

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2015

“Por medio del cual se modifica el artículo 162 de la ley 599 de 2000”

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

Artículo 1. Modifíquese el artículo 162 de la ley 599 de 2000 el cual quedará así:

Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años, los utilice o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de (10) diez a (20) veinte años y en multa de (2000) dos mil a (4000) cuatro mil salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1: Cuando la conducta se cometa y se utilice al menor reclutado como esclavo sexual, la pena se agravará de una tercera parte a la mitad.

Parágrafo 2: En ningún evento podrá considerarse la conducta de reclutamiento forzado de menores como conexas a delitos de tipo político consagrados en el capítulo XVIII de la ley 599 de 2000.

Artículo 3. Vigencia. Esta norma entrará a regir desde el momento de su promulgación.

MARGARITA MARÍA RESTREPO ARANGO

Representante a la Cámara
Partido Centro Democrático

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2015

“Por medio del cual se modifica el artículo 162 de la ley 599 de 2000”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCION

El presente proyecto de ley se centra en la situación de los niños y las niñas víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia, bajo la óptica del reproche social por daños irreparables que se les ocasiona y por la vulneración en el ejercicio de sus derechos, lo que justifica un aumento en la condena a los victimarios y el ajuste jurídico como tipo penal de lesa humanidad, con el firme propósito de provocar acciones preventivas y correctivas, promover investigaciones exhaustivas y garantizar el trámite y culminación del proceso penal con las correspondientes medidas punitivas.

En la primera parte de la exposición de motivos se establece el marco constitucional y legal, en el que se hace una sucinta exposición de los derechos Constitucionales involucrados en esta reforma, de la jurisprudencia, de las leyes, del espectro internacional que evidencian la necesidad de modificar el tipo penal y aumentar la pena. En la segunda parte se profundiza en el objeto de la ley, identificando los cambios concretos en el contexto y la justificación de los mismos.

I.- MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

De conformidad con la Constitución Política de Colombia en su artículo 44, la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de asistir y proteger al niño, por la naturaleza de derechos fundamentales constitucionales, de manera que cuando se vulneran esos derechos las leyes se deben encargar de sancionar y el Estado de condenar a los responsables, destacando, para los efectos del presente proyecto, el respeto al derecho de tener una familia y no ser separado de ella, correspondiendo a la sociedad y al Estado evitar el secuestro, la explotación sexual, laboral y de alto riesgo.

En el caso del reclutamiento de niñas, niños y adolescentes, por grupos al margen de la ley, se hace evidente una transgresión a esos derechos, por cuanto “...se lleva a cabo por la fuerza o engaño y es favorecido por las precarias condiciones de vida de los niños y niñas tales como: falta de reconocimiento, maltrato, abuso sexual, falta de oportunidades, escasa oferta estatal, pobreza extrema, presencia

de los actores armados en sus barrios y veredas, deseos de venganza, idealización de la guerra o la cultura del dinero fácil.”¹. Se refleja entonces, de una parte, la existencia del deber Constitucional del Estado de proteger los derechos de los niños y de otra parte, el incumplimiento integral de tales obligaciones que predisponen y favorecen el delito de reclutamiento.

Con la intención de poner en contexto el universo normativo en el que se encuentra inmerso el reclutamiento forzado, tanto a nivel nacional como internacional, se presenta una remisión a las mismas, estas son:

A.- Constitución Política de Colombia.

ARTICULO 17. *Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.*

ARTICULO 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

“Artículo 45. *El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.*

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”

Artículo 93: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”*

¹ Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, 2011.

B.- Leyes y Decretos.

Ley 418 de 1997: Mediante esta ley se crea el delito de reclutamiento ilícito:

“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.

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

Adicionalmente, el cuerpo normativo de la disposición previamente citada, la denominada ley de “Orden Público” recientemente prorrogada por el Congreso de la República, también estipula que ningún miembro de una organización armada ilegal responsable de reclutar menores podrá ser beneficiario de amnistía o indulto.

Ley 548 de 1999:

Esta ley prohíbe expresamente la prestación de servicio militar y el reclutamiento ilegal a todos los menores de 18 años.

Ley 599 de 2000: Por la cual se expide el Código Penal:

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.*

Ley 742 de 2002: Por la cual se adopta El Estatuto de Roma creado por la Corte Penal Internacional

Prohíbe “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” y señala, de esta manera, al reclutamiento de niños menores a 15 años como crimen de guerra.

Decreto 128 de 2003: por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil.

Ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia

Artículo 20. Derechos de Protección. *Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:*

...4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.

6. Las guerras y los conflictos armados internos.

7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley. (Subrayas por fuera de texto)

El 19 de julio de 2010, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES- aprobó el documento 3673, que definió una política nacional de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados ilegales y de los grupos organizados de delincuencia garantizando la prevalencia y el goce efectivo de sus derechos y la protección integral por parte de la familia. Sin lugar a dudas se trata de un rigurosísimo trabajo que denota un esfuerzo encomiable por trazar una política de Estado tendiente a la prevención del reclutamiento de niños por parte de organizaciones ilegales.

C.- Jurisprudencia.

Respecto del tema de reclutamiento forzado la Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas providencias, destacando para el presente proyecto de ley el **auto 251 del 2008**, la **sentencia C 240 del 2009** y la **sentencia C 853 del 2009**.

El **Auto 251 del 2008** fue expedido con la finalidad de lograr la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado, **en el marco de superación del estado de cosas inconstitucionales, declarado en la sentencia T-025 de 2004**, en ese orden de ideas, la importancia de este auto radica en que **visibiliza ante la sociedad colombiana las condiciones de vulnerabilidad a las que se encuentran expuestos los NNA** que han sido afectados por fenómenos como el desplazamiento, el reclutamiento forzado o la pérdida de un entorno familiar.

La Corte Constitucional, sobre las condiciones de los niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto, argumentó: “Situación constitucionalmente inadmisibles y apremiante de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado en el país” en la medida que “Los niños, niñas y adolescentes colombianos en situación de desplazamiento forzado son las víctimas más débiles e indefensas del conjunto de la población desplazada por el conflicto armado en el país, y al mismo tiempo, son duramente golpeados por crímenes y condiciones estructurales de existencia que escapan por completo tanto a su control y su responsabilidad como a su capacidad de resistir o de responder, marcándolos de por vida al incidir negativamente sobre su proceso de desarrollo individual. (...) Dado su estado de victimización pronunciada e inerme ante las numerosas injusticias del desplazamiento forzado, cada uno de los casos individuales de menores de edad desplazados por la violencia armada en Colombia configura, en sí mismo, una manifestación extrema de vulneraciones profundas, graves, sistemáticas y concurrentes de derechos fundamentales prevalecientes (art. 44, C.P.)”².

En la **Sentencia C-240 del 2009**, la Corte Constitucional estudió una acción pública de inconstitucionalidad que impugnó el artículo 14 de la ley 418 de 1997 y el artículo 162 de la ley 599 de 2000, con el razonamiento de que ambas normas excluían de la regulación penal el delito configurado al utilizar niños para participar activamente en las hostilidades, desconociendo la mayor protección que los preceptos internacionales en la materia garantizan a los derechos de los niños y de las niñas. Pese a que la Corte declaró ambos artículos exequibles, los magistrados Gabriel Mendoza Martelo, Humberto Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva salvaron el voto, argumentando que: **“las normas acusadas no contemplan la hipótesis de utilización de niños en hostilidades o acciones armadas, razón por la cual se configuraba una clara omisión legislativa de carácter relativo que conducía a una declaración de exequibilidad condicionada**. Solo así se respetaría la prohibición establecida en diversos convenios internacionales de derechos humanos, de utilizar niños en conflictos armados, ya que siempre deben ampararse de ‘cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral’. (Negrilla fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior existe la necesidad clara de legislar y modificar el artículo 162, que es el actual tipo penal del reclutamiento forzado. Adicionalmente la parte motiva de dicho pronunciamiento estableció lo siguiente en lo que respecta a los compromisos y obligaciones adquiridas por Colombia en el marco del derecho internacional de los derechos humanos:

“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

² Auto 251 del 2008

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.”

D.- Normativa Internacional.

En este punto es indispensable retomar el precitado artículo 93 de la Constitución Política, a partir del cuál se entiende que los tratados y convenios internacionales integran la Carta Fundamental, en la medida que tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional puesto que conforman el bloque de constitucionalidad, este “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)”³.

En diferentes convenios internacionales de derechos humanos se ha definido y establecido la protección constitucional especial y prevalente de los derechos humanos del menor, tales como: en 1.- La Declaración de Ginebra de 1924, 2.- la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 25.2), 3.- la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2), 4.- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 24), 5.- la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (art. 19) y 6.- la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

En ellos se establece el principio prevalente del “**interés superior del menor**”, que conlleva el derecho de recibir un trato preferente y de protección especial, garantizando la plenitud de sus derechos.

A continuación se presenta la relación de dichos instrumentos:

- **Convenios de Ginebra:** En el Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra se prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años en grupos armados y su participación en las hostilidades.
- **Convención Internacional de los Derechos del Niño:** En el Artículo 38 de esta Convención se adoptó la norma del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra mediante el cual se prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años. El Estado Colombiano hizo una salvedad a la Convención con respecto al art. 38, estableciendo que para el caso

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 240 de 2009.

colombiano no se permitiría el reclutamiento de menores de 18 años ni su participación en las hostilidades. Respecto de esta Convención es importante destacar que el Comité de los Derechos del niño realizó recientemente una revisión de la situación de los derechos de la infancia en Colombia, profiriendo una serie de recomendaciones al Estado colombiano como: tomar las medidas necesarias para prevenir que los adultos usen niños para cometer crímenes, proteger a los niños víctimas e investigar a los responsables.⁴

- **Protocolo Facultativo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados:** A causa del incremento en la participación de niños, niñas y adolescentes en los conflictos armados alrededor del mundo, la Organización de las Naciones Unidas expide un Protocolo Facultativo mediante el cual se aumenta la edad mínima permitida de reclutamiento de 15 a 18 años de edad, tanto para ejércitos regulares como grupos irregulares al margen de la ley. Este Protocolo fue aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 833 de 2003.
- **Convenio 182 de la OIT:** Este Convenio “Sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, estableció como una de las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento de niños en grupos regulares o irregulares y su participación en el conflicto armado. Colombia adoptó el Convenio mediante la Ley 704 de 2001.
- **Estatuto de Roma:** El Estatuto de Roma creado por la Corte Penal Internacional prohíbe: “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” y señaló, de esta manera, al reclutamiento de niños menores a 15 años como crimen de guerra. Adoptado por el Estado Colombiano mediante la Ley 742 de 2002.

El Estatuto de Roma incorporó la definición de esclavitud en los siguientes términos: “...ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona...incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

Ahora bien, dentro del contexto internacional se presenta en ese mismo sentido la **Resolución 1612 del 2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas** que emitió una enérgica condena del reclutamiento forzado de menores de edad y hace un llamado para que se proteja los derechos de los niños en países en

⁴ Traducción libre del documento CRC/C/COL/CO/4-5 proferido por el Comité de los Derechos de los Niños de Naciones Unidas del 4 de febrero de 2015.

conflicto y pide que este asunto sea incluido de manera expresa en todos los procesos de paz.

La Comunidad Internacional mira con gran preocupación este crimen. Hay un consenso global respecto del grave daño que se le hace a una sociedad cuando se permite o se deja impune el reclutamiento de menores de edad. En el año 2012 la Corte Penal Internacional condenó a 14 años de cárcel al congoleño Thomas Lubanga al encontrarlo responsable del crimen de guerra contemplado en el apartado VII del literal E del numeral 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma: *“Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”*. En la sentencia contra Lubanga, el Magistrado de la CPI, Adrian Fulford aseveró que *“...el crimen de alistar niños de menos de 15 años y usarlos para participar activamente en las hostilidades son (sic) indudablemente muy graves porque implica exponerlos a peligros reales como blancos potenciales de ataques”*.

No es el único caso. El Tribunal Especial para Sierra Leona halló responsable al ex presidente de Liberia, Charles Taylor, de ser cómplice de los crímenes de guerra perpetrados por el Frente Revolucionario Unido, entre ellos el reclutamiento forzado de centenares de niños y niñas menores de 15 años. A la fecha, la CPI ha emitido 15 órdenes de captura contra diferentes criminales de guerra procesados por este delito.

Sin especular, se puede afirmar que, sí los responsables en Colombia de cometer el delito de reclutamiento forzado de menores quedan impunes o, peor, son receptores de condenas risibles, los Fiscales de la Corte Penal Internacional no se quedarán con los brazos cruzados.

II.- OBJETO DE LA LEY

II.I Análisis comparado del cambio normativo.

Es pertinente evidenciar cuáles son los cambios propuestos por este proyecto de ley a la actual norma del código penal, se ilustra con la tabla siguiente:

ARTICULO 162.	Proyecto de ley.
ARTICULO 162. RECLUTAMIENTO ILICITO.	Artículo 1. Modifíquese el artículo 162 de la ley 599 de 2000 el cual quedará así:
El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de	Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto

<p>dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>armado, reclute menores de dieciocho (18) años los utilice o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de (10) diez a (20) veinte años y en multa de (2000) dos mil a (4000) cuatro mil salarios mínimos legales vigentes.</p> <p>Parágrafo 1: Cuando la conducta se cometa con el fin de utilizar al menor reclutado como esclavo sexual, la pena se agravará de una tercera parte a la mitad.</p> <p>Parágrafo 2: En ningún evento podrá considerarse la conducta de reclutamiento forzado de menores como conexas a delitos de tipo político consagrados en el capítulo XVIII de la ley 599 de 2000.</p> <p>Artículo 2. Vigencia. Esta norma entrará a regir desde el momento de su promulgación.</p>
--	--

Tabla 1: Comparación normativa⁵

De la tabla se desprende que los cambios sustanciales que introduce el presente proyecto de ley son en primer lugar el aumento de la pena que pasa de estar contemplada en noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pasa a ser de (10) diez a (20) veinte años de prisión y en multa de (2000) dos mil a (4000) cuatro mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El segundo cambio que introduce se encuentra en la incorporación del verbo rector “**utilice**” y en tercer lugar introduce una situación que agrava la comisión del delito, como lo son la utilización para la esclavitud sexual y finalmente la prohibición de considerar la conducta conexas a delitos políticos.

⁵ Tabla 1.

II.II Contexto Nacional e Internacional.

El desafío que el terrorismo le ha planteado a Colombia, desde hace más de 50 años, no ha respetado frontera alguna. Campesinos, empresarios, negritudes, mujeres, estudiantes, profesionales, trabajadores de la clase media y los niños, nuestro futuro, han sido víctimas directas de la violencia generada por los grupos armados ilegales que se empeñan en azotar a la Patria y en ese sentido son preocupantes los efectos nefastos que sobre nuestra sociedad tiene el reclutamiento forzado de menores.

La investigación sobre reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC⁶ señala: *“estrategia más conocida es el reclutamiento forzado, entendido como una acción impuesta por las FARC a una comunidad para que los menores de edad ingresen a un grupo guerrillero con el fin de desarrollar ya sea acciones bélicas, de inteligencia ó actividades inherentes a la realización de oficios domésticos en los campamentos etc. Este reclutamiento forzado implica dos acciones la coacción física y el engaño.”*⁷

Algunas de las causas reseñadas en dicho estudio, se pueden clasificar en institucionales, familiares y económicas. Además de estas determinaciones, también son una causa o factor determinante el conflicto armado, el carácter inimputable de los niños frente a la justicia y las condiciones físicas y psicológicas de los infantes.⁸

Cada día son más los niños que son integrados bajo coacción a las organizaciones violentas. Son separados agresivamente de sus hogares para convertirlos contra su voluntad en generadores de muerte y dolor. Las niñas reclutadas son obligadas a mantener promiscuamente relaciones sexuales, hasta convertirse en “esposas” de los jefes terroristas.

Las cifras nacionales son desesperanzadoras. Reconoce el ICBF que las diferentes entidades tanto públicas como privadas –me refiero a Fundaciones y ONG- que monitorean este fenómeno, utilizan mediciones y metodologías diferentes, razón por la cual es imposible llegar a un resultado numérico fidedigno respecto del número de niños reclutados por grupos armados organizados al margen de la ley.

Las cifras globales respecto de la afectación de que son objeto los niños llevados a la guerra son francamente escalofrantes. De acuerdo con las mediciones realizadas por la UNICEF, en los últimos 10 años 2 millones de niños fueron

⁶ Universidad Sergio Arboleda, Colección Derecho y Conflicto, Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC, Luis Andrés Fajardo Arturo, Bogotá 2014.

⁷ Universidad Sergio Arboleda, Colección Derecho y Conflicto, Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC, Luis Andrés Fajardo Arturo, Bogotá 2014. Pág. 38.

⁸ IBIDEM Pág. 33.

asesinados en el marco de guerras internas e internacionales. Se estima que entre 4 y 5 millones han quedado con lesiones permanentes, mientras que 12 millones han perdido su casa. 10 millones de niños en el mundo crecerán con traumas psicológicos permanentes como consecuencia del involucramiento de que han sido víctimas en confrontaciones armadas.

La Organización de las Naciones Unidas considera que un Estado es fallido cuando sus autoridades legítimamente constituidas no tienen la capacidad para prevenir y castigar el reclutamiento forzado de menores de edad, como es el caso de Colombia. Al margen de los anuncios públicos que se hacen para expresar el rechazo de esta práctica, éstos no se traducen en una política pública de Estado tendiente a combatir de manera efectiva el reclutamiento forzado de menores.

La inexistencia de una estadística oficial se constituye en la columna vertebral de la impunidad. Al no saber dónde, qué estructura, la fecha y demás datos fundamentales respecto de la comisión del delito de reclutamiento forzado de menores, la administración de justicia no tiene herramientas suficientes para investigar y castigar a los responsables de este punible.

II.III Justificación del cambio normativo.

En este punto el análisis debe girar sobre la confrontación de dos principios que aparentemente son excluyentes en el marco del aumento en la pena de un tipo penal, pero que para este caso en concreto se trata de dos principios que logran coexistir de manera armónica con el presente proyecto de ley. A saber: **el principio de proporcionalidad en materia penal y la libre configuración del legislador.**

En cuanto al primer principio, **el de proporcionalidad**, presupone una correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito por lo que la gravedad de las penas dependerá de la trascendencia social de los hechos delictivos. Lo cuál se verifica en el caso **por tratarse de un delito de lesa humanidad que afecta bienes jurídicos invaluable como lo son el derecho a tener una familia, la protección superior y especial que el Estado les debe a los menores**, entre otros que se ven fuertemente comprometidos con este delito.

Por otra parte, la libertad de configuración legislativa en materia de política criminal y en materia punitiva, se encuentra restringida, según la Corte Constitucional por límites:

“i) explícitos como la prohibición de la pena de muerte, el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, entre otras; e ii) implícitos como lo son la realización de los fines

*esenciales del Estado, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Adicionalmente, existen restricciones constitucionales dadas por i) el deber de observar la estricta legalidad, ii) el deber de respetar los derechos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos que hagan parte del bloque de constitucionalidad y iii) el deber de respeto por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”*⁹, condición que no solo se cumple en materia de reclutamiento forzado de menores, sino que se potencializa, ya que con esta reforma se da cumplimiento al deber de respetar las obligaciones contraídas por los tratados internacionales y contempladas en la constitución misma.

De acuerdo con lo expuesto, se procederá a realizar una justificación detenida a cada uno de los aspectos planteados en esta reforma.

II.III.I Justificación del aumento de la pena.

Si bien es cierto que este proyecto de ley no incluye un nuevo tipo penal, pues lógicamente la conducta no es permitida, a contrario sensu, está tipificada en el código penal, también lo es que el delito se castiga con pena privativa de la libertad de 6 a 10 años, dice la norma, “...será castigado todo aquel que reclute menores de 18 años o los obligue a participar de manera directa o indirecta en las hostilidades..”, pero la sanción es insuficiente frente al bien jurídico protegido que resulta dañado inconmensurablemente.

Es responsabilidad del Estado, de acuerdo con las normas internas y tratados internacionales suscritos y ratificados, como la “Convención sobre los Derechos del Niño”, proteger la vida, integridad y libertad de todos los niños de Colombia, en particular los más vulnerables, léase aquellos que habitan en regiones de alta influencia de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Con esta ley no se trata de llenar el vacío de normas jurídicas, **sino de implementar una política pública eficaz en dos líneas**: Prevención del reclutamiento forzado y desvinculación de niños y niñas de grupos armados organizados al margen de la ley. Esta norma apunta a la prevención, ya que una pena más alta será disuasiva y evitará la impunidad.

Ahora bien, otra de las razones por las que se considera que debe haber un aumento en la pena de la conducta tipificada como reclutamiento ilegal de menores, es porque al hacer una revisión de la norma misma en su contexto, se encuentra que esta pertenece al acápite de la norma de los Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, en su

⁹ Sentencia C 853 del 2009.

capítulo único, en el que encontramos como punto de comparación otro delito que atenta contra este bien jurídico como lo es el Homicidio en Persona protegida del artículo 135 que se cita a continuación:

“Artículo 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.”

Se extrae que al hacer una valoración objetiva de ambos tipos penales, se encuentra que vulneran y transgreden de manera similar los bienes jurídicos tutelados, **pero que persiste una desproporción en la aplicación de la pena**, por lo que se entiende que a situaciones de igual gravedad se deben aplicar penas de igual gravedad, que es en estricto sentido lo que pretende este proyecto de ley.

Ahora, si bien es cierto que la enunciación de un castigo más severo no es garantía de que la conducta dejará de cometerse, tampoco es garantía alguna que el Estado sea ser benevolente con quienes cometen un crimen que ofende a la humanidad.

El reclutamiento forzado de un menor de edad para llevarlo a la guerra y convertirlo en un agente generador de violencia es la máxima manifestación del mal que puede llegar a provocar un ser humano. Significa que una persona inocente abandona la ingenuidad del niño para convertirse en un criminal, todo contra su voluntad. Desafortunadamente es muy poco lo que las entidades hacen para prevenir el reclutamiento forzado y mucho menos para investigar a los responsables de este crimen y castigarlos cuando corresponda.

II.III.II Justificación de la incorporación del verbo “utilización”.

Encontramos entre otras razones a las anteriormente expuestas para incorporar el verbo al tipo penal, la existencia de una norma que coexiste en el ordenamiento jurídico, que al no ser de contenido penal no incorpora consecuencias jurídicas, hace uso del término utilización, como lo es la Ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia, a saber:

Artículo 20. Derechos de Protección. *Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:*

...4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

5. *El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.*

6. *Las guerras y los conflictos armados internos.*

7. *El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.* (Subrayas por fuera de texto).

II.III.III Justificación prohibición tratamiento como delito político.

La ley no reconoce categorías ni niveles de víctimas. Todas, absolutamente todas, merecen el mismo respeto, la misma consideración. No obstante, los niños ocupan un lugar destacado en el espectro de víctimas que arroja la guerra. Haberlos involucrado en el espiral de violencia terrorista es un crimen que debe ser castigado con toda la severidad. Las normas colombianas prevén hasta 10 años de pena privativa de la libertad contra quien incurra en este delito. La comunidad internacional es menos laxa. A Lubanga le impusieron 15 años.

Al margen del tiempo que los responsables de este delito deban pasar presos, lo importante, lo fundamental, lo necesario, es que esta conducta no quede impune, bien porque no se persigan ni juzguen a sus culpables, o porque se permita que, de alguna forma, considerar este delito como conexo a los delitos políticos consagrados en el capítulo XVIII de la ley 599 de 2000.

Cada día que pasa y con cada reclutamiento adicional de niños, Colombia continúa contraviniendo compromisos internacionales del cual es suscriptor y que, por lo tanto, hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad. La Convención de los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas en 1954 es enfática al decir que “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 (Art. 38)”.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Este proyecto de ley pretende enviar un mensaje doble. El primero de ellos: el Estado castigará con penas ejemplarizantes a todos los responsables del delito de reclutamiento forzado de menores. El segundo: la comunidad internacional tendrá la tranquilidad de que Colombia cumplirá con sus compromisos internacionales respecto de la defensa y protección de todos sus menores de edad, en particular aquellos que, con ocasión del desafío terrorista que padece nuestra nación, han sido reclutados forzosamente por los grupos armados organizados al margen de la ley.

Por todo ello, Honorables Señores Congresistas, se encuentra a consideración de ustedes el presente proyecto de ley, por el cual se aumenta la pena dispuesta en el artículo 162 de la ley 599 del 2000 para el reclutamiento ilícito de los menores de 18 años (actual Código Penal). Pero, cuando con ocasión del reclutamiento forzoso se abuse sexualmente de los niños, convirtiéndolos en esclavos sexuales, dada su indefensión, la pena se agravará en una tercera parte a la mitad, sanción que no está contemplada en la norma actual.

Igualmente, y reitero, dada la gravedad de esta conducta y su connotación social, exigimos que se consagre en la norma que, en ningún evento, este delito pueda ser considerado como conexo a los delitos políticos consagrados en el capítulo XVIII de la ley 599 de 2000, ya que, de llegar a aceptarse, quedaría en la más absoluta impunidad una de las conductas más aberrantes y que más daño hace a nuestra niñez y adolescencia.

Presentado por la Honorable Congresista

MARGARITA MARÍA RESTREPO ARANGO

Representante a la Cámara
Partido Centro Democrático