar el principio de complementariedad.

En conclusión, el examen de constitucionalidad que debió realizar la Corte debió soportarse, únicamente, en los instrumentos internacionales vigentes para Colombia al momento de expedirse las leyes acusadas, no siendo el Estatuto de Roma realmente un parámetro para ejercer el control de constitucionalidad por omisión, por cuanto (i) en materia de crímenes de guerra, como lo es el reclutamiento de menores de edad, el tratado entró en vigencia sólo el 1 de noviembre de 2009, es decir, con marcada posterioridad a la fecha de expedición de las normas acusadas y (ii) el artículo 8 del Estatuto de Roma, referente a crímenes de guerra se limita a establecer el ámbito de competencia material de la CPI, sin que por ello se pueda concluir que se está ante un parámetro para ejercer un control de constitucionalidad por omisión relativa del legislador.

2. Los parámetros internacionales que realmente vinculaban al legislador.

Partiendo del hecho de que el legislador penal sólo estaba obligado a ejecutar aquellos compromisos internacionales vigentes, impera entonces precisar cuáles eran aquellos para los años 1997 y 2000, es decir, al momento de expedirse las normas penales acusadas sobre reclutamiento de menores de edad.

Así pues, en materia de derecho internacional humanitario, las obligaciones internacionales pertinentes eran las siguientes:

El Protocolo I de Ginebra de 1977 dispone lo siguiente:

“Artículo 77. Protección de los niños

1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.

2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para

que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

(...)

A su vez, el Protocolo II de Ginebra de 1977, referente a la regulación de los conflictos armados internos, prevé lo siguiente:

“Artículo 4. Garantías fundamentales

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

(...)

c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

Como se puede observar, ambos Protocolos Adicionales le establecen a los Estados la obligación de asegurar que los niños menores de 15 años no sean reclutados en sus fuerzas militares o por grupos armados, ni que tampoco se le permita participar en las hostilidades. Para asegurar el cumplimiento de tales deberes, los Estados Partes en el tratado internacional deben tipificar tales conductas como delitos, en sus respectivos códigos penales. De llegar a hacerlo parcialmente, no sólo se está configurando una vulneración al tratado internacional, en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, por cuanto se estarían desconociendo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, sino que se configura una vulneración a la Constitución por omisión relativa, no sólo porque dichos instrumentos internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino además, por desconocimiento de los deberes de protección, previstos en el artículo 2 Superior.

Más allá de los tratados de derecho internacional humanitario, la Convención de Derechos del Niño de 1989, en su artículo 38, estipula el siguiente deber a cargo de los Estados, en materia de reclutamiento de menores de edad:

“Artículo 38.

1. Los Estados Partes se comprometen a **respetar** y **velar por que se respeten** las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad **no participen directamente en las hostilidades**.
3. Los Estados Partes se **abstendrán de reclutar** en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de **proteger** a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Como puede observarse, el instrumento internacional no se limita a establecer ciertas prohibiciones en materia de reclutamiento de menores de edad, sino que igualmente le impone la obligación al Estado de asegurar que los niños no *“participen directamente en las hostilidades”*.

3. El delito de reclutamiento de menores de edad regulado en la Ley 418 de 1997.

El artículo 14 de la Ley 418 de 1997 tipifica el delito de reclutamiento de menores de edad, en los siguientes términos:

ARTICULO 14. Quien **reclute** a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

PARAGRAFO. Los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley, que incorporen a las mismas, menores de dieciocho (18), no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley”.

Como se puede observar, el legislador cumplió parcialmente los compromisos internacionales asumidos en materia de protección de los menores de edad en situaciones de conflicto armado, por cuanto si bien tipificó como delito el

reclutamiento de aquéllos, omitió realizar cualquier referencia a la participación, directa o indirecta, de los mismos en las hostilidades.

Sobre el particular, recuérdese que las normas internacionales sobre derecho internacional humanitario, al igual que la Convención de Derechos del Niño, estipulan dos obligaciones complementarias para los Estados referidas a los temas de (i) reclutamiento de menores de edad; y (ii) participación de los mismos en las hostilidades.

En este orden de ideas, considero que el cargo por inconstitucionalidad por omisión relativa, propuesto por el demandante, debió haber prosperado, por cuanto es evidente que se configuró una omisión legislativa relativa, ya que no se incluyó un supuesto normativo previsto en disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad.

