

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP15870-2016

Radicación 44931

(Aprobado Acta No. 346)

Bogotá D.C., dos (2) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

Celebrada la audiencia de sustentación oral, procede la Sala a proferir fallo con ocasión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de JAVIER ALFONSO MANTILLA contra la sentencia del 20 de agosto de 2014, a través de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo condenatorio proferido el 12 de junio del mismo año por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí.

HECHOS:

El 10 de agosto de 2011 JAVIER ALFONSO MANTILLA, Luis Édison Ramírez Mora y Fernando de Jesús Mejía Soto, acompañados de un menor de edad, quien para entonces estaba próximo a cumplir dieciséis (16) años de edad, irrumpieron en un parqueadero situado en el municipio La Estrella (Antioquia), y allí despojaron mediante violencia al señor Álvaro de Jesús Gutiérrez Herrera de la suma de \$1.170.000 y un teléfono celular, tras lo cual emprendieron la huida.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Producida la captura de los autores del latrocinio, en audiencia preliminar celebrada el 11 de agosto de 2011 la Fiscalía formuló imputación a los tres adultos, por los delitos de hurto calificado y agravado y uso de menores de edad para la comisión de delitos.

2. Como en su momento Ramírez Mora y Mejía Soto preacordaron con la Fiscalía lo relativo a la imputación, se produjo la ruptura de la unidad procesal, por cuya razón, por separado, ese mismo organismo presentó escrito de acusación en contra de JAVIER ALFONSO MANTILLA, sólo por el delito de hurto calificado y agravado, respecto del cual resultó condenado el 16 de abril de 2012 por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Estrella.

3. El 2 de agosto de 2012, el Fiscal 41 Seccional del

mismo municipio presentó escrito de acusación en su contra, en el cual le atribuyó la conducta de uso de menores de edad en la comisión de delitos, prevista en el artículo 188 D del Código penal.

4. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, tras la actuación de rigor, mediante sentencia del 12 de junio de 2014, condenó al acusado a 10 años de prisión y a la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de 5 años.

5. La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Medellín, a través de la sentencia recurrida en casación, expedida el 20 de agosto de 2014, en Sala mayoritaria, le impartió confirmación.

LA DEMANDA:

Cargo único. Violación directa de la ley sustancial.

En criterio de la demandante, el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 188 D del Código Penal de 2000, al señalar que el tipo penal allí previsto se estructura de manera automática por el sólo hecho de utilizar a un menor de edad, sin considerar, en la determinación de si el procesado actuó o no con dolo, las circunstancias en que el menor concurrió a la realización del delito.

Agregó que existen muchos casos de participación de un menor en la comisión de un delito en los cuales no se

presenta esa utilización, como cuando el menor y los adultos obran bajo las órdenes o amenazas de un tercero que bien puede ser el autor “*intelectual*” o mediato de la conducta delictiva; o cuando el menor es el jefe de una banda criminal que emplea a otros menores y a adultos en la comisión de delitos; o cuando el menor actúa por órdenes de uno de los integrantes de la organización criminal, sin que los demás miembros de la misma tenga injerencia en su participación.

En ese orden, advirtió cómo el tipo penal en cuestión, al proteger el bien jurídico de la autonomía personal, exige para su estructuración que se afecte al menor ese derecho fundamental.

Para la casacionista, el fallador hizo una interpretación inapropiada a la sentencia C-121 de 2012, pues aun cuando la Corte Constitucional señaló que con el artículo 188 D del Código Penal se penalizó de manera autónoma el delito allí previsto, ello no significa que el simple acompañamiento de un menor a la comisión de un hurto por parte de varias personas determine la estructuración de los dos delitos. Esto sólo será viable si la prueba así lo indica, lo cual no acontece en el presente caso porque no se establecieron las circunstancias en que el menor intervino en la ejecución del atentado contra el patrimonio económico, es decir, si obró por promesa remuneratoria o bajo coacción, etc.

Así las cosas, solicitó casar la sentencia impugnada para, en su reemplazo, proferir fallo de carácter absolutorio.

INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN:

1. La demandante:

Cuestionó a los falladores por considerar que por el sólo hecho de que exista un menor en un grupo, cuyos miembros actúan en calidad de coautores en la realización de un delito, se configura el ilícito de uso de menores de edad.

Era necesario, a su juicio, que los juzgadores analizaran los verbos rectores del tipo penal, tales como constreñir, utilizar e instrumentalizar. Y no solamente no lo hicieron sino que no existe en el presente caso prueba alguna que demuestre la manera de utilización del menor por parte del procesado. Ni siquiera en la acusación se mencionaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales habría sido utilizado.

Añadió que si bien los sentenciadores tuvieron en cuenta la sentencia C-121 de 2012 de la Corte Constitucional, lo cierto es que en esa decisión no se determinó que la utilización del menor no requiriera comprobación.

Le pidió a la Corte pronunciarse sobre el tema planteado, respecto del cual no existe desarrollo jurisprudencial.

En conclusión, reiteró los argumentos de la demanda y su solicitud de casar la sentencia impugnada.

2. Fiscalía:

Tras recordar que la Fiscalía pidió en su momento la preclusión y que los jueces la negaron, compartió la visión de la defensa consistente en que el Tribunal edificó la condena sobre la base de que el sólo hecho de que la presencia del menor en la comisión del delito significó el agotamiento del verbo utilizar.

Expresó que la Corte Constitucional enfatizó en la sentencia C-121 de 2012 que el delito previsto en el artículo 188 D del Código Penal ampara la autonomía individual de los menores de edad y se puede atribuir a quien los instrumentaliza para cometer alguna conducta punible. Y en el presente caso, en concordancia con las pruebas recaudadas, la utilización no se acreditó. Por ende, la afirmación contraria del Tribunal es una equivocación en cuanto se funda en la sola presencia del menor en la comisión del hurto y no en su instrumentalización, un elemento necesario para la tipificación de la conducta punible, según lo concluyó el tribunal constitucional.

Le solicitó el fiscal a la Sala, en consecuencia, casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Cuestión previa.

La demandante acusa al Tribunal de incurrir en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 188 D del Código Penal de 2000, yerro

que, en su opinión, llevó a esa Corporación a condenar al procesado por la conducta punible de uso de menores de edad en la comisión de delitos, tipo penal contemplado en el citado precepto.

A pesar del desacierto técnico de la actora al aducir la interpretación errónea del artículo 188 D en cita, pues, como lo tiene dicho la jurisprudencia, lo que importa son los efectos que de la norma se materialicen en el fallo, (CSJ SP, 12 de nov. de 2003, rad. 16161), por cuya razón lo correcto en ese caso era predicar la aplicación indebida del referido precepto, la Sala se pronunciará de fondo sobre el único cargo formulado, habida cuenta que, conforme es criterio también consolidado de esta Corporación, la admisión de la demanda supone la superación de los defectos advertidos en su confección.

Decisión de fondo.

El problema jurídico que corresponde decidir en este caso consiste en determinar si el simple hecho de que un adulto concorra con un menor de edad a la comisión de un delito configura el punible descrito en el artículo 188 D del Código Penal o si la intervención voluntaria de este último en el acaecer delincuencial torna atípica la conducta ilícita.

Para resolverlo, la Sala hará referencia a los siguientes temas: (i) la protección especial brindada por el ordenamiento jurídico a los menores de edad, (ii) su utilización por los autores del conflicto armado y por la criminalidad organizada

para cometer delitos, (iii) la política criminal del Estado diseñada como reacción a esa actividad ilícita, (iv) la estructura típica de la conducta de uso de menores de edad para la comisión de delitos, y (v) el caso concreto.

(i) Protección especial de los menores de edad.

La presencia cada vez mayor de los niños en los grupos humanos, su estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta y por ser quienes representan el futuro de los pueblos, provocó con el tiempo un creciente y evolutivo interés de parte de la comunidad internacional, al grado de imponerse la necesidad de reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos al amparo de unas categorías políticas y sociales que otorguen suficiente soporte al discurrir de su crecimiento, en orden a asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde con el papel relevante y trascendental que están llamados a cumplir en la sociedad¹.

Ese reconocimiento, tal como lo puso de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991, aparece en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de

¹ Cfr. CORTES CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1068 de 2002 y C-149 de 2009.

Derechos Humanos, en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

En consonancia con el derecho internacional, la Constitución Política de 1991, en sus artículos 44 y 45, consagra expresamente el principio de especial protección del menor, a través de los siguientes postulados básicos: (i) le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral; (ii) establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud; (iii) reconoce que los niños son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia; (iv) ordena proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos; y (v) le reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral, imponiéndole al Estado y a la sociedad el deber de garantizar la participación activa de los jóvenes en los

organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud².

El principio de protección especial del menor ha venido siendo objeto de regulación legislativa en Colombia, en desarrollo de los criterios fijados en la Constitución y los tratados de derechos humanos. Así se hizo, inicialmente, a través del Decreto extraordinario 2737 de 1989, por el cual se adoptó el Código del Menor y, luego, mediante la Ley 1098 de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia.

La finalidad de esa última codificación, según lo establece su artículo 1º, es garantizar a los niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, haciendo prevalecer el reconocimiento a la igualdad y a la dignidad humana, sin discriminación alguna

A su vez, su objeto –de acuerdo con lo señalado en su artículo 2º- es fijar normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio y el restablecimiento de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, erigiéndose dicha garantía y protección en una obligación para la familia, la sociedad y el Estado.

² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. C 468 de 2009.

En los artículos 5° y 6° el mismo Código prevé que sus normas son de orden público, de carácter irrenunciable y preferente, las cuales a su vez deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, por la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenamientos que se entienden además integrados a esa codificación.

Ahora bien, el tratamiento preferencial del menor encuentra un claro reconocimiento en el Derecho Internacional Público a través del llamado principio del “*interés superior del niño*”, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño y reproducido después en distintos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art.25-2), la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 (arts. 23 y 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (art. 3°-1).

Es así como el principio 2° de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 señala sobre el particular:

*“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será **el interés superior del niño**”.*

A su turno, el numeral 1° del artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro derecho interno mediante la Ley 12 de 1991, establece:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**”.*

Acerca de la disposición antes citada, el Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General N° 5 de 2003, señaló que el deber de asegurar el “*interés superior del niño*” al cual se refiere la Convención sobre Derechos del Niño le impone al Gobierno, al Congreso y a los jueces de los Estados parte adoptar medidas positivas en la defensa de sus derechos.

En el Código de la Infancia y la Adolescencia el principio del “*interés superior del menor*” aparece definido en el artículo

8°, el cual señala expresamente que *“se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el mandato de protección especial de los menores de edad no puede mirarse únicamente desde la perspectiva de una garantía objetiva, sino como la manifestación de un derecho subjetivo fundamental a ser atendido con particular énfasis, esto es, a obtener un apoyo prioritario. Por eso, ha dicho que el derecho de protección *“es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor”*³.

Acerca de los sujetos titulares de la protección especial prevista para los menores de edad, cabe señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece en su artículo 1°:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2004.

Por su parte, el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, presentado en la Haya el 29 de mayo de 1993, en su artículo 3° prevé que las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad.

Así mismo, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores, suscrita en ciudad de México D.F., el 18 de marzo de 1994, en su artículo 2° dispuso aplicarla a cualquier “*menor*”, entendiendo como tal “*todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años*”.

En el orden interno, el párrafo único del artículo 98 de la Constitución Política establece que “*mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.*”

A su turno, el artículo 3° del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que los sujetos cobijados por esa normatividad son todas las personas menores de 18 años. Y agrega la norma que “*sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad*”.

Al amparo de las disposiciones internacionales, la jurisprudencia constitucional ha precisado que se considera niño a todo ser humano menor de dieciocho (18) años. También ha explicado que la distinción efectuada por la Ley

1098 de 2006, así como por los artículos 44 y 45 de la Constitución Política entre niños y adolescentes no buscó excluir a estos últimos de la protección integral otorgada a la niñez, ni reconocerles distinto margen de protección, sino ofrecerles espacios de participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que los conciernen, teniendo en cuenta su mayor grado de desarrollo físico y mental⁴.

De acuerdo con la Corte Constitucional, por tanto, la protección especial prodigada a los menores por el derecho se extiende en igualdad de condiciones a todas las personas que no hayan cumplido los dieciocho (18) años, pues todas ellas se consideran niños para efectos del ejercicio y garantía de sus derechos.

Y aun cuando *“los adolescentes cuentan con un mayor grado de madurez y desarrollo con respecto a los niños menores de 12 años, en todo caso, no poseen la suficiente autonomía física y jurídica para autogobernarse, esto es, no cuentan con las condiciones legales, mentales y físicas para valerse por sí mismos y para proveerse todo aquello que a su edad requieran, viéndose afectado el desarrollo armónico e integral, en caso de no recibir el apoyo requerido por parte de quienes están obligados a ello”*⁵.

⁴ Sentencia C-092 de 2002. En el mismo sentido, Sentencias C-1068 de 2002, C-170 de 2004, C-247 de 2004, C-507 de 2004, C-034 de 2005, C-118 de 2006, C-228 de 2008 y C-069 de 2016.

⁵ C-468 de 2009.

(ii) Utilización de los menores de edad por los autores del conflicto armado y por la delincuencia organizada.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-203 de 2005⁶, abordó lo relativo a la situación de los niños y adolescentes que son víctimas de los conflictos armados y que son reclutados y utilizados por los grupos armados irregulares, arribando a las siguientes conclusiones sobre el drama de lo que ello representa para los países que padecen esta situación:

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

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

⁶ Citada en C-240 de 2009.

3) A los menores combatientes se les incorpora a los grupos armados legales o ilegales, bien sea por la fuerza o bien de manera aparentemente “*voluntaria*”, siendo excepcional la vinculación *auténticamente voluntaria*. La comunidad internacional y los expertos en el tema consideran que el calificativo de “*voluntario*” no corresponde con la situación material que lleva a los menores de edad a “*decidir*” que quieren participar en un grupo armado. La opción de ingresar a esas organizaciones no constituye generalmente una decisión libre. Ello obedece, en la práctica, a presiones de tipo económico, social, cultural o político. Expresamente la sentencia C-203 de 2005 señaló que “*los anteriores factores no dejan dudas para la Corte, sobre lo poco “voluntario” de la “decisión” de un menor de ingresar a los grupos armados al margen de la ley*”.

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

riesgos implícitos en estas actividades, afrontan la posibilidad de recibir violentas represalias por los grupos enemigos o de ser sometidos a ejecución en caso de huir del grupo.

5) La participación de menores de edad en los grupos armados surte profundos efectos psicológicos, sociales y políticos para aquéllos en el corto, mediano y largo plazo. Toda forma de participación en el conflicto armado, sea directa o indirecta, es nociva para ellos. No es solamente el rol en sí mismo lo que genera efectos perjudiciales, sino también el clima de violencia y la proximidad al conflicto. Quienes sobreviven sufren, invariablemente, profundas consecuencias psicosociales como resultado de su participación en el conflicto. Los traumas psicológicos derivados de sus experiencias en la guerra, la separación de sus familias y la vida como combatientes generan complejos cuadros individuales. A nivel social los menores también sufren efectos negativos como consecuencia de haber perdido valiosos años de educación. Por haber sido privados de la oportunidad de crecer en un ambiente de protección y cariño, de asistir a la escuela y de interactuar con sus pares, suelen des-sensibilizarse al sufrimiento humano, por lo cual tienden a menudo a caer en patrones de conducta delictiva. Las niñas que han tomado parte en el conflicto son frecuentes víctimas de violencia sexual, prostitución forzada y esclavitud sexual sistemáticas por parte de sus superiores. Su alta exposición a la violencia y explotación sexual genera traumas psicosociales también para ellas.

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

Es de anotar que en informe del 6 de marzo de 2012 (documento S/2012/171), el Secretario General de las Naciones Unidas registró un aumento en Colombia de los casos de reclutamiento y la utilización de niños por grupos armados no estatales durante el período comprendido entre enero de 2009 y agosto de 2011. Según ese informe:

“Los grupos armados no estatales siguen teniendo un significativo número de menores en sus filas. Si bien las guerrillas tienden a reclutar niños principalmente en zonas rurales, otros grupos armados no estatales, como Los Rastrojos o Los Urabeños, los reclutan en su mayoría en áreas urbanas. Los menores de origen indígena y afroamericano están particularmente expuestos al reclutamiento y la utilización por parte de todos los

grupos armados no estatales. Durante el período que abarca el informe, se comprobó que se reclutaban niños de apenas 9 y 10 años. También se confirmó que se amenazó a niños de 8 años con ser reclutados.

Durante el período examinado, el equipo de tareas verificó 343 casos de reclutamiento y utilización de niños en 23 de los 32 departamentos del país, incluidas la región de la costa del Pacífico (Cauca, Chocó, Nariño y Valle del Cauca), la región de la costa del Caribe (Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena), las zonas fronterizas (Arauca, Caquetá, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Vaupés), así como el centro de Colombia (Antioquia, Caldas, Cundinamarca, Guaviare, Huila, Meta, Risaralda y Tolima).

A propósito de las bandas delincuenciales, su existencia fomenta la concepción de la vida criminal como modelo de vida en los niños, niñas y adolescentes, pues desde muy temprana edad en muchas ocasiones “reclutan” a los menores para incorporarlos a sus organizaciones y usarlos como instrumento en orden a atribuirles o a que se auto atribuyan en el peor de los casos un delito, así no lo hayan cometido⁷.

Esas agrupaciones ilegales suelen aprovecharse del ordenamiento jurídico vigente que protege a los niños y adolescentes, el cual considera penalmente irresponsable a

⁷ Delincuencia y responsabilidad penal juvenil en Colombia. Revista Pensamiento Americano ISSN: 2027-2448 Vol. 2 No. 6. Enero – Junio 2011 (Págs. 57-61).

los menores de 14 años, mientras para quienes están entre los 14 y 18 prevé sanciones relativamente leves.

La edad de enganche a las organizaciones criminales hace algunos años en general era superior a los 18 años; ahora, los niños y niñas de entre 12 y 15 años de edad son habitualmente instrumentos de grupos delincuenciales. Éstos incorporan a menores de edad, bien sea por la fuerza o bien de manera aparentemente voluntaria. Esto último porque el calificativo de voluntario no corresponde con la situación material que lleva a los menores de edad a decidir participar en un grupo criminal. No se trata de una opción generalmente libre, pues la determinación de incorporarse a las filas delincuenciales obedece, en la práctica, a presiones de tipo económico, social, cultural o político, que no les deja alternativa a ellos ni a sus familias. Los factores de mayor peso que subyacen a estas decisiones son:

1. La pobreza de las familias, que les lleva a ofrecer a los menores a cambio de un ingreso o retribución, o simplemente por la ausencia de recursos para su manutención.

2. Los factores psicológicos, ideológicos y culturales también inciden sobre este fenómeno, ya que por sus condiciones emocionales, los menores de edad son altamente vulnerables a la retórica de los reclutadores, a la exaltación del poder y por ese hecho son fácilmente manipulables para ingresar a dinámicas violentas que no pueden comprender ni resistir.

Por tanto, en el reclutamiento criminal la voluntad o decisión de un menor de ingresar a los grupos al margen de la ley, es prácticamente nula⁸.

La participación de menores de edad en los grupos criminales les provoca también profundos efectos psicológicos en el corto, mediano y largo plazo, ello en la medida que toda forma de participación en el crimen organizado, sea directa o indirecta, es nociva para ellos, pues quienes sobreviven a la organización criminal sufren, invariablemente, profundas consecuencias psicosociales como resultado de su participación en actos delictivos; los traumas psicológicos derivados de sus experiencias, la separación de sus familias y la vida como integrante del entramado criminal generan complejos diagnósticos⁹.

(iii) La política criminal diseñada por el Estado como reacción al reclutamiento y uso de menores de edad por parte de las organizaciones armadas ilegales y la delincuencia organizada.

En cumplimiento del mandato superior que impone brindar una protección especial a los menores de edad, el Congreso de la República ha expedido en los últimos años varias normas penales con el objetivo de combatir el reclutamiento de menores de edad por parte de agrupaciones

⁸ Cfr. Uso de menores de edad en prácticas delictivas por parte del crimen organizado. En: <http://politicaderecho.blogspot.com.co/2011/08/uso-de-menores-de-edad-en-practicas.html>.

⁹ Documento ídem.

armadas ilegales y de la delincuencia organizada, así como su utilización para la comisión de delitos. Estas disposiciones, como se verá en seguida, ha ido incrementando progresivamente la respuesta punitiva en consonancia con el aumento de ese flagelo social.

Inicialmente, el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 erigió en delito el siguiente comportamiento:

“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”.

Sobre este tipo penal la Corte Constitucional, en la sentencia C-240 de 2009, señaló que su estructuración se presenta sin importar si el reclutamiento o el ingreso a los grupos insurgentes o de autodefensa sea producto de una decisión voluntaria del menor o de una acción forzada. Según esa alta Corporación, esos *“elementos, ni están en el tipo penal, ni fueron tenidos en cuenta por el Congreso”* teniendo en cuenta que, de acuerdo con la legislación civil nacional, *“los menores no tienen capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos, por lo que la voluntad de admisión o ingreso no puede ser considerada un motivo de atipicidad, menos cuando ni siquiera está previsto en la norma”.*

Posteriormente, al expedir el Código Penal de 2000, exactamente en el título destinado para los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, el legislador tipificó en su artículo 162 la siguiente conducta punible:

“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”.

Con ese precepto el legislador ratificó la tipificación del reclutamiento de menores de edad, sancionando más drásticamente ese comportamiento, respuesta punitiva que igualmente estableció para quienes obliguen a los niños a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, sin perjuicio de la prohibición penal prevista para los casos en que la intervención del menor se pueda considerar voluntaria¹⁰.

Dentro del reseñado contexto se expidió, más recientemente, la Ley 1453 de 2011, en cuyo artículo 7° se penalizó la conducta denominada uso de menores de edad para la comisión de delitos, cuyo texto legal es del siguiente tenor:

¹⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-240 de 2009.

“El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a veinte (20) años.

El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los mismos eventos de agravación del artículo 188 C”.

Esta disposición, que incorporó el artículo 188 D al Código Penal colombiano, se expidió el 24 de junio de 2011 y tuvo como finalidad, como se señaló en la respectiva exposición de motivos, garantizar la seguridad ciudadana frente a crecientes fenómenos delincuenciales como el terrorismo y la criminalidad organizada que, conforme se indicó también en ese documento, se estaban convirtiendo *“en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes”*¹¹.

El ilícito de uso de menores de edad para la comisión de delitos no estaba incluido en el proyecto inicial que llevó a la

¹¹ Gaceta del Congreso No. 737 de 2010, página 15.

expedición de la Ley 1453 de 2011, como sí ocurría con el punible de tráfico de menores de edad, propuesto en el artículo 6° y cuyo sustento, según se consignó en la ponencia para primer debate, era el artículo 44 de la Constitución Política, que impone una protección especial a los menores de edad¹².

No obstante, en desarrollo del primer debate surtido en la Comisión Primera Constitucional Permanente, el Senador JUAN MANUEL GALÁN PACHÓN, bajo la misma orientación, propuso la inclusión del tipo penal de uso de menores de edad para la comisión de delitos¹³, iniciativa que con algunas modificaciones y adiciones fue, finalmente, acogida.

No hay duda así que, dentro del contexto en que fue expedido, el tipo penal previsto en el artículo 188 D busca garantizar la seguridad de los menores de edad frente al terrorismo y la delincuencia organizada, flagelos que azotan gravemente a la sociedad en general, con lo cual el legislador, adicionalmente, desarrolló el mandato superior consagrado en el artículo 44 de la Carta Política, conforme lo entendió también la Corte Constitucional al pronunciarse sobre su exequibilidad en la sentencia C-121 de 2012, en la cual señaló:

“El artículo 7° de la Ley 1453 de 2011 plasma una configuración normativa que desarrolla un mandato constitucional consistente en la protección de los niños y

¹² Gaceta del Congreso No. 973 de 2010, página 3.

¹³ Gaceta del Congreso No. 1046 de 2010, páginas 43 y 44.

niñas “contra toda forma de (...) violencia física o moral” (Art. 44 C.P.). La penalización autónoma de la instrumentalización de un menor de edad para la comisión de delitos protege valores constitucionales importantes como la autonomía y la dignidad de los menores de edad respecto de los cuales el Estado tiene la obligación, en concurrencia con la sociedad y la familia, de asistir y proteger para ‘garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de sus derechos’”.

Es de acotar que la Ley 1453 de 2011, en lo referente a la materia analizada, no se limitó a crear la referida conducta punible. También prohibió expresamente el otorgamiento de algunos sustitutos penales a quienes hubiesen sido condenados por delito de esa naturaleza. Así lo hizo con el sistema de vigilancia electrónica (art. 3º) y la prisión domiciliaria cuando se ha cumplido la mitad de la condena (art. 64, parágrafo).

Idéntica prohibición, es de advertir, estableció la Ley 1907 de 2014 con respecto al segundo de esos sustitutos penales (art. 28).

(iv) Estructura típica de la conducta de uso de menores de edad para la comisión de delitos.

Aun cuando la Corte Constitucional, en la sentencia C-121 de 2012, consideró que este delito gira en torno a la instrumentalización, en realidad el mismo contempla una

gama de comportamientos en donde la manipulación del menor representa solamente una parte del tipo penal.

En efecto, allí se describen tres grupos de conductas alternativas, a saber: (i) inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar de manera directa a un menor de 18 años a cometer delitos; (ii) promover el que otros utilicen, constriñan o induzcan al menor con tal propósito; y (iii) participar de cualquier modo en alguna de esas acciones.

Como se observa, en el primero de los mencionados grupos se reprime a quien materialmente realiza uno o varios de los verbos rectores allí previstos. En el segundo a quien hace que terceras personas sean las que despliegan sobre el menor alguno de los concretos comportamientos en él referidos, esto es, utilizar, constreñir o inducir. Y en el tercero a quien determina a otros a inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar al menor de edad o les presta alguna contribución en su realización

En relación con el primero de esos grupos, cabe anotar que allí la norma establece una especie del ilícito de constreñimiento para delinquir previsto en el artículo 184 del Código Penal, en cuanto la acción recae no sobre cualquier persona sino sobre un sujeto calificado (menor de 18 años). Claro que el tipo penal del artículo 188 D contiene una mayor riqueza descriptiva, pues su configuración se presenta no sólo por constreñir sino también por inducir, facilitar, utilizar, promover o instrumentalizar.

Adicionalmente, a diferencia de lo que ocurre con el constreñimiento para delinquir, que es un tipo penal subsidiario, pues se comete siempre que la conducta “no constituya delito sancionado con pena mayor”, el punible de uso de menores de edad es de carácter autónomo, de manera que puede concurrir perfectamente con el delito fin, es decir, que si alguien ejecuta sobre el infante o adolescente los actos de inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar, pero además interviene en el ilícito realizado por éste incurrirá en las dos infracciones penales.

En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-121 de 2012 cuando expresó:

“A partir de las consideraciones precedentes encuentra la Corte que el legislador, en desarrollo de su potestad de configuración normativa en materia penal, erigió en tipo penal autónomo el uso de menores para la comisión de delitos, conducta punible que puede presentarse de manera independiente, o en concurrencia con el ilícito fin para el cual ha sido instrumentalizado el menor de edad. Esta opción legislativa, representa sin duda un endurecimiento de la política penal para enfrentar la criminalidad que apela al uso de menores de edad, pero de ello no se deriva su inconstitucionalidad. Como lo ha indicado la Corte en previas oportunidades ‘si la decisión del legislador de tipificar conductas punibles se estima equivocada por reflejar una política criminal que no se comparte, tal divergencia de criterio es irrelevante para

efectos de cuestionar la legitimidad constitucional de esas disposiciones”.

Y frente al tercero de los grupos en mención, caben dos precisiones. En primer lugar, en la medida en que en él se reprimen todos los casos de determinación posibles, el precepto acusa falta de técnica legislativa, pues el segundo de los grupos de conductas allí previstos –indiscutibles casos de instigación- queda comprendido perfectamente en el tercero, luego resultaba innecesaria su consagración.

La disposición, adicionalmente, termina dando a los cómplices el mismo tratamiento punitivo que se dispensa a los autores.

Ahora bien, los tres grupos de conductas a que se viene haciendo alusión, como se deriva del anterior análisis, giran en torno a seis verbos rectores (*inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar*) y la realización de cualquiera de ellos conduce a la consumación del punible. Sin embargo, no todos comportan el mismo contenido estructural, pues cuatro de ellos (*inducir, facilitar, constreñir y promover*) representan tipos de mera conducta, es decir, no requieren la concreción del resultado (la comisión del delito por parte del menor) para su consumación; basta con que se induzca, facilite, constriña o promueva al infante o adolescente a la realización de un comportamiento punible, sin importar si el propósito perseguido se obtiene.

Esos cuatro casos, sin duda, corresponden a la figura de la participación criminal a título de determinación. Sin embargo, por voluntad del legislador que los erigió en tipos de mera conducta, en ellos no opera el principio de accesoriedad, conforme al cual para que se presente la participación es necesaria la autoría. Por tanto, el punible contemplado en el artículo 188 D del Código Penal se consume así el menor de edad objeto de la inducción, facilitación, constreñimiento o promoción, por cualquier circunstancia, no concurra a la realización de la conducta delictiva.

Así, es de advertir, lo estimó la Corte con ocasión del delito de tráfico de migrantes contemplado en el artículo 188 del Código Penal, modificado por el artículo 1º de la Ley 747 de 2002, cuya descripción típica es similar a la empleada en el punible de uso de menores de edad en la comisión de delitos, a tal grado de incluir dentro de la misma los cuatro verbos rectores mencionados en el párrafo precedente. En la CSJ SP, 28 agos. 2013, rad. 41627 la Sala, en efecto, señaló:

“Por último, resta reiterar, tal como lo hicieron los falladores, con base en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal –sentencia del 10 de marzo de 2010, radicación 32.422-, que en punto de estricta tipicidad el delito de tráfico de migrantes es un injusto de mera conducta que no requiere de la producción del resultado dañino, esto es, que el sujeto traficado traspase las fronteras nacionales sin el cumplimiento de los requisitos legales”.

Criterio que había sido expuesto en la CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32422, cuando se dijo:

“Por lo mismo, el tipo penal de tráfico de migrantes, según la previsión del legislador colombiano, es de los llamados por la doctrina “...de mera conducta, de pura acción o de pura actividad...”¹⁴, en los que su descripción se agota en una acción del autor que no requiere de la producción de un resultado en el mundo exterior separable espacio-temporalmente de la misma, como ciertamente sí se exige en los tipos penales de resultado, en los que es relevante que la conducta vaya seguida de la causación de un resultado material o “...una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor...”¹⁵.

