

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA*

*Misael Tirado Acero, Ph.D.***

RESUMEN

El presente artículo pretende abordar el alcance del problema del reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano y sus implicaciones internacionales. Al final se observa que el mismo no es suficiente para afrontar los factores que de él se derivan y que desembocan en nuevos elementos de criminalidad. En suma, hace falta establecer políticas especiales no solo para prevenir el reclutamiento de menores en los conflictos armados, sino que se requiere también evitar su doble victimización luego de ser reinsertados al medio social.

Palabras clave: Instrumentos internacionales, reclutamiento forzado, normativa interna, conflicto interno, Derecho Internacional Humanitario, políticas públicas, menores víctimas.

ABSTRACT

This article aims to address the scope of the problem of recruitment of children into colombian armed conflict and its international implications. At the end we see that the same is not enough to address the factors that are derived from it and lead

Fecha de Recepción: 16 de noviembre de 2012

Fecha de Aprobación: 4 de abril de 2013

* El presente artículo de investigación es resultado de la ponencia presentada con el nombre de “Prevalencia de sujetos de mayor protección a nivel jurídico y social”, como representante de la Universidad Santo Tomás, de Bogotá, D.C., Facultad de Derecho, al II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 19 al 21 de septiembre de 2012.

** Sociólogo por la Universidad Nacional de Colombia, con posgrados en Economía y Evaluación Social de Proyectos por la Universidad de los Andes; d. Doctor en sociología jurídica e instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia; docente Visitante, Universidades de Buenos Aires, Argentina, Chile, Brasil y Estados Unidos; docente investigador en Sociología Jurídica y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia; investigador social con amplia experiencia de trabajo de campo desde la perspectiva de juventudes, género y poblaciones en alto riesgo, incluyendo comunidades urbanas y rurales en situación de conflicto, laborando tanto en atención como en prevención en el tema de derechos humanos y políticas públicas. *misaeltirado@usantotomas.edu.co* o *misaeltirado@gmail.com*

to new elements of crime. In sum, set special policies need not only to prevent the recruitment of children in armed conflict, but requires avoid double victimization after being reintegrated into the social environment.

Keywords: International instruments, forced recruitment, internal regulations, internal conflict, International Humanitarian Law, public policy, child victims.

INTRODUCCIÓN

Sin importar dónde nacen, dónde viven, qué raza y sexo tienen, a qué clase social-económica pertenecen, qué ideología política, filosófica o religiosa comparten, si pertenecen a un grupo gitano, indígena o afrocolombiano, todas las personas, por el simple hecho de serlo, son titulares de Derechos Humanos.¹ En especial forma y calidad, aquellos que les pertenecen a los menores de 18 años de edad (niños, niñas y adolescentes).² Derechos que corresponden a cada una de las personas, como bienes preciados, y que deben ser respetados, garantizados y protegidos obligatoriamente por todas las demás personas. Estos bienes son de mayor importancia cuando se

caracterizan por ser fundamentales.³ Dentro de estos necesariamente se encuentran los de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Son derechos como la vida, dignidad, libertad, integridad, educación, entre otros. Pero también se develan los *Derechos Fundamentales de Protección*⁴, es decir, los derechos que generan que las instituciones estatales, sociedad, comunidad y familia contraigan obligaciones positivas de protección en favor de los NNA.⁵ Esta protección se fundamenta en la

¹ Artículo 13: "(...) todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". (Cursiva fuera de texto). Constitución Política de Colombia, 25ª edición, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2011.

² Artículo: 44: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". (Cursiva fuera de texto).

³ Se consideran *derechos fundamentales* teniendo en cuenta alguno de los siguientes criterios: (i) que se encuentren enunciados en Capítulo I- Título II de la Constitución Política de 1991; (ii) que expresamente se consagre como tal (vgr., artículo 44 Fundamental); (iii) por su contenido esencial-mínimo vital; (iv) susceptibles de protección directa e inmediata (artículo 85 Fundamental); (v) por definición jurisprudencial, Corte Constitucional, que los eleve a la categoría de Derecho Fundamental (vgr., Corte Constitucional, Sentencia C- 760 de 2008); y (vi) aquellos que son incorporados por la cláusula de los derechos innominados que tengan el carácter de fundamental.

⁴ *Ibid.*, "La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...)". (Cursiva fuera de texto).

⁵ "(...) Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción". En este sentido, la obligación positiva de protección y la obligación negativa de abstención, respecto de la vulneración

manifiesta debilidad y reforzada protección constitucional que estos poseen. Por ejemplo, el derecho y la obligación a ser protegidos los niños, niñas y adolescentes para que no sean reclutados ni utilizados por los grupos armados organizados al margen de la ley y/o los grupos delictivos organizados.

Por ende, el *reclutamiento forzado* consiste en *la vinculación permanente o transitoria de menores de 18 años de edad a grupos armados organizados al margen de la ley y/o grupos delictivos organizados, que hacen presencia en zonas rurales o urbanas, mediante engaño, amenazas, condiciones personales o contexto que lo favorece*.⁶ Fenómeno social que es intenso, permanente, sistemático y cruel. Ahora bien, aun cuando se hagan los mayores esfuerzos, mediante políticas públicas de prevención, capacitaciones, fortalecimiento de la escolarización, campañas de incentivación, juzgamiento y sanciones penales, legislación actualizada y sucesiva, actos políticos de sensibilización o peticiones vehementes por la protección de los derechos de los NNA, el reclutamiento forzado va en aumento respecto de la cantidad de menores vinculados y las menores edades que tiene al ingresar a las filas.

En este orden de ideas, la presente investigación teórica, dentro de un tipo descriptivo, explicativo y exploratorio intentará determinar, en forma general, la normativa jurídica

nacional e internacional. Esto mediante jurisprudencia, leyes, tratados y convenciones internacionales, informes de reclutamiento y doctrina.

En este sentido, el desarrollo del presente escrito será de forma deductiva. Iniciando con la principal normativa jurídica internacional y nacional, al igual que su desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Seguidamente, será necesario analizar algunos informes sobre la participación de menores de edad en el conflicto armado, desde un enfoque socio-jurídico que revele algunas de las problemáticas y factores sociales asociados con el reclutamiento forzado de menores. Finalmente, se establecerán conclusiones y propuestas que han de contribuir científicamente, desde la esfera teórica y práctica, en la ampliación y efectivización de medios que logren la disminución, y por qué no, la erradicación del reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes.

1. NORMATIVA JURÍDICA INTERNACIONAL Y NACIONAL

En primer lugar, la creación de normas jurídicas internacionales y nacionales se genera por la dinámica social, en general, que se presenta conforme a las circunstancias particulares. Son estas las llamadas a regular las conductas que surgen inevitablemente de la sociedad, sin perjuicio de que sean también las normas formadoras de conducta.⁷ Por tanto, es el

o amenaza de vulnerar los Derechos Fundamentales de un sujeto constitucionalmente reforzado, como son los Niños, Niñas y adolescentes. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 174 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Confr., SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN INTERSECTORIAL, Decreto No. 4690 de 2007 y Documento CONPES No. 3673 de 2010.

⁷ Véase Aftaliòn, Enrique; Vilanova, José y Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, 4ª ed., Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004. *Las normas jurídicas que se desprenden de las disposiciones legales o enunciados ligüísticos, son las que prohíben, ordenan o permiten la realización de determinada conducta. Pues su fuerza vinculante*

derecho a la sociedad, como la sociedad al derecho, en sentido lato, por lo cual se debe revisar las principales normas jurídicas; esos protocolos que se han creado en los tribunales y que han sido ratificados por los diferentes países en su norma de normas, que para el caso de Colombia se hace mediante el artículo 93: Bloque de Constitucionalidad.

1.1 Normativa jurídica internacional

Se debe tener en cuenta que “el Derecho Penal Internacional tiene por objeto los Crímenes Internacionales, tradicionalmente individualizados en el genocidio, en los crímenes contra la humanidad, en los crímenes de guerra y en los crímenes contra la paz”.⁸

En los Estatutos de Núremberg - Tribunal Militar (1945) y de Tokio (1946) se consagra que la esclavitud es un crimen contra la humanidad, los tratos inhumanos como crimen contra la humanidad en el de Tokio y los trabajos forzados como crimen de guerra en el Estatuto de Núremberg. El Derecho Penal Internacional que establece, en casos concretos, sistemas de justiciamiento y sanciones internacionales por los delitos contra la humanidad,⁹ determinan que se

se encuentra en la coacción estatal y moral por parte de la sociedad

⁸ Amati, Enrico; Caccamo, Valentina; Costim, Matteo; Fronza, Emanuela; Vallini, Antonio, *Introducción al Derecho Penal Internacional*, Giuffrè-Milano Trad. Viveros Castellanos, Yezid, Edit. Universidad Libre, Bogotá, 2006, p. 29.

⁹ *Los delitos contra la humanidad se diferencian de los delitos comunes: (i) de acuerdo al contexto en el que genere la comisión de la conducta punible internacional, conflicto o no conflicto armado y; (ii) que los ataques o vulneraciones sean extensos o sistemáticos dentro de una población civil. Por ejemplo: el homicidio como crimen contra la humanidad se diferencia del homicidio común, en*

encuentran proscritos la esclavitud y los trabajos forzados que se generan con el reclutamiento y desarrollo de actividades por parte de todas las personas, en especial de los niños, niñas y adolescentes. Al igual que los tratos crueles por parte de los miembros activos de los grupos armados al margen de la ley organizados o los grupos delictivos organizados en contra de los NNA, pues mediante estos estatutos se “(...) permite perseguir y sancionar a individuos declarándolos responsables por crímenes internacionales (...)”.¹⁰

Por otro lado, con el fin de la Guerra Fría el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al crear los tribunales *Ad-hoc* de la ONU: Yugoslavia (1991) y Ruanda (1994) determinan en los Estatutos: (i) Yugoslavia: crímenes contra la humanidad: la *reducción a la servidumbre*,¹¹ *violaciones y otros actos inhumanos*; (ii) Ruanda: crímenes de lesa humanidad: *la esclavitud, violación, actos inhumanos*.¹² (iii), *y como crimen de guerra la violación, tratos humillantes y ultrajes a la dignidad personal*.¹³ “Como ha sucedido con los tribunales de Núremberg y Tokio, también estos organismos deben asegurar la responsabilidad penal individual en relación a conductas cualificables como crímenes internacionales; también ellos, además (...) han sido instituidos después de la comisión de los hechos de su competencia”,¹⁴ determi-

cuanto el ataque es extenso y sistemático en contra de una población civil determinada. ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Artículo 7º, literal c), 1 literal a).

¹⁰ *Introducción al Derecho Penal Internacional* (2006), pp. 37-38.

¹¹ Artículo 5º, literales c), g) y e).

¹² Artículo 3º, literales c) y g).

¹³ Artículo 4º literal e).

¹⁴ *Introducción al Derecho Penal Internacional*, 2006, p. 43.

nándose generalmente su naturaleza especial, *pos-facto* y transitoria.

Contrario sensu, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), a nivel internacional, por primera vez contempla, de manera independiente, autónoma y principal, el crimen de *esclavitud sexual*; (i) se puede dar tanto en época de conflicto como en época de paz; (ii) es una conducta diferente a la violación, a la prostitución forzada, a la esclavitud, al tráfico o trata de personas, y a los actos inhumanos. Además de exigir, para una mayor identificación, contornos claros y diferenciadores que solo en el año 1998 empezaron a tomar protagonismo. Relevancia notoria para el caso concreto de la población menor que dentro de los mencionados Estatutos se encuentra protegida jurídicamente, pero desprotegida fácticamente, notando un serio rompimiento o quebrantamiento de las normas internacionales por parte de los Estados obligados.¹⁵

De igual forma, los denominados tribunales mixtos dentro de los que se enmarca el *Estatuto de los Paneles Especiales de Timor Leste* (1999), nombra de forma genérica el conocimiento de *crímenes contra la humanidad y crímenes sexuales*, que se agudizan al desplegarse la nugaroria de los derechos

¹⁵ El conflicto armado en donde se incorporan a las filas los menores de 18 años de edad, por voluntad propia, por presión, por engaño, por el contexto económico, social o cultural, determina que son cada vez mayores las violaciones de derechos humanos y, en especial, la violación extensiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Los testimonios dados por quienes viven directamente el vejamen del reclutamiento forzado, NNA, es la mayor prueba de lo que sucede en la realidad y lo que se formula en el papel. "Aprenderás a no llorar": Niños combatientes en Colombia, 2004.

de vida, integridad, dignidad humana y libertad sexual contra los NNA, que no son o pueden ser parte del conflicto armado mediante el reclutamiento forzado por parte de las organizaciones armadas al margen de la ley organizadas y/o los grupos delictivos organizados. La meta respecto de lo mencionado en Colombia es precaria, pues según los estimativos más de 7.000 colombianos y colombianas menores de 18 años hacen parte de los ejércitos irregulares en conflicto, otro tanto está vinculado a las milicias urbanas y algunos más colaboran con el ejército. Sin embargo en los últimos cuatro años más de mil niños, niñas y jóvenes han pasado a ser excombatientes - capturados por el ejército, entregados por el grupo armado o desertores (...).¹⁶

Bajo esta premisa, es de gran importancia observar la CDN (1998), Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, aprobado el 25 de mayo de 2000. Dicho protocolo compromete a los Estados parte a elevar a 18 años la edad mínima de reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales, modificando lo establecido en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De igual forma, los compromete a adoptar todas las medidas posibles para impedir la utilización bélica de niños y niñas por parte de grupos armados

¹⁶ Grupo académico sobre niñez y conflicto armado: María Cristina Torrado, Camilo Guáqueta, Rosmary Virgüez y Ludivía Serrato, Programa Inter – Regional Para La Prevención Y Reintegración De Los Niños Vinculados Al Conflicto Armado Niños, Niñas Y Conflicto Armado: El Caso Colombiano, Observatorio sobre Infancia, Universidad Nacional de Colombia.

irregulares, cuestión que como se mencionó, no es cumplida a cabalidad por el Estado colombiano.

Así pues, dentro de estos también está el Estatuto del Tribunal de Sierra Leona (2000), que consagra el crimen contra la humanidad, la esclavitud, la violación y específicamente la esclavitud sexual y por último, los tratos inhumanos.¹⁷ También encontramos como crímenes de guerra la prostitución forzada y la violación sexual.¹⁸

Así mismo, el Estatuto del Alto Tribunal Iraquí (JT) califica como conductas punibles: (i) Crímenes de lesa humanidad: esclavitud,¹⁹ violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, y otros actos inhumanos de carácter similar que causen grandes sufrimientos, o graves daños en la salud física o psíquica;²⁰ y (ii) como crímenes de guerra: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.²¹

Ahora bien, en los últimos años el Derecho Penal Internacional especializado ha permitido la persecución de conductas punibles contra la vida y la integridad personal de conformidad con el Código Penal del Líbano al ser previsto en el Estatuto del Tribunal

Especial del Líbano (2007). Pues, para los casos concretos que se van presentando han de determinarse que es necesario individualizar el victimario, identificar las víctimas, las circunstancias o contexto, lograr un juicio debido y dar lugar o no a la sanción pertinente, con el fin de no generar impunidad. Además, de encontrarse la norma internacional preestablecida, en forma concreta, precisa, expresa y clara, en el momento de comisión del crimen internacional, *principio de legalidad*.

Por ejemplo, al no olvidar que la Convención sobre la esclavitud (1926) y el protocolo adicional (1956) consagran en su artículo 1º, numeral (i), expresa y concretamente, la esclavitud dentro del marco conceptual es considerada como el estado o condición sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos sobre una persona. El numeral (ii) expone que la trata de esclavos representa todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo como si este fuese un objeto en comercio años más tarde: (i) la servidumbre por deudas, (ii) la servidumbre de gleba (iii) dar en promesa de matrimonio a una mujer en forma ajena a la voluntad de la misma.

Para finalizar, en lo referente a la normativa jurídica internacional es necesario mencionar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto de San José de Costa Rica, establecen que: (i) se prohíbe todos los actos que están conexos al trabajo que son de carácter forzoso o ajeno a la voluntad de una persona, así como la esclavitud y la servidumbre; y (ii) hace explícita la prohibición de la esclavitud y la servidumbre y aún más, en cualquiera de las formas, cuando se trata de mujeres.

¹⁷ Artículo 2º, literales c), g) e i).

¹⁸ Artículo 3º, literal e).

¹⁹ El Estatuto define *esclavitud* como “*el ejercicio de una o todas las potestades del derecho de propiedad sobre una persona incluido el ejercicio de tal poder en el curso del tráfico de personas, particularmente en mujeres y niños*”. (Cursiva fuera de texto). Artículo 12, numeral 2º, literal c).

²⁰ Artículo 12, numeral 1º, literales c), g) y j).

²¹ Artículo 13, numeral 2º, literal v).

En suma, de esta primera parte se puede extraer que existe, por evolución fáctica y jurídica, un conjunto de normas internacionales tendientes a proteger los DDHH de todas las personas en un conflicto bélico,²² pero que en especial para este estudio, dentro de estas se encuentran los niños, niñas y adolescentes quienes por razones de debilidad manifiesta en aspectos físicos, sociales, psicológicos, económicos y culturales requieren una protección reforzada. Que esta protección es una obligación para el Estado, la sociedad y la familia²³ al constituirse derechos fundamentales e internacionales de protección. Protección que se ve amenazada y vulnerada por el reclutamiento forzado.²⁴ crimen contra la

humanidad cometido por parte de los grupos armados al margen de la ley organizados y/o grupos delictivos organizados y desconocimiento de las normas internacionales generadas bajo la modalidad de responsabilidad internacional del Estado. La invisibilidad de los NNA combatientes no permite determinar con exactitud qué tantos logros o fracasos han obtenido²⁵ las Instituciones estatales y sociales a lo largo de este proceso.

2. Normativa jurídica nacional

El proceso en la historia del constitucionalismo²⁶ en Colombia ha posibilitado un mayor desarrollo en reconocimiento y protección en derechos humanos. Si bien la Constituyente de 1991 consagró un paquete de Derechos Fundamentales para todos y en especial para los NNA, también consagró una serie de mecanismos de participación directa para su efectiva, pronta y real realización. En este

²² Si bien son las “reglas de juego” sobre la guerra que pretenden humanizarla, debería hablarse desde aquí de una paz. Pues, pedir que se acojan, por parte de los Grupos al margen de la ley organizados, a las Normas del Derecho Internacional Humanitario, es reconocer y aceptar continuar en guerra. Sin hablarse de paz que comprendería entregar el Gobierno del país. López Michelsen, Alfonso, *¿Cómo Desempantanar el Acuerdo Humanitario? - y otros escritos sobre el Conflicto Armado y la Humanización de la guerra*, El Áncora Editores, Bogotá, 2008, pp. 67-71.

²³ Algunos organismos de cooperación internacional y algunas instituciones: ONUDC, OIM, PNUD, UNICEF, GIZ, DPS, las “IAS”, ICBF, MEN, MPS, entre otras.

²⁴ “(...) diferentes circunstancias económicas, sociales, culturales y políticas de nuestro continente, en especial de nuestro país, desde el descubrimiento hasta la actualidad han permitido la masiva y constante intervención o participación de los niños, niñas y jóvenes en los grupos o colectividades de los conflictos armados en el transcurso del tiempo (...)” (cursiva fuera de texto). Oliveros Aya, César y Tirado Acero, Misael, *La Niñez En El Conflicto Armado. Una Mirada Desde La Sociología Jurídica Y La Semiótica Del Cine*. Edit. Javergraf - UMNG, Bogotá, 2012. El presente texto es el resultado de una investigación que reúne dos perspectivas

sobre un mismo tema. Se halla circunscrito a las líneas de Sociología Jurídica y Derecho, Cine y Pedagogía, del Grupo Derecho Público (categoría B de Colciencias), Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

²⁵ *Observatorio sobre Infancia*. Universidad Nacional de Colombia. A partir de la visibilización del problema, algunos estudios dieron cuenta de la dinámica cotidiana y de las características específicas de la participación de los niños, niñas y jóvenes en los grupos armados.

²⁶ Véase Ramírez Quince, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano: de la Constitución de 1991 y sus Reformas*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2009. Las constituciones provinciales y las constituciones políticas nacionales han generado hasta la Constitución de 1991 una evolución comparable. Ya que en la actualidad nos encontramos en un constitucionalismo mayormente consolidado en derechos fundamentales y mecanismos de efectivización de los mismos, pero dentro de una volatilidad notable en América del Sur.

orden de ideas, la Constitución Nacional ha establecido la cláusula de prohibición de la trata de personas, violencia y cualquier acto inhumano en contra de la población,²⁷ dando a entender la primacía de estos derechos al encontrarse en el marco de los capítulos sociales fundamentales, al tener protección directa. Al igual que bajo interpretación sistemática y extensiva de la Constitución, lo mencionado concuerda con el denominado Bloque de Constitucionalidad,²⁸ sobre todo si se trata de Derechos Humanos, en especial de los menores.

Por otro lado, “*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (...)*”

²⁷ *Constitución Política de Colombia*, 2011, Artículo 17.

²⁸ El Bloque de Constitucionalidad consiste en: (i) la constitución no es un catálogo cerrado de Derechos Fundamentales; (ii) existen dentro de la misma constitución los artículos 93, 94, 53 y 214 principalmente que realizan remisiones a tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia; (iii) por ende, la constitución no se agota en sí misma y eleva a rango constitucional la normatividad internacional para que sea aplicable en el control concentrado y abstracto de las leyes. Al igual, que sea aplicado en el control concreto y difuso o por revisión en Corte Constitucional. Entonces, el Bloque de Constitucionalidad son el preámbulo, el articulado constitucional, todas las normas de remisión constitucional y los tratados ratificados por Colombia en DDHH, en límites territoriales, en DIH, leyes estatutarias y orgánicas, la cláusula de los derechos innominados y en cierta medida la doctrina de los Tribunales Internacionales. Arango Olaya, Mónica, “El Bloque De Constitucionalidad En La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Colombiana”, en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>. Y Uprimny Yepes, Rodrigo, “Bloque De Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal”, DJS, disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>.

*La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...)*²⁹ (Cursiva fuera de texto). En este sentido, los Derechos Fundamentales pertenecientes a todas las personas son de protección reforzada constitucional para los niños, niñas y adolescentes; ya que la vida, la integridad física y psicológica, la dignidad humana, la educación, el derecho a una familia, a la alimentación equilibrada, a la libertad, entre otros, son Derechos Fundamentales constitucionales de sujetos en situación de indefensión y manifiesta debilidad. Entonces, piénsese que si violar el derecho fundamental a la libertad de una persona cualquiera es grave, cómo será en la situación de vulneración de los NNA en sus derechos fundamentales.

Así mismo, las leyes aprobatorias de tratados (caso de la OIT y el Derecho Transnacional): (i) la ley 800 de 2003 se pronuncia acerca de la relación de la convención de las Naciones Unidas contra la violencia transnacional, con el fin de prevenir y ayudar a las víctimas de la trata de personas en el país; (ii) los artículos 1, 2, 3, 6, 8 y 9; entendiéndose por trata de personas la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.³⁰

²⁹ *Constitución Política de Colombia*, 2011, Artículo 44.

³⁰ Igualmente, (i) Convenio 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio (1930) aprobado mediante

Ahora bien, dentro de la jerarquía legal, en el Código Penal la esclavitud no es una conducta típica en el ordenamiento colombiano, sino únicamente cuando converge con el comportamiento de *trata de personas*.³¹ Además, la esclavitud sexual no se clasifica como crimen contra la humanidad en el ordenamiento jurídico interno.³² En este sentido, la efectividad de las normas jurídicas internas no ha logrado su objetivo, pues los niños, las minorías étnicas y las mujeres siguieron siendo víctimas de las principales infracciones al DIH, incluyendo casos de abuso y esclavitud sexual.³³ Son de especial preocupación los

casos de violaciones sexuales que se encuentran en la justicia penal militar.³⁴ Por ejemplo, la oficina en Colombia del Alto Comisionado recibió información sobre las diversas formas de violencia, en especial la sexual, ejercidas en contra de las mujeres por parte de los grupos armados ilegales, en distintas zonas del país, como Córdoba y Tolima, por los paramilitares, así como en Putumayo, donde se denunciaron casos de esclavitud sexual por parte de la guerrilla. Por tanto, el Comité insta al Estado colombiano a redoblar sus esfuerzos para combatir la trata de mujeres y niñas en todas sus formas, y exhorta a que evalúe plenamente el alcance de dicha trata, incluida la que tiene lugar dentro del país, y que compile y analice datos e información de manera sistemática con el propósito de hallar formas más eficaces de prevenir ese fenómeno.³⁵ Estos informes representan la evidencia clara y precisa de la falta de efectivización de los mecanismos de protección de los derechos humanos violados en el conflicto armado.³⁶

ley 23 de 1967 y (ii) el Convenio 105 relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso (1957), aprobado a través de ley 54 de 1962. Son leyes relativas a una forma especial de esclavitud como es el trabajo forzoso (CIDH. Masacres de Ituango v. Colombia, 2006).

³¹ Artículo 188 A, C.P. “El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión (...)”. *Código Penal*: ley 599 de 2000 y *Código de Procedimiento Penal*: ley 906 de 2004 y ley 600 de 2000, 8ª ed., Editorial Legis, Bogotá, 2012.

³² Participación que tienen las niñas en el conflicto armado actual, reconociendo que estas son víctimas de violencia y esclavitud sexual. La Corte Constitucional no es ajena a reconocer que la esclavitud sexual en el conflicto, viola los principios y disposiciones de las normas Internacionales, los derechos fundamentales de las mujeres y la responsabilidad del Estado frente a esta situación. Pues, no es toda la responsabilidad que recae sobre el menor infractor de la ley penal sino que existen actuaciones, negligencias u omisiones no atribuibles a este. Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ Consejo Económico y Social (2004). Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2004/13, 17.02.2004, párrafo No. 47.

CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

En conclusión, se ha mencionado que las normas internacionales y nacionales contemplan la prohibición de reclutar menores para que participen en el conflicto armado. Que además, se evidencia gran cantidad de

³⁴ *Ibid.*, párrafo No. 94.

³⁵ CEDAW – ONU CEDAW/C/COL/CO/6, 02.02.2007, párrafo No. 21.

³⁶ Medidas comprehensivas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en el país y la prevención del impacto de género desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento forzado, involucrando el núcleo familiar, entre este, la niñez y los adultos mayores. Corte Constitucional, Auto No.092 de 2008.

menores involucrados en la vinculación a grupos armados al margen de la ley organizados y/o a grupos delictivos organizados. Por ende, se puede proponer que una medida tendiente a disminuir o erradicar la permanencia y participación de NNA³⁷ en el conflicto armado es otorgarles indultos por delitos políticos, al ser estos quienes manifiesten ante el Estado la desmovilización voluntaria y su deseo de regresar o reincorporarse a la vida civil. Otra medida, que se complementa con la anterior, consiste en no establecer medidas que “obedezcan a un enfoque punitivo sino a una aproximación protectora, educativa y resocializadora, y que sean compatibles con las múltiples garantías reforzadas de las que los menores de edad son titulares a todo nivel por motivo de su especial vulnerabilidad”.³⁸ Pues, primero el castigo por delitos políticos puede llegar a ser indultado, pero ¿qué sucede con los demás delitos cometidos (conexos)? Es aquí donde se deben tomar medidas³⁹ educativas,

protectoras y resocializadoras, no punitivas y que no estimulen la desmovilización de los menores. Además, que puedan generar efectos adversos, como: (i) que los NNA decidan vincularse a los grupos armados al margen de la ley organizados o; (ii) que decidan ingresar a las filas de los grupos delictivos organizados, como, por ejemplo las llamadas Bacrim.⁴⁰ Sea porque las sanciones son de tipo punitivo, porque no ven oportunidades para mejorar las condiciones de vida propia y de su núcleo familiar, porque es posible que sean rechazados o discriminados por razón de las conductas cometidas o porque no han recibido las medidas educativas y correctivas adecuadas. Se trata de incentivar, sin mayores obstáculos, una conciencia individual de lo benéfico que es pertenecer a la vida civil.

³⁷ La “(...) vinculación de menores de edad a grupos armados ilegales y de su voluntad de desmovilización, para efectos de permitir, en el curso del proceso judicial adelantado por el Juez de Menores o Promiscuo de Familia competente, la concesión a su favor del beneficio de indulto por delitos políticos. (...) puede suceder que un menor abandone el grupo y se presente a las autoridades con la voluntad de reincorporarse a la vida civil”. Corte Constitucional, Sentencia C- 203 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ “En el procesamiento penal de menores de edad, se han de seguir en forma estricta las pautas constitucionales e internacionales mínimas que están consagradas en (i) el artículo 44 de la Carta Política, (ii) las Reglas de Beijing o ‘Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores’, (iii) en los casos excepcionales en que ello sea pertinente, por encontrarse el

menor de edad privado de la libertad, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño, (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y (vi) la Convención Americana de Derechos Humanos”. Corte Constitucional, Sentencia C- 203 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En este mismo sentido, véase Sandoval Mesa, Jaime Alberto y Tirado Acero, Misael, *Fundamentos del Derecho Penal del Adolescente Infractor, Medidas Procesales de la Ley 1098 de 2006 frente al Fenómeno del Reclutamiento Forzado*, septiembre de 2012 (próximo a publicar).

⁴⁰ El comportamiento criminal del fenómeno de las Bacrim ha estado marcado por la afectación de comunidades especialmente vulnerables, destacando el reclutamiento de menores de edad para sus estructuras como una de sus principales modalidades de fortalecimiento de sus componentes armados, siendo principalmente las bandas criminales de Urabá, Los Rastrojos y ERPAC, las que mayor incidencia tienen en estas conductas irregulares, motivando el ingreso de los niños y niñas mediante métodos como el engaño, el constreñimiento y la vinculación forzada.

Por otro lado, “(...) resulta incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas – y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales)”.⁴¹ Entonces, no se trata tan solo de estimular la desvinculación de menores de los grupos al margen de la ley o de los grupos delictivos, sino también de desestimular la vinculación de nuevos NNA. Es decir, por un lado con el indulto y las medidas no punitivas para los demás delitos, se estimula para que sean los menores quienes voluntariamente se desvinculen de los grupos ilegales. Por el otro lado, al conceder y ser efectivos los derechos a la verdad, reparación integral y justicia en favor de las víctimas, no solo de los delitos cometidos por menores que participan en el conflicto armado, sino también de todas las personas vinculadas a este, se evitará la incorporación de nuevos menores, o por qué no, de adultos, por cuestiones de venganza generadas por la falla en el derecho al acceso de la administración de justicia⁴² que posiblemente lleve a la toma de justicia por propia mano, teniendo así violencia que genera más violencia.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Donde es posible predicar una responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, como es la falta o indebida prestación y acceso, eficiente y eficaz, a la administración de justicia o medidas institucionales de protección. Objeto que no es parte del presente estudio.

Además, se podrá estimular aún más la desvinculación y la reincorporación a grupos ilegales, cuando sea efectivo garantizarle a la víctima del reclutamiento forzado (quien se desmoviliza o piensa en hacerlo) el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación integral. Es pues necesario que la víctima del reclutamiento forzado evidencie sanciones para su victimario reclutador o determinador (satisfacción subjetiva) y reparación por haber permanecido en participación del conflicto armado y no disfrutando de su calidad y situación de niño, niña o adolescente.

Por otro lado, se pueden mencionar medidas de carácter preventivo que se clasifican en dos: (i) las dirigidas contra las potenciales víctimas del reclutamiento forzado, la familia, la sociedad y el Estado, y (ii) las dirigidas contra los grupos al margen de la ley organizados y/o los grupos delictivos organizados. Es decir, las primeras consisten en orientación, campañas de prevención de caer en reclutamiento forzado, otorgar condiciones mínimas de subsistencia, políticas públicas de educación, concientización social, control, vigilancia y juzgamiento por parte de las instituciones estatales, campañas de cohesión social para prevenir y atacar el delito de reclutamiento de menores, capacitaciones y, con todo, destinación de recursos estatales, coordinación, articulación, complementariedad y transparencia para la realización efectiva de cada una de estas medidas. Las segundas consisten en tomar mecanismos jurídicos y políticos idóneos para erradicar, de forma pacífica, los grupos armados al margen de la ley organizados y/o los grupos delictivos organizados. Lo cual se logra mediante acuerdos de paz como el que se vive en la actualidad. Ya que de acuerdo con la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras No. 1148

de 2011 se reconoce que en Colombia existe un conflicto armado. Lo que implica que las partes en confrontación tienen en primer lugar que respetar las normas internacionales de Derecho Humanitario (DIH) cuyo objetivo es la protección de la población civil. En segundo lugar, la posibilidad de darle una salida política al conflicto armado, como la que se está dando actualmente con el denominado Marco para la paz. Y por último, la población puede participar en la aplicación de las políticas que se acuerden para pasar del conflicto al postconflicto.⁴³ Dentro de estas es imperioso sacar a los niños de la guerra, ya que “las cifras más recientes indican que existen alrededor de 18.000 niños afectados por la violencia armada”.⁴⁴

En suma, se observan tres esferas o dimensiones de propuestas, a saber: (i) dar a cada quien lo suyo según la ley, cuando ya se han cometido los delitos; (ii) intentar evitar que se caiga en situación de víctima de reclutamiento, y (iii) evitar que exista la posición de victimario de reclutamiento.

REFERENCIAS

Aftalión, Enrique; Vilanova, José y Raffo, Julio (2004). *Introducción al Derecho*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Amati, Enrico; Caccamo, Valentina; Costim, Matteo; Fronza, Emanuela; Vallini, Antonio (2006). *Introducción al Derecho Penal Internacional*. Giuffrè – Milano. Trad. Yezid Viveros Castellanos. Edit. Universidad Libre, Bogotá.

⁴³ Samper Pizano, Ernesto. *Propuesta para Humanizar la Guerra mientras llega la Paz*, Corporación Vivamos Humanos. Coordinadora Humanitaria, Bogotá, septiembre 25 de 2012.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 3.

Aprenderás a no llorar: Niños combatientes en Colombia (2004). Disponible en: http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/aprenderas_no_llorar.pdf

Arango Olaya, Mónica (2008) El Bloque De Constitucionalidad En La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Colombiana. Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.

CEDAW – ONU CEDAW/C/COL/CO/6, 02.02. 2007.

Código Penal: Ley 599 de 2000 y *Códigos de Procedimiento Penal*: Ley 906 de 2004 y ley 600 de 2000, 8ª edición, Editorial Legis, Bogotá, 2012.

Consejo Nacional de Política Económica y Social (2004). *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, E/CN.4/2004/13, 17.02.2004.

Constitución Política de Colombia (2011). 25ª ed. Bogotá: Editorial Legis.

Convenio 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio (1930). Aprobado mediante Ley 23 de 1967.

Corte Constitucional de Colombia (2008). Auto No.092.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 203 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 174 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

El Convenio 105 relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso (1957), aprobado a través de ley 54 de 1962. CIDH. Masacres de Ituango v. Colombia, 2006.

Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). Roma.

Grupo académico sobre niñez y conflicto armado: María Cristina Torrado, Camilo Guáqueta, Rosmary Virgüez y Ludivia Serrato (2004). *Programa Inter - Regional para la Prevención y Reintegración de los Niños Vinculados al Conflicto Armado. Niños, Niñas y Conflicto Armado: El Caso Colombiano*. Observatorio sobre Infancia, Universidad Nacional de Colombia.

López Michelsen, Alfonso (2008). *¿Cómo Desempantanar el Acuerdo Humanitario? y otros escritos sobre el Conflicto Armado y la Humanización de la guerra*. Bogotá: El Áncora Editores.

Oliveros Aya y Tirado Acero, Misael (2012). *La Niñez en el Conflicto Armado. Una Mirada desde la Sociología Jurídica y la Semiótica del Cine*. Bogotá: Javergraf – UMNG.

Ramírez Quince, Manuel Fernando (2009). *Derecho Constitucional Colombiano: de la Constitución de 1991 y sus Reformas*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

Sandoval Mesa, Jaime Alberto y Tirado Acero, Misael. *Fundamentos del Derecho Penal del Adolescente Infractor, Medidas Procesales de la Ley 1098 de 2006 frente al fenómeno del Reclutamiento Forzado*. (Próximo a publicar).

Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial. *Decreto No. 4690 de 2007 y Documento CONPES No. 3673 de 2010*.

Uprimny Yepes, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal, DJS. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>