4. El delito de reclutamiento ilícito, previsto en el artículo 162 de la Ley 599 de 2000.

El artículo 162 de la Ley 599 de 2000 tipifica el delito de reclutamiento ilícito, en los siguientes términos:

ARTICULO 162. RECLUTAMIENTO ILICITO. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Como puede apreciarse, a diferencia de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 418 de 1997, en el Código Penal de 2000, sí se prevén dos conductas reprochables: (i) reclutar menores; y (ii) obligarlos a participar directa o indirectamente en las hostilidades.

Así pues, *prima facie*, el cargo por inconstitucionalidad no debía haber prosperado, por la sencilla razón de que el legislador no omitió tipificar como delito, aquellas conductas prohibidas por los tratados sobre derecho internacional humanitario y la Convención de Derechos del Niño de 1989. No obstante lo anterior, estimo que le asiste razón al ciudadano cuando alega que la obligación del Estado no se puede limitar a investigar y sancionar a quienes *obliguen* a los menores a participar directa o indirectamente en las hostilidades, sino que igualmente debe hacerlo en relación con aquellos que *permitan* tal participación, calificada incluso en algunos casos como “*voluntaria*”. En efecto, tal comportamiento, desplegado frecuentemente por jefes de grupos armados irregulares merece ser sancionado penalmente, tanto más y en cuanto los contextos coercitivos en que suelen presentarse tales

reclutamientos, amén de la inmadurez mental que caracteriza a los menores de edad, hace imposible que se pueda realmente hablar de una voluntad de ingreso a tales organizaciones armadas.

En suma, el legislador incumplió sus deberes de protección de la niñez, al prever tan sólo como delito la coacción a participar directa o indirectamente en las hostilidades, dejando por fuera del ámbito de aplicación de la ley penal a quienes permiten que aquello suceda, so pretexto de una “voluntad” de los menores de participar en el conflicto armado.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-240/09**

Referencia. expediente D-7411

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”* y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000 *“Por la cual se expide el Código Penal”*

Magistrado Ponente:
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con el debido respeto discrepo de la decisión de mayoría de declarar la exequibilidad de las normas acusadas, por las breves razones que expongo a continuación:

El demandante presentó cargos de inconstitucionalidad contra las normas de la referencia argumentando que el legislador colombiano incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir dentro del tipo penal que sanciona el reclutamiento de niños, dos conductas que a nivel internacional son reconocidas y recriminadas, consistentes en *“utilizar”* niños para participar activamente en las hostilidades, y en condicionar, que los menores que participen en las mismas, deban ser *“obligados”*, desconociendo con este requerimiento, la sanción a la participación voluntaria de los niños en actividades armadas.

Según el libelista, dichas situaciones contrarían los preceptos consagrados en el derecho penal internacional, que para este asunto en particular, sanciona: (i) reclutar niños; (ii) alistarlos y (iii) utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, razón por la cual considera que debe incluirse el elemento faltante de *“utilizar”* en la regulación interna, pues Colombia ha ratificado los respectivos tratados y se ha comprometido a penalizar las conductas en ellos descritas, con sujeción al bloque de constitucionalidad.

Agrega el actor, que el artículo 162 del Código Penal, sanciona la conducta consistente en *“obligar”* a los menores a participar en hostilidades pero internacionalmente el consentimiento del menor en este tipo de actividades es irrelevante, debido a que lo prohíben en todas sus formas, bien sea ajeno a su

voluntad o previa aprobación del menor, e independientemente de que se incorporen a las fuerzas armadas o a un grupo armado ilegal.

A mi parecer, en aras de evitar dudas o controversias (siempre infaltables) respecto de los temas objeto de reproche constitucional, los cargos presentados por el ciudadano estaban llamados a prosperar, por las siguientes razones:

1. El estudio de la demanda debió realizarse confrontando las normas demandadas con los tratados vigentes al momento de creación y expedición de las mismas

Colombia, se encuentra comprometida internacionalmente a cumplir en su totalidad los cometidos que dentro de los tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República se han estipulado, puesto que hacen parte del bloque de constitucionalidad y por tanto, las normas que el legislador a nivel interno considere que se deben impartir para asegurar el efectivo cumplimiento de tales compromisos, deben estar conforme a lo pactado en los tratados, que para el momento de creación y expedición del marco normativo, se encuentren vigentes.

Cabe aclarar, que al momento en que el Congreso de la República expidió las normas acusadas, se encontraban vigentes los protocolos adicionales I y II de la Convención de Ginebra de 1977¹¹³, como también la Convención de Derechos del Niño de 1989¹¹⁴, dentro de los cuales se señala, de manera

¹¹³ Frente al particular, el artículo 77 del Protocolo I de la Convención de Ginebra de 1977, señaló: “Protección de los niños: (...) 2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad. (...)”, y en el artículo 4º del Protocolo II de Ginebra de 1977, indicó: “Garantías fundamentales(...)

3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;

b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;

c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades; (...) *Subrayado por fuera del texto original.*

¹¹⁴ La Convención de Derechos del Niño de 1989, con relación al tema, indicó en su artículo 38: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.”

taxativa, que no se permite que participen los menores en hostilidades, ni su reclutamiento en fuerzas o grupos armados, sin que dentro de ellos se condicione que deban ser obligados.

De esta forma, el estudio por esta Corte, de la omisión legislativa relativa planteada por el actor, debió efectuarse confrontando las normas acusadas con los tratados internacionales que se encontraban vigentes cuando el Congreso incluyó en nuestra legislación la conducta de reclutamiento de menores, pues son estos últimos, los que vinculan al Estado colombiano y los que describen, de manera clara y expresa, los comportamientos, las acciones y las conductas, que se comprometieron los países firmantes a evitar y rechazar, y no frente a los que entraron en vigencia posteriormente.

2. El legislador cumplió parcialmente los compromisos asumidos a nivel internacional

En este caso puntual, se puede evidenciar que el legislador incurrió en omisión al tipificar el delito de reclutamiento de menores, pues cumplió parcialmente con las obligaciones internacionales que pretenden el cuidado de los menores. Omisiones que a mi juicio se presentaron porque:

- a. Si bien el legislador sancionó el delito de reclutamiento de niños para participar en hostilidades o actividades armadas, omitió referirse a la participación voluntaria de los mismos, ya sea de manera directa o indirecta, hecho que bien podría dar lugar a que las personas que los induzcan pretendan eximirse de responsabilidad, manifestando que el menor realizó voluntariamente dicha actividad, conducta que la ley no prohíbe.
- b. Dentro de los tipos penales objeto de estudio, no se contempla expresamente castigo alguno para las personas que reciban dentro de sus filas, niños que de manera voluntaria deseen participar en conflictos armados o en hostilidades.
- c. Además, al quedar solo tipificado que los menores deban ser obligados, genera otro vacío, pues debido a su corta edad es probable

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no han cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

(Subrayado por fuera del texto original.)

que sean engañados para inducirlos a integrar las filas de un grupo ilegal o participar en actividades armadas, máxime cuando están en una etapa de la vida que no les permite tener plena conciencia de sus actos y de las consecuencias de los mismos.

3. En mi sentir, se tornaba procedente en este caso en particular, que la Corte hubiera realizado una ampliación a los tipos penales acusados

Considero que en este caso, para evitar dudas, propiciatorias de infaltables controversias, debieron ampliarse los tipos penales acusados, de manera que el alcance de los mismos contemplara todas las conductas que, con relación al tema, se exponen en los tratados internacionales pactados por Colombia y ratificados por el Congreso de la República y que para la fecha de expedición de las normas acusadas se encontraban vigentes. Proceder que en oportunidades anteriores ha aplicado esta Corporación, como por ejemplo, cuando abocó el estudio de similares cargos contra las normas que tipificaban los delitos de genocidio y desaparición forzada.

Si bien el legislador tiene la potestad de configuración legislativa para determinar o no el establecimiento de delitos, esta no es absoluta, pues en algunos casos, la tipificación de una conducta como delito, viene exigida por instrumentos constitucionales integrados al bloque de constitucionalidad, y en el caso puntual del reclutamiento de niños, los tratados internacionales contemplan de manera exacta las conductas a sancionar las cuales, en el caso examinado, fueron reguladas solo parcialmente por el Congreso.

4. Con la omisión presentada, se afectan los derechos fundamentales de los niños, consagrados en el artículo 44 de la Carta

La omisión que estimamos configurada afecta los derechos de la niñez consagrados en el artículo 44¹¹⁵ Superior, pues con ella se genera un vacío el cual puede ser utilizado para abusar de los menores y con ello vulnerarles sus derechos, contrariando la especial protección de que son objeto, por mandato constitucional.

Si bien la decisión de mayoría se apoya en un análisis argumentativo prolijo para concluir que frente a los textos acusados ninguna afectación se deriva para los menores, estimo que con la prosperidad de los cargos de la demanda

¹¹⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 44: “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

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

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

se hubiese generado certeza absoluta sobre el particular, en aspectos que pueden quedar abiertos a disquisiciones frecuentes en materia penal al amparo del principio de favorabilidad en caso de duda, lo cual no ha debido permitirse.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado