

**RECLUTAMIENTO ILÍCITO DE MENORES DE MÁS DE
15 AÑOS COMO CRIMEN DE GUERRA EN LA
SENTENCIA C-007 de 2018 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: UN PASO MÁS
HACIA LA CREACIÓN DE UNA COSTUMBRE
INTERNACIONAL**

***ILLEGAL RECRUITMENT OF MINORS OVER 15 YEARS
OF AGE AS A WAR CRIME IN DECISION 007/2018 OF THE
COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT: ONE MORE
STEP TOWARDS THE CREATION OF AN
INTERNATIONAL COSTUME***

RUTH ABRIL STOFFELS*
ELENA JUARISTI-BESALDUCH**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO JURÍDICO. III. SOLUCIÓN DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA.
V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente estudio analiza la sentencia 007/2018 de la Corte Constitucional de Colombia en la que se aborda la cuestión del reclutamiento de niños menores de 18 años en grupos armados y su posible categorización como crimen de guerra. Partiendo del análisis de la normativa internacional e interna aplicable al respecto, así como de cuestiones generales de Derecho Internacional, se valora la decisión final de esta sentencia, así como su capacidad para crear una costumbre internacional.

ABSTRACT: The study analyzes the judgment 007/2018 of the Constitutional Court of Colombia in which the recruitment of children under 18 in armed groups is addressed. It also studies the possible cataloguing of this behavior as war crime. The final decision of this judgment is valued based on the analysis of the international and domestic regulations applicable in this regard, as well as on general issues of International Law and on its capacity to create an international custom.

Fecha de recepción del trabajo: 2 de mayo de 2021. Fecha de aceptación de la versión final: 24 de noviembre de 2021

* Dra. Ruth Abril Stoffels, profesora Titular de la Universidad CEU Cardenal Herrera, CEU Universities, rabil@uchceu.es.

** Dra. Elena Juaristi-Besalduch, profesora Adjunta de la Universidad CEU Cardenal Herrera, CEU Universities, CVN: <https://cvn.fecyt.es/0000-0002-5573-1658> elena.juaristi@uchceu.es.

Este artículo se elabora en el marco del grupo de investigación GAAG (Girls Associated to Armed Groups): <https://girlsaaag.com/about-us>

PALABRAS CLAVE: reclutamiento de niños, crímenes de guerra, Corte constitucional colombiana, niños soldado, costumbre internacional, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

KEYWORDS: *child recruitment, war crimes, Constitutional Court of Colombia, child soldier, international custom, Statute of the International Criminal Court.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Contexto

La participación de los menores en el conflicto armado colombiano a lo largo de las últimas cinco décadas merece la consideración de drama humanitario. Algunos informes sostienen que aproximadamente 17.000 niños, niñas y adolescentes han participado tanto de manera directa como indirecta en las hostilidades desde el comienzo de la contienda¹. La firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera² suscrito entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP)³ abrió una puerta a la esperanza para la protección y restauración de los derechos de los niños víctimas de esta situación. El proceso de paz colombiano tiene un carácter histórico, tanto para los combatientes, las víctimas como para toda la sociedad.

El cuarto informe del Secretario General sobre el tema de los niños, niñas y adolescentes y el conflicto armado en Colombia⁴, que analiza el período comprendido entre el 1 de julio de 2016 y el 30 de junio de 2019, sostiene que se ha constatado una disminución del número total de violaciones graves contra menores. Ello se atribuye a la firma e implementación del Acuerdo de Paz y la posterior desmovilización del mayor grupo armado del país.

Sin embargo, este informe también expone que los menores siguen estando expuestos a graves violaciones a medida que otros grupos han ocupado el espacio dejado por la retirada de las FARC-EP. Desde la firma del Acuerdo de Paz hasta julio de 2019, la ONU

¹ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Una guerra sin edad*, CNMH, Bogotá, 2018. Disponible en: <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.com/informes/informes-2018/una-guerra-sin-edad> [consulta realizada el 16 de marzo de 2021].

Este informe asegura que 16.879 menores de edad fueron reclutados en el conflicto colombiano desde 1960 a 2016 por grupos armados.

² NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad. Distr. General, 21 de abril de 2017, “Carta de fecha 29 de marzo de 2017 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Secretario General”, S/2017/272, anexo II. Disponible en: <https://undocs.org/sp/S/2017/272> [Consulta realizada el 26 de enero de 2021].

³ “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” suscrito entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), firmado el día 24 de noviembre de 2016 en Bogotá, Colombia.

⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad Distr. General, 31 de diciembre de 2019, “Los niños y el conflicto armado en Colombia. Informe del Secretario General”, S/2019/1017. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e3dc5fb4.pdf> [Consulta realizada el 26 de enero de 2021].

ha verificado 599 casos de reclutamiento de menores para combatir, por lo que se puede afirmar que transcurridos cuatro años desde la firma del acuerdo todavía queda mucho camino por recorrer⁵.

Niños, niñas y adolescentes siguen siendo objeto de reclutamiento y los culpables de este crimen permanecen, en ocasiones, ajenos al proceso de paz y, en ocasiones, extraños también al proceso de justicia transicional establecido. En este contexto, el acuerdo antes mencionado y sus leyes de desarrollo plantean importantes retos en la balanza donde la búsqueda de reparación de las víctimas a través de la sanción de los criminales puede parecer que pone en jaque el proceso de paz.

Por lo que se refiere a los niños, niñas y adolescentes vinculados a los grupos armados no estatales, el gobierno colombiano ha aprobado importantes medidas de apoyo⁶ y el parlamento ha aprobado un conjunto de normas que buscan sancionar penalmente a los responsables de reclutamiento, alistamiento y participación en las hostilidades de estos niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, algunas normas en vigor han planteado problemas de congruencia, por lo que la labor del Tribunal Constitucional ha sido clave para determinar los límites de algunas de estas normas y lograr una coherencia *prima facie* inexistente⁷.

⁵ En el informe “Los niños y el conflicto armado en Colombia” el Secretario General afirma en su párrafo 19 que [s]egún la información reunida y verificada por el equipo de tareas en el país, el reclutamiento y la utilización de niños, niñas y adolescentes constituyeron la causa del mayor número de violaciones confirmadas. Un total de 599 menores se vieron afectados en 307 incidentes durante el período que abarca el informe [...]. Aunque las cifras siguen siendo preocupantes, representan una disminución con respecto al período examinado en el informe anterior, durante el cual se confirmaron 1.556 casos de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes”.

⁶ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) lidera el *Programa de Atención Especializada a Niños, Niñas y Adolescentes Desvinculados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley* desde 1999, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 418 de 1998 y sus posteriores modificaciones y el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006). En este programa encontramos medidas concretas dirigidas a las menores víctimas de reclutamiento como el “[l]ineamiento técnico de las modalidades del programa de atención especializada para el restablecimiento de derechos a niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento ilícito, que se han desvinculado de grupos armados organizados al margen de la ley y contribución al proceso de reparación integral”, aprobado mediante Resolución núm. 1525 de febrero 23 de 2016.

⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, *Dinámica del reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes en Colombia. Retos de la política pública de prevención*, 2020, pp. 16-25 Disponible en: https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Dinamica-reclutamiento-forzado-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-%20adolescentes-Colombia.pdf?g_show_in_browser=1 [consulta realizada el 3 de abril de 2021]

2. Objeto de estudio

El presente estudio surge a raíz de la solución dada por la Corte constitucional colombiana en la sentencia C-007/18⁸ donde construye una respuesta un tanto particular que impacta en el alcance de la protección que el ordenamiento jurídico colombiano otorga a los derechos de los menores en el conflicto armado. La Corte no contesta blanco o negro sino un llamativo gris no exento de polémica.

La cuestión central que la Corte resuelve radica en la validez constitucional de las normas que se refieren al reclutamiento de menores en la Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones⁹ (en adelante Ley 1820).

Nuestro objeto se encuadra en el artículo 23 de esta ley¹⁰, que contiene la “regla de exclusión de amnistías, indultos y renuncia a la persecución penal”. Es decir, enuncia aquellas conductas que en ningún caso podrán ser objeto de los beneficios penales que esta ley prevé e incluye entre ellas el reclutamiento de menores.

No obstante, en la dicción del artículo se produce una aparente contradicción interna al remitir a dos normas, cuyo alcance es distinto, para determinar si se pueden conceder beneficios penales a aquellas personas que han reclutado niños, niñas y adolescentes. El artículo 23 dispone, en concreto, que:

*“[e]n ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los **graves crímenes de guerra**, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del **reclutamiento de menores**, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma”.*

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, 1 de marzo de 2018.

⁹ Ley 1820 de 2016, de 30 de diciembre por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016.

¹⁰ Artículo 23 de la Ley 1820 de 2016: *“En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes:*

*a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los **graves crímenes de guerra**, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del **reclutamiento de menores**, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables;*

b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.

*Se entenderá por “**grave crimen de guerra**” toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática”.*

En consecuencia, analizamos la adecuación de la interpretación de la sentencia C-007/18 que busca dar una respuesta congruente entre esta remisión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI)¹¹, cuya protección alcanza a los menores de 15 años, y el propio ordenamiento interno colombiano, cuya protección alcanza a los menores 18 años¹².

Para analizar esta adecuación, debemos responder a una serie de preguntas: ¿El reclutamiento de mayores de 15 y menores de 18 años consiste en una conducta constitutiva de crimen de guerra para el Derecho Penal Internacional (en adelante DPI), más allá de lo establecido en el ECPI? ¿Puede hablarse de una cristalización en la costumbre internacional del delito de reclutamiento de menores de 18 años como crimen de guerra? ¿Qué efectos tendría la interpretación dada por la Corte y la actuación subsiguiente de los tribunales colombianos en relación con la sanción del reclutamiento de menores de 18 años?

De esta forma, la solución adoptada por la Corte definirá el umbral que separa lo amniable de lo no amniable. Tal y como se reflexiona en esta sentencia¹³, si se acogen los estándares de protección de la infancia más elevados, se disminuye el ámbito de aplicación de los beneficios penales, y viceversa. En el primer caso, podrían verse afectados los derechos penales de los acusados y principios como la seguridad jurídica y la irretroactividad de la ley penal desfavorable. Pero en el segundo, podrían verse vulnerados los derechos de los menores, así como el principio del interés superior del menor que debe regir toda acción del Estado. De ahí que sea tan importante la delimitación del alcance de este artículo.

Con el fin de dar respuesta a las preguntas planteadas se realizará una aproximación al marco jurídico internacional en materia de reclutamiento y alistamiento de menores de edad; una aproximación al marco jurídico colombiano en la materia; un análisis y reflexión sobre la solución propuesta por la Corte constitucional colombiana y finalmente se expondrán nuestras conclusiones y propuestas al respecto.

¹¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entra en vigor en Colombia el 1 de julio de 2002.

¹² Véase: GÓMEZ MARTÍN, J.C., *Reclutamiento de menores de edad en la Ley de Amnistía del proceso de paz en Colombia*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018. Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/19649/1/Reclutamiento%20de%20Menores%20de%20Oedad.pdf> [consulta realizada el 22 de marzo de 2021].

¹³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, 1 de marzo de 2018, parágrafo 443.

II. MARCO JURÍDICO

Como ya se ha puesto de manifiesto, la cuestión central radica en la validez de la remisión al Estatuto de Roma para determinar qué conducta constituye el reclutamiento de menores. De esta remisión se deriva una incongruencia con el estándar de protección adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano en esta materia. Tal y como a continuación se detallará, el Estatuto de Roma tipifica como crimen de guerra el reclutamiento de menores de 15 años. Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano eleva la prohibición de reclutamiento de menores a la edad de 18 años y castiga penalmente dicha conducta como delito. De este modo, encontramos dos ordenamientos jurídicos que pueden resultar aplicables y que no establecen los mismos límites¹⁴. Por ello pasamos a analizar cada uno de los ámbitos por separado.

1. Marco jurídico internacional

Vamos a referirnos a la prohibición del reclutamiento de menores en tres sectores del ordenamiento jurídico internacional¹⁵ distintos: Derecho Internacional Humanitario (DIH), Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Por lo que al DIH¹⁶ se refiere, y en esta misma línea, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 en su artículo 4.3 apartado c) prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados y su participación en las hostilidades¹⁷. Este protocolo entra en vigor en Colombia el 18 de marzo de 1996¹⁸. Anteriormente, debía aplicarse el artículo 3 Común a los cuatro convenios de Ginebra que nada establecía al respecto.

No es de aplicación el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra¹⁹, porque pese a ser ratificado por Colombia en 1993 no regula conflictos internos como el que se produjo en Colombia en las fechas que analizamos. En todo caso, destaquemos que el

¹⁴ ALARCÓN-PALACIO, Y.E., “Reclutamiento forzado de niños y niñas en el conflicto armado colombiano: los menores de 18 años como víctimas con protección especial reforzada en el DIH y DIDH”, *Universitas*, n°138, 2019, p. 6.

¹⁵ VAN BUEREN, G., “The International Legal Protection of Children in Armed Conflicts”, *International & Comparative Law Quarterly* 43, n°2, 1994, pp. 809-826; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L., “La protección del niño en los conflictos armados por el Derecho Internacional Humanitario: los niños soldados”, *AFDUAM*, n°15, 2011, pp. 217-239;

¹⁶ ORTEGA-JUARDO, M.F., “Protección de la infancia y adolescencia en asuntos de Derecho Internacional Humanitario en Colombia”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°20, 2012, pp. 17-50.

¹⁷ Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977. Artículo 4.3 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”.

Véase: HAPPOLD, M., *Child Soldiers in International Law*, Juris Pub Inc, 2005, p. 38.

¹⁸ Entra en vigor a través del Decreto 509 de 1996, de 14 de marzo, por el cual se promulga el "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)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.

¹⁹ Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977.

contenido del artículo referente al reclutamiento es idéntico al que luego se recogerá en la Convención de Derechos del Niño y a la que nos referimos a continuación y que la violación de la normativa relativa al reclutamiento de niños y niñas no es considerada, en este texto, como infracción grave.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁰, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN) establece en su artículo 38, apartados 2 y 3²¹, la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas posibles para asegurar que los menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades y de abstenerse de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años. Así mismo, pide a los Estados que den prioridad a los de mayor edad en esta franja de 15 a 18 para el reclutamiento.

Es preciso destacar que Colombia ratificó esta convención mediante la Ley 12 de 1991²² pero realizó al mismo tiempo una reserva en el momento de la manifestación del consentimiento, por la cual manifestaba que la edad mínima para participar directamente en las hostilidades y para el reclutamiento sería de 18 años²³. Por lo tanto, a través de esta reserva Colombia amplía los compromisos de la CDN en relación con el reclutamiento a la edad de 18 años.

El estándar de protección dispuesto en la CDN fue elevado con la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados²⁴ (en adelante PFCDN) en el que se

²⁰ RODRÍGUEZ BEJARANO, C., CHACÓN TRIANA, N. Y CUBIDES CÁRDENAS, J., “Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia: marcos de protección en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en CUBIDES CÁRDENAS, J. (Ed.), *Desafíos contemporáneos de la protección de los DD HH en el Sistema Interamericano*, Universidad de Colombia, Bogotá, 2017, pp.31-55.

²¹ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Artículo 38.2: “Los Estados Parte 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”.

Artículo 38.3: “Los Estados Parte se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Parte procurarán dar prioridad a los de más edad”.

Véase: OJINAGARUIZ, R., “Niños soldado. Comentarios al Protocolo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, n° 80,2002, pp. 41-104.

²² La Convención sobre los Derechos del Niño entra en vigor en Colombia el 22 de enero de 1991, a través de la Ley 12 de 1991 "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989".

²³ Reserva en el momento de la ratificación: “El Gobierno de Colombia, de conformidad con el inciso d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención, declara que para los efectos de los párrafos 2 y 3 del artículo 38 de la Convención, la edad a que se refieren dichos párrafos se entenderá como de 18 años, dado que, con arreglo a la legislación colombiana, la edad mínima para el reclutamiento de personal en las fuerzas armadas es 18 años”.

²⁴ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por la Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.

Artículo 4: “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”.

estableció en su artículo 4 que “*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*”. Este Protocolo fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 833 de 2003 que supuso su entrada en vigor en Colombia el 25 junio de 2005 (fecha relevante a efectos de la sentencia objeto de este estudio)²⁵.

El PFCDN prohíbe el reclutamiento en sentido amplio (conscripción y alistamiento) de niños y niñas menores de 18 años de forma absoluta para los grupos armados no estatales. En el caso de los ejércitos nacionales la edad mínima de reclutamiento, en sentido de conscripción, sigue siendo 18 años y la edad mínima de alistamiento de 15 años, previendo la posibilidad de declaración unilateral que eleve esta edad.

Colombia, el mismo día de la ratificación al PFCDN, hizo, en línea con su actitud ante la Convención de Derechos del Niño, una declaración en la que igualó todas las formas de reclutamiento (conscripción y alistamiento) y estableció la edad mínima de 18 años, con independencia de ser realizado por grupos armados o fuerzas estatales²⁶.

El PFCDN también establece obligaciones claras para los Estados, como las de prevenir y sancionar estos comportamientos de la forma en que estime conveniente dentro de la eficacia a la que se compromete el Estado. Así, el artículo 6 de este mismo texto indica que “[c]ada 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”.

En este sentido, no estamos ante una norma que se aplique directamente en los Estados que la han ratificado, incluso si son Estados monistas, sino que exige la acción de los Estados, entre otros, prohibiendo estos comportamientos y exigiendo responsabilidad individual al respecto. Pero nótese que, en ningún momento, y bajo ninguna perspectiva, se aprecia en todo el PFCDN que exista una obligación de considerar y, consecuentemente, sancionar, como crímenes de guerra, los comportamientos que van en contra de éste. Sólo se exige adoptar las medidas jurídicas necesarias para garantizar la eficacia del Convenio. Y ello, salvo que se diga expresamente, no tiene por qué ser catalogando como crimen de guerra este comportamiento. No cambia, por lo tanto, lo que la costumbre internacional y el ECPI determinen al respecto.

²⁵ Ley 833 de 2003, de 10 de julio por medio de la cual se aprueba el "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000.

Entró en vigor en Colombia el 25 de junio de 2005, 1 mes después de que el instrumento de ratificación fuera depositado ante la Secretaría General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2005 (de acuerdo con lo dispuesto en el art.10.2 del protocolo).

²⁶ La manifestación del consentimiento se hace el 25 de mayo de 2005 a través de la ratificación con la siguiente declaración: “*Las Fuerzas Armadas de Colombia, en aplicación de las normas del derecho internacional humanitario para la protección del interés superior del niño y en aplicación de la legislación interna, no reclutan en sus filas a menores de edad, aunque cuenten con el consentimiento de sus padres [...]*”.

Finalmente, es interesante, destacar que el artículo 5 del PFCDN refleja el principio *pro homine* al que nos referiremos posteriormente en virtud del cual “[n]inguna 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”.

El Convenio 182 de la OIT en su artículo 3 califica el reclutamiento (conscripción) de niños y niñas por grupos regulares o irregulares para su participación en el conflicto armado como una de las peores formas de trabajo infantil²⁷. Por su parte, el artículo 6 pide que se adopten todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo del mismo, incluyendo, la aplicación de sanciones penales. Este Convenio, en su artículo 2, entiende por niños a toda persona menor de 18 años (artículo 2) y fue adoptado por Colombia a través de la Ley 704 de 2001²⁸.

En el ámbito relativo al Derecho Penal Internacional (en adelante DPI) encontramos cómo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica como crímenes de guerra los actos dirigidos a “reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”. El ECPI recoge tipos penales de comportamientos que son considerados como costumbre por la Comunidad Internacional.

El ECPI, adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002. Colombia hizo uso de la posibilidad prevista en el artículo 124 y excluyó la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) para crímenes de guerra durante siete años a partir de la entrada del Estatuto para el país, período que finalizaría el 1 de noviembre de 2009. El ECPI considera crimen de guerra el reclutamiento y alistamiento de niños y niñas menores de 15 años por cualquier ejército o grupo armado.

A día de hoy, la CPI no parece reconocer la existencia de una costumbre internacional que considere como crimen de guerra el reclutamiento de menores de 18 pero mayores de 15 años. Y no lo hace ni por vía directa, ni por vía indirecta, es decir, incluyendo el comportamiento en otros tipos penales. En las sentencias pronunciadas hasta ahora por la CPI e incluso por el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁹ sólo son considerados como crímenes de guerra el reclutamiento y uso de menores de 15 años.

Podríamos preguntarnos si esta consagración se ha hecho por vía indirecta, tal y como hicieron los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y la Ex Yugoslavia en las

²⁷ Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, adoptado por la Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT., Ginebra, Suiza, el diecisiete 17 de junio de 1999.

²⁸ El Convenio 182 de la OT entra en vigor en Colombia el 27 de noviembre de 2001 a través de la Ley 704 de 2001, de 21 de noviembre por medio de la cual se aprueba el “Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”.

²⁹ El propio Estatuto de ese Tribunal recoge este estándar. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, 16 de enero de 2002.

agresiones sexuales³⁰. En este caso, los Tribunales, a falta de tipo penal específico, entendieron que las agresiones sexuales graves podrían considerarse como tortura, agresiones físicas y psicológicas graves y atentados graves a la dignidad, y con ello pudieron ser castigadas como crímenes de guerra y de lesa humanidad e incluso, dándose un dolo específico, como crímenes de genocidio. Sin embargo, no se aprecia esta voluntad en las sentencias de la CPI recientes al respecto³¹. El propio análisis de la Costumbre Internacional publicado por el CICR en 2007 determina que la Costumbre existente por el momento (norma 136) limita a 15 años la consideración de crimen de guerra para el reclutamiento de niños y niñas³².

Sin embargo, partiendo de estas premisas podemos preguntarnos si independientemente de la existencia de esta norma, se habría creado con posterioridad una costumbre al respecto y qué efectos tendría la acción del Estado colombiano considerando como crimen de guerra el reclutamiento de menores de 18 años y mayores de 15.

2. Marco jurídico interno

Por lo que se refiere al ordenamiento interno, debemos destacar que la Constitución Colombiana en su artículo 44 eleva a rango constitucional los derechos reconocidos en los convenios antes mencionados³³. Así mismo, y para destacar cuándo y cómo se consagra la edad de 18 años como edad mínima de reclutamiento cabe destacar la siguiente normativa³⁴.

En primer lugar, la Ley 418 de 1997³⁵, en su artículo 14, tipificó el delito de reclutamiento de menores de 18 años por parte de grupos insurgentes o grupos de autodefensa. Una

³⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu*, caso n° TPIR-96-4-t, sentencia de 2 de septiembre de 1998; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Furundzija*, caso n° IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

³¹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012; *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, No. ICC-01/04-01/07, 23 de mayo de 2014.

Véase: DRUMBL, M.A., “The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2012, pp. 87-116; ALFONSO, C., “El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional”, Ambos, K., Malarino, E., Steiner, Ch., *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, CEDPAL, 2014, pp. 155-176; McBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, Srpinger, Asser Press, 2014.

³² HENCKAERTS, J-M. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Buenos Aires, 2007. Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf [consulta realizada el 4 de abril de 2021].

³³ Colombia, Constitución Política [Const], 7 de julio de 1991, versión corregida de la Constitución Política de Colombia, 116 Gaceta Constitucional, 20 de julio de 1991.

³⁴ Véase: RAMÍREZ-BARBOSA, P.A., “El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano. Aproximación al crimen de guerra”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n° 90, 2010, pp. 115-136; ROMERO RODRÍGUEZ, G.I., “El estado colombiano contra el reclutamiento ilegal 2005-2013”, *IUSTA*, n° 40, 2014, pp. 95-121.

³⁵ 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. Diario Oficial No. 43201 del 26/12/1997. Entra en vigor el 26 de diciembre de 1997.

modificación posterior de esta ley prohibió que aquellos que llevaran a cabo este comportamiento pudieran recibir los beneficios jurídicos que esa misma ley establece³⁶.

En la reforma del Código Penal Colombiano³⁷ del año 2000 se tipificaría como delito en el artículo 162 el reclutamiento de menores de 18 años, así como obligarles a participar de manera directa o indirecta en las hostilidades. Con la tipificación de este delito en el Código Penal, la primera parte del artículo 14 de la norma que acabamos de mencionar fue derogada, al entenderse recogida en este código.

Este tipo penal se encuentra dentro del Título II del libro segundo destinado a los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, pero ello no lo convierte automáticamente en crimen de guerra ni siquiera a efectos internos, dado que, entre otras cosas, dentro de este título hay comportamientos más y menos graves, algunos reconocidos por el DIH como crímenes de guerra, y otros no.

La Ley 1820 de 2016³⁸ y el Acuerdo Final de Paz³⁹ parecen permitir la amnistía de la conducta de reclutamiento de menores entre 15 y 18 años, al establecer la regla de exclusión únicamente frente aquellos reclutamientos contrarios al Estatuto de Roma. Dada la difícil lectura de esta norma y su aparente contradicción con la normativa anterior, se pregunta al Tribunal Constitucional Colombiano cuál es la interpretación correcta de la misma.

III. SOLUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

El procedimiento en el que se analiza la norma objeto de nuestro estudio dio lugar a la sentencia C-007/18, en él participaron numerosos actores con el objeto de ofrecer luz en el asunto⁴⁰.

En relación con la validez de la remisión que el artículo 23 de la Ley 1820 realiza al ECPI, que mantiene un estándar de protección de los derechos de los menores inferior al establecido en el PFCND suscrito por Colombia y en el propio ordenamiento interno colombiano en la sentencia, se plantearon dos posturas. La postura minoritaria considera que la remisión al ECPI obliga a limitar los beneficios penales sólo a aquellos que hubieran reclutado mayores de 15 años y menores de 18 años. Esta posición es sostenida por Dejusticia, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad y por el Asesor de

³⁶ Ley 1421 de 2010 de 21 de diciembre. Diario Oficial No. 47.930 de 21/12/2009. Entra en vigor 21 de diciembre de 2010.

³⁷ Ley 599 de 2000, de 24 de julio por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097 de 24/07/2000.

³⁸ Ley 1820 de 2016, de 30 de diciembre por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016.

³⁹ “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” suscrito entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), firmado el día 24 de noviembre de 2016 en Bogotá, Colombia.

⁴⁰ Anexo 2 de la sentencia C- 007 de 2018, Síntesis de las intervenciones allegadas al proceso.

la Delegación de las FARC-EP en la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final de Paz⁴¹. La postura mayoritaria considera que los beneficios penitenciarios no pueden alcanzar a nadie que haya reclutado a menores de 18 años. Esta posición es mantenida por el IFIT, la Oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y el Procurador General de la Nación⁴².

La Corte argumenta que para la resolución del conflicto normativo que se le plantea necesita resolver dos preguntas esenciales y previas. Por una parte, la relativa a la determinación del estándar de protección contenido en los instrumentos normativos de protección de los menores en conflictos armados, tanto de carácter nacional como internacional. Y, por otra parte, la relativa a la validez de la remisión al Estatuto de Roma basada en la existencia o no de la categoría de crimen de guerra asociado al reclutamiento de personas entre los 15 y los 18 años en el DPI.

En relación con la primera pregunta, tras realizar un recorrido por los instrumentos normativos internos e internacionales, la Sala concluye que resulta indudable la especial protección de los menores establecida en la Constitución, la prevalencia de sus derechos y el principio relativo al interés superior del niño, así como su proyección en la cuestión que nos ocupa. También afirma que Colombia ha adoptado los estándares más rigurosos del DI para evitar que los menores de 18 años participen en los conflictos armados. Sin embargo, concluye que todas estas afirmaciones no resuelven el problema que se nos plantea. La cuestión esencial radica en si los beneficios penales de la Ley 1820 de 2016 pueden aplicarse sobre conductas prohibidas y castigadas en el ordenamiento jurídico

⁴¹ Los principales argumentos de esta posición son los siguientes: 1) El reclutamiento forzado de menores de 18 y mayores de 15 años no es un crimen de guerra sino un estándar en consolidación. Afirma la existencia de una tendencia creciente en DI a prohibir el reclutamiento de menores de 18 años; 2) Admite la prohibición de reclutamiento de menores de 18 años en el derecho interno colombiano, sin embargo, considera que el ámbito de edad para entender el reclutamiento como crimen de guerra queda limitado al DPI y este únicamente considera el reclutamiento como crimen de guerra si es cometido contra un menor de 15 años; 3) Los beneficios penales de la Ley de 1820 para el reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años no violan el DI.

⁴² Los principales argumentos de esta posición son los siguientes: 1) La mención “*de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma*” es contraria a la Constitución. La Corte Constitucional en las sentencias C-203 de 2005, C-157 de 2007 y C-240 de 2009 señala que las diferencias entre el DPI y el DIDH relativas a la edad de protección no desvirtúan “la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno, dado que el esquema de protección constitucional colombiano cubre a todos los individuos que se encuentran en esa franja cronológica”. 2) De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con el principio *Pro Homine*, al interpretarse normas de un mismo orden, debe acudirse a la más amplia o a la interpretación más extensiva de los derechos humanos. La Corte Constitucional ha sostenido que, ante una colisión entre el sistema internacional y el interno, prevalece el segundo cuando ofrezca mayores garantías de protección a los derechos de las personas (cláusula de favorabilidad). 3) La mención “*de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma*” reduce la protección de los menores de entre 15 y 18 años establecida en el Derecho Penal Colombiano y en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y resulta contraria al principio *Pro Homine* y a los desarrollos constitucionales del interés superior del niño. Por ello es partidario de interpretar que la prohibición de concesión de amnistías o beneficios penales se predica para el reclutamiento forzado de menores de 18 años.

interno en el caso de que hayan alcanzado en el DPI consuetudinario la consideración de crimen de guerra.

En relación con la segunda pregunta, en primer lugar, el Tribunal argumenta el carácter razonable de la remisión al Estatuto de Roma, pero se plantea su proporcionalidad. De acuerdo con la argumentación esgrimida en el parágrafo 465 de la sentencia, la Corte considera que el legislador ha de regular aquello que no puede ser objeto de amnistía dentro de los mínimos intangibles en el DI, aunque menciona que también dispone “*fuera de esos mínimos un amplio margen de configuración legislativa destinado a definir la ponderación adecuada entre los beneficios, que se dirigen a la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas, percibidos en un enfoque holístico e integral*”⁴³.

La Sala considera razonable la ponderación que el legislador realiza entre los beneficios, que se dirigen a la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas, y la consecuente elección de la remisión al Estatuto de Roma. Según el Tribunal, el legislador, en el momento de determinar las excepciones a la aplicación de amnistías, indultos u otros beneficios penales, del universo de conductas penalizadas, ha optado por recurrir al estándar mínimo de protección definido en el marco del DI.

La Corte argumenta que su deber no consiste únicamente en determinar si el reclutamiento de menores de 18 años y mayores de 15 años está prohibido internamente, sino si se encuentra definido como crimen de guerra en el ámbito del DPI (convencional o consuetudinario), lo que provocaría la inadmisibilidad de la remisión al Estatuto de Roma.

Por lo que se refiere al DPI convencional, la Corte recuerda que el Estatuto de Roma fue el primer tratado en recoger el reclutamiento de menores de 15 años como crimen de guerra. Más tarde el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona recogería esta misma conducta en su artículo 4⁴⁴. Sin embargo, ningún tratado califica el reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años como crimen de guerra.

Por lo que se refiere al DPI consuetudinario, la Sala argumenta que no hay duda sobre la categorización como crimen de guerra del reclutamiento de menores de 15 años. Sin embargo, afirma que no hay unanimidad en el hecho de que esta categoría alcance también al reclutamiento de personas entre 15 y 18 años. La Corte sí pone de manifiesto la existencia de un fortalecimiento progresivo de la prohibición de reclutamiento de

⁴³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, 1 de marzo de 2018. Parágrafo 465: “*Además, el uso de la remisión al Estatuto de Roma por parte del Legislador dista de ser caprichoso, de acuerdo con el contexto establecido en las consideraciones generales de esta providencia. Esta decisión es compatible con la idea central acerca del núcleo de lo que no puede ser objeto de un beneficio de amnistía –o indulto o renuncia a la persecución penal– general, absoluta, incondicional o auto conferida, lo cual está definido a manera de mínimos intangibles en el derecho internacional. Mientras tanto, por fuera de esos mínimos existe un amplio margen de configuración legislativa destinado a definir la ponderación adecuada entre los beneficios, que se dirigen a la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas, percibidos en un enfoque holístico e integral*”.

⁴⁴ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, 16 de enero de 2002.

personas en esta franja de edad y una intención definida de elevar el estándar de crimen de guerra⁴⁵.

En consecuencia, la Sala considera que no es conveniente afirmar que el estándar de mayor protección (18 años) es aplicable en todo momento y circunstancia ya que considera que el estándar que se encuentra plenamente cristalizado es el de considerar como crimen de guerra el reclutamiento de menores de 15 años. Pero, por otra parte, sostiene que observando la tendencia y voluntad de la comunidad internacional de ampliar la prohibición y el castigo de esta conducta también a los reclutamientos de mayores de 15 y menores de 18 años, es preciso hacer una serie de correcciones.

Por ello, construye una interpretación un tanto particular que combina ambos niveles de protección. La Corte afirma que a partir del 25 de junio de 2005 (fecha de entrada en vigor para Colombia del PFCDN) la prohibición del reclutamiento de menores de 18 años forma parte del derecho consuetudinario como crimen de guerra. En consecuencia, determina que la expresión “*reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma*”, contenida en distintas disposiciones de la Ley 1820 de 2016 (artículos 23, 30, 46, 47, 52 y 57) debe entenderse así: “*el reclutamiento de menores de 15 años en el caso de conductas ocurridas hasta el 25 de junio de 2005, y el reclutamiento de menores de 18 años en el caso de conductas ocurridas con posterioridad a esa fecha*”⁴⁶.

Tal conclusión la elabora, en primer lugar, en base a una interpretación laxa de la decisión adoptada por la Sala de apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona en el asunto *Norman* donde indicó que el objetivo del PFCDN era “*elevar el estándar de 15 a 18, asumiendo que al momento de su expedición la conducta ya estaba criminalizada*”⁴⁷ (se entiende que el reclutamiento de menores de 15 años). Y al respecto, precisó que “*el proceso de desarrollo relativo al reclutamiento de niños soldados, teniendo en cuenta la definición de los niños menores de 18 años, culminó con la codificación de la cuestión en el Protocolo facultativo*”⁴⁸. Lo cual, en nuestra opinión viene a decir que el reclutamiento de menores de 18 años ya estaba prohibido en esa época, no que debía considerarse como crimen de guerra, cuestión en la que no entra la sentencia.

En segundo lugar, la Corte constitucional colombiana también se apoya para construir su interpretación, en el elevado número de ratificaciones o adhesiones (167 Estados) al PFCDN. Lo cual, en nuestra opinión, nos serviría para considerar la edad mínima de reclutamiento (conscripción) como el estándar internacional pero no para calificar este comportamiento como crimen de guerra.

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-007/18, 1 de marzo de 2018, parágrafo 481: “*si bien es claro que existe un crimen de guerra asociado a las conductas que llevan a la participación de niños, niñas y adolescentes menores de 15 años en el conflicto armado, no es igualmente claro que esta categoría (la de crimen de guerra) se extienda, de forma unívoca en el derecho internacional relevante a las personas entre los 15 y 18 años. Lo que se percibe en el ámbito internacional es un fortalecimiento progresivo de la prohibición y una intención ya definida de elevar el estándar del crimen hasta los 18 años*”.

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, 1 de marzo de 2018, parágrafo 449.

⁴⁷ *The Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de Mayo de 2004, parágrafo 36.

⁴⁸ *Ibidem*, parágrafo 34.

Finalmente, escoge la fecha mencionada con base en las siguientes consideraciones: “(i) al 2001, cerca del 80% de los Estados con edad de reclutamiento obligatorio la establecían en 18 años o más, y la misma edad era establecida por 74 de los 126 Estados con reclutamiento voluntario; (ii) tanto el TESL como Unicef concuerdan en que el proceso de desarrollo relativo al reclutamiento de niños soldados menores de 18 años culminó con la codificación de la cuestión en el PFCDNPCA; (iii) Colombia fue el Estado número 98 en obligarse por el mencionado instrumento; y (iv) la adopción de esta posición no implica la definición de un crimen, sino únicamente la precisión acerca del estándar de aplicación de beneficios dentro de la Ley 1820 de 2016”⁴⁹.

En nuestra opinión con este último inciso, la Corte argumenta que el estándar de prohibición del reclutamiento de menores es el de 18 años, no que su violación suponga un crimen de guerra. La Sala precisa que esta interpretación persigue únicamente delimitar el alcance de las disposiciones de la Ley 1820 de 2016.

Sin embargo, la Corte trata de ir más allá justificando que, además, en el DPI consuetudinario existe el tipo penal de reclutamiento de menores de 18 años con la consideración de crimen de guerra a partir del 25 de junio de 2005.

La Corte justifica su decisión esgrimiendo que es necesario determinar cuándo se encuentra, sin lugar a duda, cristalizada la norma de derecho consuetudinario que considera tal comportamiento como un crimen, con el fin de no incurrir en una posible vulneración del principio del debido proceso y el de irretroactividad penal. Se ha cuestionado la elección de dicha fecha⁵⁰ y no otras como podría haber sido la de la entrada en vigor del PFCDNPCA el 12 de febrero de 2002 (3 meses después del depósito de la décima ratificación, tal y como establece su artículo 10.1) o la de la entrada en vigor de la penalización de esta conducta en el ordenamiento interno colombiano.

La Corte establece como fecha de nacimiento de esa costumbre internacional la entrada en vigor de un tratado que no es de DPI (no determina crímenes, ni sanciones, ni procedimientos) sino de DIDH, que al tiempo modifica el DIH en cuanto al reclutamiento de los menores de 18 años y mayores de 15, pero que no hace referencia a la cuestión relativa a la sanción de tales crímenes ni a su consideración o no como crímenes de guerra.

El Tribunal ordena, además, a los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz que no dejen de perseguir el reclutamiento de menores de 18 años y mayores de 15 cometidos cuando el estándar de protección no estaba consolidado⁵¹. Ello es consistente con el Acuerdo de paz que pide investigar y reparar todas las conductas delictivas cometidas durante el conflicto. Sin embargo, de hecho, no hace más que recordar una obligación que ya existía y que no era objeto de controversia, pero quizás se añade para evitar que el resultado de su decisión no resulte en perjuicio de los menores de 18 y mayores de 15 reclutados en este periodo anterior en el que según el tribunal, esos comportamientos no eran crímenes de guerra.

⁴⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, 1 de marzo de 2018, parágrafo 485.

⁵⁰ ALARCÓN-PALACIO, Y.E., *op. cit.* p. 6.

⁵¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 18, 1 de marzo de 2018, parágrafo 492.2.

Una cuestión que deja abierta la Corte es la situación de incertidumbre jurídica en la que quedan aquellos que en esta franja de edad cometieran graves violaciones, aun habiendo sido reclutados previamente de forma ilícita.

En este sentido resulta especialmente crítico con la decisión de la Corte constitucional el cuarto informe del Secretario General sobre el tema de los niños, niñas y adolescentes y el conflicto armado en Colombia año. En su párrafo 57 dispone que “*sigue habiendo importantes dificultades para definir la situación jurídica de los niños y niñas que, pese a haber sido víctimas de reclutamiento y utilización, cometieron graves violaciones cuando eran menores de 18 años, en particular los que participan en el programa “Camino diferencial de vida”. Las decisiones de la Corte Constitucional C-007 y C-080 de 2018 dejaron abierta la posibilidad de que tengan que enfrentarse a sanciones jurídicas por sus actos*”⁵².

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Aparte de las dudas sobre la adecuada interpretación que la Corte constitucional colombiana realiza de la Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona y otras observaciones críticas expuestas anteriormente, nos gustaría hacer unas reflexiones globales sobre la perspectiva adoptada por la Corte en esta sentencia. Estructuraremos estas reflexiones en torno a dos bloques argumentativos: cuestiones de estructura jurídica de la norma y cuestiones de hermenéutica.

1. Cuestiones de estructura jurídica de la norma

A) Cuestiones generales

Las normas, según Hart⁵³, tienen dos partes: una parte (la norma primaria) en la que se prevé, ordena, prohíbe y describe un comportamiento; y otra parte (la norma secundaria) en la que se prevén las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de la prohibición, mandato o comportamiento previsto en la norma primaria.

En algunos casos la norma primaria es implícita y en otros es la norma secundaria la que necesita ser desarrollada. No sería norma jurídica aquella que no atribuyese una consecuencia jurídica a un comportamiento.

En consecuencia, la reserva de Colombia a la Convención de los Derechos del Niño es una norma incompleta hasta que no se prevé una sanción por ese incumplimiento. De hecho, sin la existencia de una norma internacional o interna que estableciese las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la norma, la norma no sería invocable

⁵² NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad Distr. General, 31 de diciembre de 2019, “Los niños y el conflicto armado en Colombia. Informe del Secretario General”, S/2019/1017, párrafo 57. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e3dc5fb4.pdf> [Consulta realizada el 26 de enero de 2021].

⁵³ Hart, Herbert L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp.99-124.

frente a los particulares, y menos tratándose de una norma penal donde rige el principio de *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

B) La norma secundaria: distintos niveles de gravedad

En caso de incumplimiento de una norma prohibitiva, la norma secundaria puede determinar distintas consecuencias: por ejemplo, nulidad, sanción administrativa, obligación de restituir, etc.

En el caso de que las consecuencias sean penales, la determinación de la gravedad del comportamiento supondrá su catalogación en delitos leves (antes faltas), delitos comunes y crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. La determinación de qué tipo de comportamientos son considerados como tales depende, por un lado, del DI, tanto convencional como consuetudinario (crímenes de derecho internacional⁵⁴) y, por otro, del propio código penal nacional para el resto de los comportamientos sancionables.

Así, “los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de DI punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional”⁵⁵. Dicho de otra manera, es el DI y no el derecho interno el que debe determinar el carácter de crimen de guerra del reclutamiento de menores de 18 años.

La propia Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas destaca que la categorización de un comportamiento como crimen de derecho internacional depende exclusivamente del DI. De esta forma, si un comportamiento está definido como crimen de derecho internacional por una normativa estatal, pero no así por una norma internacional, no se pueden considerar, “*stricto sensu*” como tal. Por el contrario, si es considerado como tal por el DI desplegará todas las consecuencias que el DI determina para estos crímenes. Evidentemente, lo jurídicamente adecuado sería que el crimen de derecho internacional fuese consagrado como tal a nivel interno, pero el problema sucede cuando esto no es así, como parece ser el caso en el tema que nos ocupa, por lo menos durante un periodo de tiempo.

Como hemos visto antes, el ECPI sólo considera crimen de Derecho internacional el reclutamiento de menores de 15 años. Así pues, salvo que aceptemos la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba el reclutamiento de los menores de 18 pero mayores de 15 y lo eleve a crimen de derecho internacional, esta categoría, a efectos de las

⁵⁴ Aunque el nombre de estos crímenes ha variado a lo largo del tiempo y, en 1996, en el “Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, se utilizaba esta última para referirse a, entre otros, los crímenes de guerra, hemos preferido utilizar la terminología de “crímenes de Derecho internacional” dado que ésta es la utilizada por la propia CDI en sus últimos documentos. Véase Octavo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial (A/CN.4/734) de 28 de febrero de 2020.

⁵⁵ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Volumen II, Segunda Parte, p.19. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf [consulta realizada el 16 de marzo de 2021]

obligaciones de los Estados de juzgar y tratar este comportamiento como crimen de derecho internacional, no existe.

El Código Penal Colombiano actual entra en vigor en 2000⁵⁶ dos años después de la adopción del ECPI en 1998⁵⁷, pero dos años antes de su entrada en vigor para Colombia⁵⁸. En él, como hemos visto previamente, no se considera como *crimen de guerra* el reclutamiento de niños menores de 18 pero mayores de 15 años. Aunque también es cierto que no distingue entre niños menores de 18 y niños menores de 15 años. Por otro lado, dentro del título en el que se incrusta este tipo penal hay una variedad de comportamientos de distinta gravedad sin que este texto haya delimitado cuáles son infracciones graves y cuáles no, ni cuáles deben ser considerados como crímenes de guerra, y cuáles no. Lo cual depende, como hemos dicho del Derecho Internacional y no del Derecho Interno.

De lo que se deduce que el legislador colombiano en el código Penal colombiano no incluye el crimen de reclutamiento recogido en el ECPI. El legislador tipifica el delito de reclutamiento de personas menores de 18 años, circunstancia a la que estaba obligado por su reserva a la Convención de Derechos del Niño y su posterior ratificación al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Él no reconoce expresamente que este comportamiento sea considerado como crimen de guerra dada su consideración como tal por parte del Derecho Internacional.

C) Crímenes de guerra

Si un convenio prevé la calificación de guerra de un comportamiento e incluso prevé de forma completa las consecuencias jurídicas del incumplimiento, la simple incorporación directa de la norma al ordenamiento interno permitiría exigir, sin más, la responsabilidad del individuo. Ello conllevaría una responsabilidad frente a la Comunidad Internacional y frente al Estado que ha ratificado la norma.

Sin embargo, el problema puede plantearse de una forma singular que es la que, en principio y hasta que demos la solución definitiva, podría producirse en este caso. Podría ocurrir que el ordenamiento interno califique de crimen de guerra y castigue y trate como tal un comportamiento que la Comunidad Internacional no considera de este modo. Es decir, que se sancione, en este caso, como crimen de guerra en el ordenamiento interno un comportamiento que la Comunidad Internacional no prohíbe o no considera como crimen internacional.

⁵⁶ Ley 599 de 2000, de 24 de julio por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000. El código Penal entra en vigor el 24 de julio de 2000.

⁵⁷ Salvo en lo relativo a los crímenes de guerra de acuerdo con el artículo 124 del tratado en el que se prevé una salvedad de 7 años (1 de noviembre de 2009). Este artículo 124 (Disposición de transición) relativo al retraso en la posibilidad de que la Corte conozca crímenes de guerra. Es decir, nada relativo al contenido, sino a la competencia misma de la Corte.

⁵⁸ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entró en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002.

Nos encontraríamos ante un ordenamiento interno que da una calificación a un comportamiento y, consecuentemente, le atribuye consecuencias jurídicas en el mismo, pero no en el ámbito internacional, salvo para sí mismo (acto unilateral). Ello se debe a que uno no puede establecer obligaciones o prohibiciones a terceros, «*Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodese potest*», que puede ser traducido como lo hecho entre unos ni daña ni beneficia a los otros.

Todo ello salvo que este acto sea considerado como una manifestación de una costumbre internacional existente, en cuyo caso, en realidad sí estaría previsto por el Derecho Internacional.

En el caso que analizamos, sin embargo, el Estado está cumpliendo una obligación internacional que sería la de prohibir un comportamiento y establecer consecuencias al respecto; pero salvo costumbre en contrario, su calificación como crimen de guerra no está prevista expresamente ni en el ordenamiento internacional ni, por lo menos, expresamente en el ordenamiento interno.

2. Cuestiones de hermenéutica

A) Principio pro homine

Cuando tenemos varias normas en vigor relativas a los derechos humanos y unas no excluyen expresamente a las otras, la norma que da más protección al individuo prima sobre la norma de menor protección sea esta anterior, posterior, más general o más especial, provenga de una norma internacional o interna. Este es el principio *pro homine* que algunos juristas han invocado en la sentencia.

En este caso, la aplicación del principio *pro homine* nos sirve para destacar que pese a lo que la Convención de Derechos del Niño indica y, a pesar de las restricciones impuestas por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, en Colombia está prohibido de forma absoluta el reclutamiento en todas sus formas de personas menores de 18 años sea por el ejército nacional sea por grupos armados no estatales. La norma internacional posterior no modifica las leyes internas más protectoras.

B) Interés Superior del Menor

Por otro lado, el principio de interés superior del niño aplicado a la hermenéutica exige en caso de colisión de normas que se dé prioridad absoluta a la que defienda mejor el interés superior del menor, así como la interpretación más favorable en caso de que varias sean posibles. En este caso, lo que debemos plantearnos es si existe una tal colisión de normas y, si es así, cómo afectaría el principio de interés superior del menor. La propia

Constitución Política Colombiana recoge este principio en el artículo 5 donde se establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás⁵⁹.

Por otro lado, en el Derecho Penal existe también un principio que obliga a una la interpretación restrictiva de la norma cuando suponga perjuicio para el reo. En este caso, la duda estaría no tanto en la prohibición del reclutamiento de menores de 18 años sino en su consideración como crimen de guerra, pero ya hemos visto que de la misma letra de la ley no caben varias interpretaciones, sino sólo una, por lo tanto, este principio no tendría eficacia en este caso.

En definitiva, podemos cuestionarnos si el reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 se puede considerar a día de hoy como costumbre internacional. Sin embargo, no cabe su consideración como crimen de guerra, tal y como afirma esta sentencia (desde el momento en que entra en vigor el PFCDN para Colombia).

V. CONCLUSIONES

1. La respuesta de la corte no se ajusta al derecho internacional ni al derecho interno

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, no podemos sino concluir que la interpretación hecha por la Corte Constitucional Colombiana del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 no se ajusta ni al Derecho Internacional ni al Derecho interno.

No se ajusta al Derecho Internacional porque es en este ordenamiento jurídico donde debe determinarse cuándo un comportamiento es crimen de guerra y no a partir de decisiones internas de un Estado. Sin embargo, la Corte pone como fecha de nacimiento y cristalización de la costumbre internacional relativa a la consideración como crimen de guerra del reclutamiento de niños menores de 18 años un acto unilateral colombiano como es la entrada en vigor de un tratado que, además, no se refiere a cuestiones penales.

La fecha de 25 de junio de 2005 viene determinada por la fecha en la que entra en vigor para Colombia el PFCDN. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, esta norma no supone la catalogación del reclutamiento de menores como crimen de guerra, sino sólo su prohibición. Esta prohibición, sin embargo, ya estaba en vigor para Colombia desde su reserva a la Convención de los Derechos del Niño y en su ordenamiento interno, por lo menos, desde la entrada en vigor de la Ley 548 de 1999 que ampliaba el alcance de esta conducta al reclutamiento de menores de 18 años por todos los grupos armados incluido el ejército nacional.

Por otro lado, no existe costumbre internacional que modifique la edad de 15 años como edad máxima para considerar el reclutamiento como crimen de guerra. Además, el Código

⁵⁹ Colombia, Constitución Política [Const], 7 de julio de 1991, versión corregida de la Constitución Política de Colombia, 116 *Gaceta Constitucional*, 20 de julio de 1991.

Penal Colombiano no cataloga, tampoco, este comportamiento como crimen de guerra sino como delito contra personas y bienes protegidos por el DIH.

De esta forma, y aunque existe una creciente sensibilidad internacional al respecto, de momento ni la normativa jurídica internacional ni interna colombiana avalan la consideración de este comportamiento como crimen de guerra siquiera con efectos exclusivos de Derecho Interno.

De hecho, parece que la dicción del artículo objeto de análisis por la Corte quiere evitar expresamente que se aplique la edad prevista en el Código Penal y su consideración como delito del reclutamiento de niños y niñas menores de 18 años, para dirigirse directamente a lo previsto en el ECPI para todos los crímenes de guerra cometidos en el marco del conflicto, tal y como la propia ley establece en su artículo 17.

Esta decisión tomada por legislador no es contraria al DIH que solo prevé que no se acuerden amnistías a personas que hayan cometido crímenes de guerra, dejando libertad a los Estados para establecer límites más amplios, como podría haber sido el caso en esta ley. Pero esto no sucedió por voluntad de un legislador, el colombiano, que estaba en el marco de un proceso de paz y prefirió utilizar el margen de maniobra que permite el Derecho internacional para los delitos que no son considerados como crímenes internacionales.

La Corte Constitucional no puede suplir la intención de legislador, intentando acomodar la norma a la sensibilidad de los nacionales y de muchos organismos humanitarios internacionales. El Tribunal tiene que interpretar conforme a lo que es y no a lo que le gustaría que fuese, creando, además unos equilibrios que jurídicamente no se sostienen.

2. La importancia de esta sentencia de cara a la creación de una Costumbre Internacional

Ya hemos indicado que hoy no existe una costumbre internacional que consagre el reclutamiento de niños y niñas menores de 18 años como crimen de guerra. Sin embargo, la costumbre se crea a partir de una *opinio iuris* y una práctica de los Estados. En este sentido, interpretaciones como la hecha por esta Corte, puede ayudar a la creación y en su momento la prueba de una costumbre internacional, tal y como ya indicó en su momento la CDI⁶⁰, respecto de las decisiones de los tribunales internos.

⁶⁰ Quinto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. (por Michael Wood, Relator Especial) (A/CN.4/717) de 14 de marzo de 2018, par. 54 (A/CN.4/717)

En este sentido el contenido de los informes del representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Niños y los Conflictos Armados y los compromisos adquiridos por los Estados a este respecto, así como la progresiva incorporación en los Códigos Penales de los Estados de sanciones graves a estos comportamientos, nos permite plantear como hipótesis la existencia de un embrión de costumbre internacional que considere el reclutamiento de menores de 18 años como crimen de guerra.

Sin lugar a duda, esta sentencia puede ser tomada como uno de los elementos que nos llevan en este camino.