En cambio, los verbos *utilizar* e *instrumentalizar* suponen tipos de resultado. Ciertamente, no se concibe el uso o manipulación si el menor no da inicio, al menos, a la ejecución del delito fin, es decir que, en esos eventos, la consumación de la conducta prevista en el artículo 188 D del estatuto punitivo depende de que la ilicitud que constituye el propósito al cual se refiere esa disposición (como sería, en el

¹⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. Cit. Pág. 634.

¹⁵ ROXIN, Claus. “*Derecho Penal – Parte General*”, Tomo I. Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Pág. 328. En igual sentido: MIR PUIG, Santiago. “*Derecho Penal - Parte General*”. Segunda reimpresión de la séptima edición, 2005. Edita: IB de F. Pág. 225, y MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Derecho Penal – Parte General*”. Séptima Edición. 2007. Ed. Tirant lo blanch. Pág. 225, 226, 260, 301, 302 y 303.

presente caso, el hurto) alcance, al menos, el grado de tentativa.

Ahora bien, aun cuando la mayoría de los verbos rectores contemplados en el pluricitado artículo 188 D suponen que el menor actúa contra su voluntad, así no ocurre en todos ellos y, particularmente, en relación con la acción de facilitar. Su significado, conforme al diccionario Enciclopédico Larousse, es *“hacer fácil o posible una cosa”*. Sobre esa expresión, incluida en el tipo penal de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años contemplado en el artículo 219 A del Código Penal, modificado por el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009, la Sala en CSJ SP. 14 agos. 2012, rad. 39160 entendió que se refiere a quienes actúan como intermediarios de las personas que buscan obtener favores sexuales con menores de edad.

Si, por tanto, facilitar implica posibilitar a otro cumplir la tarea que se propone, es claro que el facilitador o intermediario, para desarrollar su función, no tiene por qué estar sometido a la voluntad del beneficiario de su acción. Por esa razón, es perfectamente factible que se configure el tipo penal de uso de menores de edad para la comisión de delitos aun cuando el niño sea quien haya convencido al adulto a perpetrar la ilicitud, porque en ese caso este último simplemente habrá facilitado a aquél el cumplimiento de su cometido, no otro que vulnerar la ley penal.

Recuérdese, al respecto, que todos los menores de dieciocho (18) años de edad gozan, sin excepción, de protección especial, entre otras razones, en virtud de su estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta que les impide, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-240 de 2009, tener capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos. Por tanto, así como la voluntad expresada por ellos para incorporarse a organizaciones armadas ilegales no puede ser considerada un motivo de atipicidad en favor de quienes realizan la labor de reclutamiento, conforme también lo expresó el fallo de constitucionalidad citado, de la misma manera tampoco reviste ese efecto el consentimiento que presten los menores para cometer un delito.

De ahí el por qué el inciso segundo del artículo 188 D del Código Penal señale expresamente que *“el consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”*. Y que, así mismo, su inciso tercero establezca un incremento de pena de una tercera parte a la mitad cuando *“se trata de menor de 14 años de edad”*.

Lo anterior implica que así el niño obre voluntariamente, quien intervenga con él en la comisión de un delito se hace acreedor a la sanción prevista en el precepto penal, con un aumento sensible en caso de que el menor tenga una edad inferior a catorce (14) años.

(v) Caso concreto:

En este evento, está probado que un menor, quien contaba para ese momento con quince (15) años y algo más de diez (10) meses de edad¹⁶, intervino en el latrocinio ocurrido el 10 de agosto de 2011 en un parqueadero situado en el municipio La Estrella (Antioquia), punible al cual también concurrió JAVIER ALFONSO MANTILLA.

Aun cuando se desconocen las circunstancias que determinaron al adolescente a tomar dicha decisión, el hecho de que MANTILLA haya intervenido junto con aquél en la realización del hurto, es suficiente para responsabilizarlo, como lo hizo acertadamente el Tribunal, del punible de uso de menores de edad para la comisión de delitos, pues su estructuración, conforme quedó visto en precedencia, no depende de si el menor obró o no voluntariamente.

Por tanto, así éste, hipotéticamente, hubiese sido quien organizó y actuó como jefe de la agrupación que perpetró el atentado contra el patrimonio económico en mención, también en ese caso JAVIER ALFONSO MANTILLA estaría incurso en la conducta prevista en el artículo 188 D del Código Penal, pues al decidir intervenir en forma voluntaria y consciente en la realización del hurto habría *facilitado* el cumplimiento del propósito perseguido por el adolescente.

¹⁶ Nació el 30 de septiembre de 1995, según así consta en el respectivo registro civil, documento aportado a la actuación (folio 51).

No prospera el cargo. En consecuencia, la Corte no casará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria