

RECLUTAMIENTO ILÍCITO DE NIÑOS Y NIÑAS EN COLOMBIA: MARCOS DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS⁴¹

Carolina Rodríguez Bejarano

Nathalia Chacón Triana

Jaime Cubides Cárdenas

Resumen

El reclutamiento forzado de niños y niñas, en el marco del derecho internacional, ha sido considerado como una grave violación a los derechos humanos y, además, como un crimen de guerra en los términos del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho penal internacional (DPI). No obstante, en Colombia este fenómeno en los últimos años ha sufrido transformaciones que hacen que sea considerada una conducta a la cual han recurrido diferentes organizaciones

.....
41 Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado "Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios", que forma parte de la línea de investigación "Fundamentación e implementación de los derechos humanos", del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo B, por Colciencias, y registrado con el código COL0120899. El grupo está vinculado con el Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC), y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. En colaboración con la línea de investigación "Derechos humanos y DIH", de la Universidad Libre, seccional Pereira, adscrita al grupo de investigación Derecho, Sociedad y Estado, categoría C ante Colciencias. Los proyectos están vinculados, adscritos y financiados por las respectivas instituciones.

criminales, no necesariamente asociadas con situaciones de conflicto armado; por ello, se espera del Estado colombiano un doble esfuerzo por incorporar en su ordenamiento jurídico herramientas o mecanismos cada vez más eficaces para promover la garantía de los derechos del niño y combatir este flagelo de manera diferenciada. El presente capítulo pretende abrir el debate sobre algunos aspectos que en la actualidad constituyen elementos de discusión necesarios para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de la multiplicidad de tratados internacionales —tanto del DIH como del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)— que constituyen el marco jurídico internacional aplicable sobre la materia, además de la forma en que dichas obligaciones deben armonizarse con las disposiciones de derecho interno, indispensables para el restablecimiento de los derechos de los niños y niñas víctimas, bajo los estándares de la reparación integral.

Introducción

A pesar de los avances en el campo de los derechos humanos en Colombia, el fenómeno del reclutamiento ilícito ha presentado algunos matices particulares que han exigido duplicar los esfuerzos normativos e institucionales, con el objetivo de afrontar de una manera coherente y responsable el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en virtud de la ratificación de diversos tratados del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y del DIH, que prohíben de manera expresa esta práctica.

A efectos de poder contribuir en el fortalecimiento de los marcos y estándares de protección internacional instituidos desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y otros sistemas internacionales de protección, es necesario realizar un balance de la lucha contra el reclutamiento ilícito en nuestro país, atendiendo a una metodología de recopilación de buenas prácticas normativas, así como a un recuento de las políticas y caracterización de los avances del Estado colombiano en la lucha contra el reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se utilizará el término de “buenas prácticas normativas” para hacer referencia a las garantías instituidas en el ordenamiento jurídico de carácter constitucional y legal, así como de aquellas normas que se

han desarrollado en el marco de la justicia transicional, como consecuencia de la desmovilización de los grupos paramilitares y los diálogos con el grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) en el contexto del conflicto armado interno, para poder contrastar dichas medidas con los estándares de protección instituidos en el DIDH para la protección de los niños y niñas víctimas del reclutamiento ilícito en un contexto de no conflicto armado.

Este sucinto análisis será complementado por la presentación de las políticas establecidas por el gobierno colombiano, las cuales se han enfocado en dos aspectos. En primer lugar, la judicialización efectiva como una forma de cumplimiento a las obligaciones de respeto y garantía derivadas del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que comporta, además, el cumplimiento de otras obligaciones, como la de investigación, sanción, reparación y prevención; en segundo lugar, la adecuación del ordenamiento jurídico interno orientado a la atención y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas de reclutamiento ilícito, para lo cual fue necesario caracterizar este fenómeno en dos escenarios diferentes: el reclutamiento formal y el reclutamiento ilícito. Bajo este entendido, se resaltan los esfuerzos hechos por el Estado colombiano en dar cumplimiento al principio de distinción y garantía del interés superior del niño, lo cual ha redundado en el compromiso de prohibir expresamente prácticas de reclutamiento lícito bajo la modalidad de servicio militar obligatorio a menores de dieciocho años de edad.

En relación con las variables tenidas en cuenta en la lucha adelantada por Colombia contra el reclutamiento ilegal, se acudió al análisis de esta problemática bajo dos dinámicas diferentes: una asociada con el conflicto armado interno, en virtud de la cual esta práctica fue identificada como recurrente y perpetrada por grupos paramilitares, guerrillas, bandas criminales (Bacrim), y otra dinámica asociada con fenómenos de criminalidad urbana, que se ha traducido en el reclutamiento de menores de edad en grupo delictivos organizados. Posteriormente, se hará alusión a las diferencias establecidas en el ordenamiento jurídico penal entre los delitos de reclutamiento ilegal y la posible configuración del reclutamiento ilícito como delito de trata de personas.

Metodología

La investigación se orientó bajo el método explicativo-descriptivo, utilizando la técnica documental con énfasis de tipo cualitativo, en el desarrollo de las siguientes etapas: relación de información en fuentes legales, instrumentos internacionales, jurisprudenciales y doctrinales. Luego de su análisis y exploración se pretende establecer posturas actualizadas, seguidas de una perspectiva propositiva reflejada en las conclusiones.

Aspectos generales

Durante las últimas décadas, el Estado colombiano ha atravesado por un grave conflicto armado interno, del cual es posible advertir diversas etapas y gran pluralidad de grupos armados al margen de la ley. Lo anterior implica advertir el fenómeno del reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia en diferentes contextos, los cuales exigen del Estado duplicar sus esfuerzos para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos humanos, a la luz no solo de las garantías constitucionales y legales instituidas en su ordenamiento jurídico, sino, al mismo tiempo, acorde con las obligaciones estipuladas en los diversos tratados de los cuales hace parte y que integran el DIDH y el DIH.

Contexto

El 15 de septiembre del 2005, por medio de sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, hace alusión al origen de los grupos de guerrilla en Colombia. Estos se ubican cronológicamente “a partir de la década de los sesenta del siglo XX [...] por cuya actividad el Estado declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional”⁴². Desde entonces, han sido diversas las medidas legislativas necesarias para afrontar esta situación. No obstante, algunas de ellas propiciaron la creación de los denominados grupos paramilitares (o grupos de autodefensa). Así lo ha podido precisar la Corte IDH, cuando afirmó que “en el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, el Estado impulsó la creación de tales ‘grupos de autodefensa’ entre la población civil, cuyos fines principales eran

42 Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia (Corte IDH, 2005), párrafo 96.1.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia.

auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antiterroristas y defenderse de los grupos guerrilleros. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico”⁴³. Tanto los grupos guerrilleros como los grupos de autodefensa, en particular las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y las FARC-EP, han empleado:

La comisión de masacres como estrategia contra miembros de los sectores más vulnerables tales como: los pueblos indígenas, las comunidades afro descendientes y los desplazados y la comisión de asesinatos selectivos y desapariciones forzadas como estrategia contra defensores de derechos humanos, operadores de justicia, líderes sindicales y sociales, periodistas y candidatos a cargos de elección popular quienes han sido repetidamente declarados como objetivos militares, principalmente por las AUC. Por su parte, los grupos armados disidentes —principalmente las FARC-EP— también han empleado como estrategia la comisión de atentados con explosivos en forma indiscriminada y de secuestros, en violación de los principios más básicos del derecho internacional humanitario, causando numerosas víctimas entre la población civil.⁴⁴

Dentro de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas tanto por los grupos guerrilleros como por los grupos de autodefensa, el reclutamiento ilícito de menores de edad ha sido una constante, en donde, “estudios internacionales han concluido que la base de apoyo de una estructura ilegal compromete una relación aproximada, en casos muy puntuales, de 8 a 1: ocho civiles prestando algún tipo de apoyo (logística, inteligencia, provisiones, mensajería, alimentación, servidumbre sexual, escudos humanos y en la ejecución de trabajos relacionados con sus propósitos económicos, etc.) por cada combatiente, y se estima que una proporción no inferior al 40 % de esta población es menor de edad”⁴⁵. En igual sentido, es posible afirmar que por muchos años han usado: “la práctica del reclutamiento y uso de los niños y las niñas dentro de sus objetivos estratégicos como parte de una política metódica, sistemática, deliberada, dirigida contra una

.....
43 Ibid., párrafo 96.2.

44 Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia (OEA/Ser/LV/II.125), párrafo 20.

45 Natalia Springer, *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia* (2012. https://www.centrodehistoria.gov.co/descargas/informe_comoCorderosEntreLobos.pdf).

población en situación de extrema vulnerabilidad y que golpea, especialmente, a los grupos indígenas⁷⁴⁶.

Esta situación claramente atenta contra lo dispuesto en múltiples tratados internacionales, y concretamente se trata de una prohibición en el DIH, ya que, de conformidad con el Estatuto de Roma, reclutar a menores de 15 años de edad, o alistarlos para las fuerzas armadas nacionales, o usarlos para participar en actividades hostiles se incurre en un crimen de guerra, art. 8, numeral 2b. Es decir, esta conducta está considerada como crimen de guerra por la Corte Penal Internacional (CPI), pues se configura como una infracción grave a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales.

Bajo este entendido, por ejemplo, el artículo 77 del protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra establece que la conducta correspondiente al reclutamiento ilícito de niños y niñas incluye desde la ayuda indirecta proporcionada a los combatientes, ya sea con transporte de armas, municiones, actos de reconocimiento, hasta su reclutamiento en las fuerzas armadas nacionales y otros grupos armados⁴⁷. Del mismo modo, se alienta a las partes en conflicto a que se abstengan de enlistar en sus filas a los menores de edad. El protocolo adicional II prohíbe el reclutamiento y cualquier otro tipo de participación en las hostilidades,

.....
46 Ibid., 27.

47 Así lo plantea el artículo 77 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra. Protocolo I. "Artículo 77. Protección de los niños:

1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.
2. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años, pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.
3. Si, en casos excepcionales, no obstante, las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.
4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75.
5. No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia•

directa o indirectamente, por parte de los niños menores de 15 años⁴⁸. En caso de que por distintas razones los niños participen directamente en las hostilidades, están amparados por el “Estatuto de combatiente y prisioneros de guerra”⁴⁹. No obstante lo anterior, los protocolos adicionales I y II otorgan un estatus preferente a los niños que participen de las hostilidades⁵⁰.

En el sistema de las Naciones Unidas, en el 2007, en los Principios de París y la guía sobre niñez vinculada con fuerzas o grupos armados, la comunidad internacional reafirmó y desarrolló con más amplitud lo estipulado en los Principios de Ciudad del Cabo y Mejores Prácticas para la Prevención de Reclutamiento de Niños y Niñas en Fuerzas Armadas y relativos a la Desmovilización y Reinserción Social de Niños Soldados en África, adoptados en 1997. Dicho instrumento recoge los *principios* que deben orientar las políticas y decisiones de programas tendientes a la protección y el bienestar de tales niños y niñas que se encuentran inmersos en esta problemática. Así, por ejemplo, dicho instrumento apunta a la materialización de “intervenciones guiadas por los siguientes objetivos: 1.11.1 Prevenir el reclutamiento o utilización ilegal de niños y niñas; 1.11.2 Facilitar la liberación de niños y niñas vinculados con grupos o fuerzas armadas; 1.11.3 Facilitar la reinserción de todo niño o niña vinculado con grupos o fuerzas armadas, y 1.11.4 Asegurar el ambiente más protector posible para cualquier niño o niña”⁵¹.

En este contexto y a partir de esos parámetros, conviene analizar las garantías estipuladas en este contexto para que el Estado afronte dicho flagelo.

48 Artículo 4, literal c, Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977: “c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”.

49 El Comité Internacional de la Cruz Roja ha señalado que la aplicación de este estatuto en el caso de menores combatientes constituye una excepción derivada de la interpretación del Protocolo I, art. 77. Sobre el particular puede consultarse Jean de Preux, “Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* (1989). <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdm4r.htm>.

50 *Ibid.*, 11, numeral 3.

51 Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, *Los principios de París, principios y guía sobre niñez vinculada con fuerzas o grupos armados* (COALICO [febrero, 2007]. <http://www.coalico.org/archivo/principios%20de%20paris.%20pdf.pdf>).

Garantías instituidas en el ordenamiento jurídico colombiano

Garantías constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos

Colombia hace parte de diversos tratados que se constituyen en el marco de protección internacional ante el reclutamiento ilícito de niños y niñas, como los referidos en el contexto general de este escrito, pero también, de manera muy especial, la Convención de los Derechos del Niño⁵² y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁵³.

La protección especial de los menores de edad es un aspecto de gran relevancia constitucional y así lo ha establecido la Corte Constitucional colombiana en diversos pronunciamientos, al afirmar que:

[...] en el artículo 44 de la Carta se destaca el carácter especial y prevalente de los derechos de los niños y niñas y se precisa su naturaleza fundamental. De los derechos allí consignados sobresalen la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el tener una familia y no ser separados de ella, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Se contempla que ellos gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales.⁵⁴

De manera complementaria, la Constitución colombiana, dentro de su artículo 45 también reconoce de manera expresa la protección de los derechos de los adolescentes y la promoción que debe proveer el Estado y la sociedad hacia ellos⁵⁵.

Los niños y niñas tienen prevalencia sobre los derechos de los demás y su protección debe ser objeto del compromiso de la familia, de la sociedad y del Estado, con el fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio

52 Lo que se refiere a la Ley 12 de 1991 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989".

53 La Ley 833 de 2003, "Por medio de la cual se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en Nueva York, el veinticinco de mayo de dos mil (Congreso de Colombia, Diario Oficial 45248 [14 de julio de 2003]).

54 Sentencia de Constitucionalidad C-172/04, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

55 Constitución Política de Colombia (1991). "Artículo 45: El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud".

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia-

pleno de sus derechos. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que cuando se está en presencia de un conflicto armado, los niños y niñas resultan ser blanco de hostilidades, y los efectos psicológicos y sociales son profundos, pero de manera más significativa son afectados los NNA víctimas del desplazamiento forzado; así lo menciona el auto 251/08 de la Corte Constitucional:

Los niños, niñas y adolescentes colombianos en situación de desplazamiento forzado son las víctimas más débiles e indefensas del conjunto de la población desplazada por el conflicto armado en el país, y al mismo tiempo, son duramente golpeados por crímenes y condiciones estructurales de existencia que escapan por completo tanto a su control y su responsabilidad como a su capacidad de resistir o de responder, marcándolos de por vida al incidir negativamente sobre su proceso de desarrollo individual.⁵⁶

El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en un contexto de confrontación armada vulnera sus derechos a la integridad personal, la vida, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la expresión, la educación, la salud, la familia, la recreación, entre otros. Aquellos que deciden voluntariamente vincularse o adherirse a los grupos armados ilegales lo hacen por diversas causas, ya sean económicas, sentimentales o por defender a sus familias, y dentro de esos grupos la población infantil resulta siendo víctima de violencia y esclavitud sexual⁵⁷. Por lo tanto, es posible afirmar que la protección de los derechos del niño constituye un imperativo que orienta e irradia todo el ordenamiento jurídico.

Otro de los elementos de protección constitucional de los derechos de los NNA es justamente la del interés superior del niño. La Corte Constitucional se pronunció al respecto en la Sentencia C-055 de 2010, y lo ha definido como “[...] una ‘caracterización jurídica específica’ a favor de los niños, reconocible en sus derechos que prevalecen, y que le impone obligaciones para protegerlo de manera especial, de modo que lo guarde de abusos y arbitrariedades y garantice su desarrollo normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”⁵⁸.

56 Auto 251/08 (Corte Constitucional de Colombia, 2008. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/A251-08.htm>)

57 Véase al respecto la página web de la coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado de Colombia: www.coalico.org/marco/index.htm.

58 Sentencia C-055/10, referencia: expediente D-7807 (Corte Constitucional de Colombia, 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-055-10.htm>).

En este mismo sentido, la Corte IDH ha indicado que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano [...], en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵⁹. Este principio ha sido desarrollado ampliamente por la Corte IDH en los casos: niños de la calle, Villagrán Morales y otros contra Guatemala (1999); Bulacio contra Argentina (2003); Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay (2004); el caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana (2005); Gelman contra Uruguay (2011); Contreras y otros contra El Salvador (2011); Atala Riffo y niñas contra Chile (2012), entre otros.

Conforme con los anteriores pronunciamientos de la Corte IDH, se permite argüir que es posible que la dimensión del interés superior del niño pueda concebirse como principio regulador, que permite entender la protección de los derechos del niño como un fin legítimo e imperioso.

Garantías legales

Dentro de un contexto cronológico, es imprescindible destacar en primer lugar “la Ley 171 de 1994, que aprueba el Protocolo II de Ginebra [...] se convirtió en uno de los referentes principales del mencionado bloque de constitucionalidad y, consiguientemente, en un marco obligado para analizar los efectos, las implicaciones y las responsabilidades de los actores armados en la vulneración de derechos, y la participación de mujeres y NNA en el marco del conflicto armado colombiano”⁶⁰. Dicha ley permitió la incorporación de garantías específicas para las mujeres y NNA, en observancia al DIH.

Siguiendo el contexto cronológico, el Decreto 1385 de 1994, modificado posteriormente por el Decreto Nacional 128 de 2003⁶¹, estableció una serie de bene-

59 Opinión Consultiva. OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Corte IDH, 2002), párrafo 56.

60 Tania Giovanna Vivas Barrera, *Derechos Humanos, paz y posconflicto en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

61 Para consultar el Decreto 1385 de 1994, por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas (Presidencia de la República de Colombia, Diario Oficial 45420 [5 de julio de 1994]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9138>).

ficios a las personas que optaran por la desmovilización; no obstante, la norma carece de un tratamiento especial para los NNA desvinculados o que depongan las armas, y de un tratamiento diferencial o especial para los menores de edad.

Posteriormente, la Ley 418 de 1997, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”⁶², se constituyó en uno de los primeros esfuerzos del Estado colombiano por otorgar una protección especial para los NNA vinculados al conflicto, en especial en lo referido a la sanción penal que debía imponerse a quienes acuden a esta práctica⁶³. Más adelante, con ocasión de la reforma introducida a la legislación penal existente, por medio de la Ley 599 del 2000⁶⁴, el Estado colombiano reconoció en el Título II, delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. En dicho capítulo se tipificó el *delito de reclutamiento ilícito*, en el artículo 162⁶⁵, para el cual se estableció una pena de prisión de 6 a 10 años y multa de 600 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁶⁶.

Pese a las normas implementadas para tipificar delitos relacionados con el reclutamiento ilícito, se denota que Colombia en los últimos años ha emprendido una lucha frontal contra este flagelo, lo cual se ve reflejado en las 2.134 investigaciones que adelantó la Fiscalía General de la Nación en el 2015 por este delito perpetrado por los distintos grupos armados ilegales que delinquen en todos los departamentos del país. “De esta cifra, más de 700 son atribuidos a la guerrilla de las FARC. [...] Por este delito el ente investigador les ha imputado

62 Ley 418 de 1997 (Congreso de Colombia, 1997. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html).

63 El artículo 14 de esta ley fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1421 de 2010. El nuevo señala que, además de las sanciones penales previstas en el artículo 162 del Código Penal para quienes sean condenados por reclutamiento ilícito de menores de edad, estos no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos.

64 Véase, Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal (Congreso de la República de Colombia: Diario Oficial 44097 [24 de julio de 2000]).

65 Ibid., 28, artículo 162: “*Reclutamiento ilícito*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

66 La Ley 890 de 2004 aumentó las penas de este delito a partir del 1 de enero de 2005. El artículo 14 estableció: “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 noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Congreso de Colombia: Diario Oficial 45602 [7 de julio de 2004]).

cargos a comandantes y miembros de diferentes grupos armados ilegales. Entre 2013 y 2014 fueron presentados 1.039 casos relacionados con el reclutamiento de menores para la guerra, un acto que ha sido condenado por organismos internacionales⁷⁶⁷.

Con el paso de los años, el Estado colombiano ha establecido un amplio marco normativo complementario a este esfuerzo de luchar contra el reclutamiento ilícito de niños y niñas; muestra de ello lo constituyen la Ley 704 de 2001⁶⁸, la Ley 833 de 2003⁶⁹ y el Decreto 128 de 2003⁷⁰.

Para el 2005, el Estado colombiano promovió una serie de iniciativas legislativas, con la finalidad de que los integrantes de los grupos al margen de la ley depusieran las armas. La primera de ellas, denominada Ley de Justicia y Paz o Ley 975 de 2005, tenía como objetivo “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”⁷¹; así mismo, dispuso dentro de su articulado juzgar a los determinadores y autores materiales del delito de reclutamiento ilegal.

Con el ánimo de fortalecer este mandato de protección especial, la Ley 1098 de 2006⁷² o Ley de Infancia y Adolescencia, en su artículo 20 estableció pará-

67 Redacción Judicial “Fiscalía investiga 2.134 casos de reclutamiento forzado por grupos armados ilegales” (*El Espectador*, 13 de febrero, 2015. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/fiscalia-investiga-2134-casos-de-reclutamiento-forzado-articulo-543894>).

68 Ley que ratificó el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la “acción inmediata para su eliminación” (Congreso de Colombia: Diario Oficial 44628 [27 de noviembre, 2001]. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0704_2001.html).

69 Incorporó a la normatividad colombiana el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, adoptado en Nueva York el 25 de mayo de 2000. Este Tratado prohíbe el reclutamiento y la utilización de NNA menores de 18 años, tanto por parte del Estado como de fuerzas armadas ilegales, y demanda la acción del Estado para la protección de los niños contra la vinculación al conflicto armado interno.

70 Dispone que los niños serán entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para que allí se adelante su proceso de reintegración; por su parte, la Directiva 013 de 2004, expedida por la Procuraduría General de la Nación, señala que los NNA desvinculados de grupos armados al margen de la Ley, a pesar de haber participado en hostilidades, son víctimas de reclutamiento forzado, y que las decisiones que adopten los servidores públicos deberán garantizar el restablecimiento de sus derechos.

71 Ley 975/05, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios (Congreso de Colombia: Diario Oficial 45980 [2005]).

72 Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia (Congreso de Colombia: Diario Oficial 46446 [2006]. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm).

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia-

metros orientados a la protección de los NNA contra las guerras y los conflictos armados internos, el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de grupos armados organizados al margen de la Ley.

El gobierno nacional, en 2006 y 2007, por medio de los decretos 3043 de 2006 y 4690 de 2007, creó la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas⁷³ y la “Comisión intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños y niñas por grupos organizados al margen de la ley”⁷⁴. Este último es un espacio de articulación entre la Vicepresidencia de la República; los ministerios de Interior y de Justicia, Relaciones Exteriores, Defensa, Protección Social y Educación Nacional, y las altas consejerías para la Reinserción Social y la Agencia Presidencial para la Acción Social.

El Decreto 4800 de 2011, que derogó el Decreto 1290 de 2008, implementó auxilios a las víctimas del conflicto armado; así, facilitó tanto la reparación individual como grupal o familiar, al realizar dicho procedimiento por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, quienes podrán reclamar un monto económico en caso de “reclutamiento forzado de menores, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales”⁷⁵.

De igual manera, el Estado colombiano, en el 2010, elaboró el documento CONPES (Consejo Económico de Política Económica y Social) 3673, sobre “Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados al margen de la ley y de grupos delictivos organizados”⁷⁶. De dicho documento se resalta la relación entre el conflicto armado y los incidentes de reclutamiento y violencia sexual,

73 La cual, entre otras funciones, debe asesorar al presidente de la República y ser el vocero del Gobierno nacional respecto al desarrollo de la política de reintegración a la vida civil de personas o grupos armados organizados al margen de la ley que se desmovilicen voluntariamente de manera individual o colectiva.

74 Decreto 4690 de 2007, por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley (Presidencia de la República de Colombia: Diario Oficial 46831 [3 de diciembre, 2007]).

75 Decreto 4800 de 2011, por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones (Presidencia de la República de Colombia: Diario Oficial 48289 [20 de diciembre, 2011]), artículo 149, numeral 6.

76 Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley y de los grupos delictivos organizados* (Colombia: Documento Conpes [2010]. http://www.mintic.gov.co/portal/604/articulos-3509_documento.pdf).

efectuados tanto por grupos armados organizados cobijados por el DIH, como por criminalidad organizada. Este marco de protección general a los derechos de los niños, niñas y adolescentes fue complementado posteriormente por las medidas adoptadas en el marco de la justicia transicional, y fue la primera vez que empezó a hablarse del fenómeno del reclutamiento ilícito a manos de organizaciones criminales como escenario claramente diferenciado del reclutamiento de menores en contextos de conflicto armado.

Garantías en el marco de la justicia transicional

Entender la implicación que tiene la justicia transicional dentro del marco de los derechos de los NNA víctimas del conflicto armado interno sigue siendo una tarea pendiente, pues ellos son los que han sentido en mayor medida sus consecuencias.

Han sufrido de manera directa o indirecta, en una mayor magnitud, las conductas punibles de los actores armados, tanto al margen de la ley como al servicio del Estado, que se pueden denominar insurgentes, contrainsurgentes o paraestatales. Esta situación se ve aún más agravada si se tienen en cuenta criterios como la edad, el sexo, la etnia y región de origen, la condición socioeconómica, que descomponen y quitan cohesión al núcleo familiar del menor, e infringen así los derechos universales, constitucionales y naturales de este.⁷⁷

Por eso, en su momento resultó importante que en la Ley 975 de 2005 el gobierno nacional incluyera este enfoque diferencial generacional en la creación de mecanismos orientados a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, todos ellos en el marco de la justicia transicional. La *justicia transicional* ha sido definida como “las medidas excepcionales y transitorias desarrolladas por los estados para enfrentar graves violaciones de derechos humanos originadas en el marco de un conflicto o un estado de excepción”⁷⁸, contexto en el cual la problemática del reclutamiento forzado ha sido tomada en cuenta como un elemento especial por considerar, como podrá observarse en el siguiente punto.

77 Óscar Agudelo Giraldo *et al.*, *Fundamentación de la justicia transicional en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

78 Heidi Abuchaibe, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Justicia transicional en Colombia”, *Revista Zero* (2011): 24.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia•

Ley de Víctimas

La existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en Colombia, expresamente reconocido por el Gobierno actual, motivó la creación de la Ley 1448 de 2011: “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”⁷⁹. En su artículo 181 se señala:

Los niños, niñas y adolescentes víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley gozarán de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, con el carácter de preferente y adicionalmente tendrán derecho, entre otros: a la verdad, la justicia y la reparación integral; al restablecimiento de sus derechos prevalentes; a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluidos el reclutamiento ilícito.⁸⁰

Así mismo, el artículo 190 establece una ruta de acceso para los NNA víctimas de reclutamiento ilegal, sin reformar sustancialmente las medidas de protección instituidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues todas las garantías que históricamente hemos instituido son reflejo y manifestación de que el Estado colombiano no ha improvisado en este asunto.

Diálogos de paz con las FARC-EP

Luego de un proceso de refrendación bastante cuestionado del Gobierno nacional, el Congreso nacional avaló los textos definitivos del acuerdo de paz con las FARC-EP. Sobre el reclutamiento forzado, el texto del acuerdo final⁸¹ estableció:

No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática o como parte de un plan o política—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento

79 Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (Congreso de Colombia: Diario Oficial 48096 [10 de junio, 2011] http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html).

80 *Ibid.*, artículo 181.

81 El texto del acuerdo refrendado puede ser consultado en: http://www.senado.gov.co/images/stories/pdfs/acuerdo_final472094587.pdf

forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

De igual forma, en relación con el Acuerdo sobre Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y Dejación de las Armas, entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, cuando se aborda el tema de la reincorporación de las FARC-EP a la vida civil —en lo económico, lo social y lo político—, de acuerdo con sus intereses, se establece lo siguiente:

Reincorporación para los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC-EP. Los menores de edad que hayan salido de los campamentos de las FARC-EP desde el inicio de las conversaciones de paz, así como los que salgan hasta la finalización del proceso de la dejación de armas, serán objeto de medidas de especial atención y protección que se discutirán en el Consejo Nacional de Reincorporación en el marco de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación de la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI) y que incluirán los principios orientadores que serán de aplicación a los menores de edad y los lineamientos para el diseño del Programa Especial, conforme a lo establecido en el Comunicado Conjunto No. 70 de fecha 15 de mayo de 2016 para garantizar la restitución de sus derechos con enfoque diferencial, priorizándose su acceso a la salud y a la educación.⁸²

El acuerdo señala que se implementarán medidas orientadas a reconocerles formalmente como víctimas del conflicto; se priorizará su reagrupación familiar cuando ello sea posible, así como su ubicación definitiva en sus comunidades de origen o en otras de similares características, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. El seguimiento de esas acciones estará a cargo, principalmente, del Consejo Nacional de Reincorporación, el cual deberá formular un ‘Programa especial de reincorporación’ una vez sea aprobado el programa, con observancia del interés superior del niño y el derecho internacional humanitario.

Formas de reclutamiento

El Instituto Interamericano del Niño, programa de promoción general de los derechos del niño, ha considerado las siguientes formas de reclutamiento ilegal:

- a. Reclutamiento no formal: es aquel en el que el reclutamiento de niños y adolescentes se hace de manera arbitraria y forzosa. Este acto ilegal lo

.....
⁸² Ibid., numeral 3.2.2.5

- pueden llevar a cabo grupos armados del Estado o grupos armados de oposición.
- b. Incorporación voluntaria: se tipifica cuando los menores por voluntad propia se vinculan a algún grupo armado. La incorporación voluntaria en los grupos armados de oposición no cumple con ninguno de los estamentos legales de un país, ni con los estatutos internacionales; generalmente la incorporación es bienvenida para los integrantes de estos grupos, en tanto que fortalecen sus filas.
 - c. Incorporación forzosa: es aquella en la que el menor es incorporado de manera informal, tanto por fuerzas armadas legítimas o no, como por grupos armados. El menor muchas veces es forzado, sacado de su domicilio y obligado a alistarse como soldado en el conflicto armado. Otra forma en que se da este tipo de reclutamiento es el llevado a cabo por los mismos padres del menor, quienes, al verse en situaciones económicas desfavorables, ‘venden’ a sus hijos a grupos armados de oposición, y muchas veces, si se encuentran entre los 16 y 17 años de edad, los incorporan a las Fuerzas Armadas.
 - d. Reclutamiento o utilización ilegal: es el reclutamiento o utilización de niños y niñas que están por debajo de la edad estipulada en los tratados internacionales aplicables a las fuerzas o grupos armados en cuestión o dentro de las normas aplicables.

Estas formas de reclutamiento deben ser consideradas como criterio diferencial en un proceso de reintegración, habida cuenta de que su origen y consecuencias resultan diversos.

Políticas y caracterización de los avances del Estado en la lucha contra el reclutamiento ilícito en Colombia

Limitaciones al reclutamiento lícito - Servicio militar obligatorio

En Colombia, el servicio militar obligatorio está regulado por el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, y fue reglamentado por el Decreto nacional 2048 del mismo año. Según estas disposiciones: “Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a

excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad⁸³.

En el país es mandato legal la exclusión de los NNA de situaciones que puedan poner en riesgo el ejercicio de sus derechos y, más aún, en la situación de conflicto armado que afronta Colombia. Del mismo modo, la Corte Constitucional colombiana ha establecido una serie de garantías adicionales a la prestación del servicio militar obligatorio; por ejemplo, el reconocimiento del derecho fundamental a la objeción de conciencia al servicio militar, cuyo ejercicio no requiere desarrollo legislativo específico y que debe estar basado en creencias profundas, fijas y sinceras⁸⁴.

[...] que sean profundas implica que no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones. Tiene que tratarse de convicciones o creencias que formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral. [...]

Que sean Fijas: implica que no son móviles, que no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente. Creencias o convicciones que tan sólo hace poco tiempo se alega tener. [...]

Que sean Sinceras: implica que son honestas, que no son falsas, acomodaticias o estratégicas.⁸⁵

También ha establecido este tribunal constitucional exenciones transitorias a la incorporación al servicio militar obligatorio de personas que se encuentren en condición de especial vulnerabilidad, como es el caso de aquellas que se encuentran en condición de desplazamiento forzado, con el objeto principal de garantizar el derecho fundamental a la personalidad jurídica⁸⁶.

83 Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización (Congreso de la República de Colombia: Diario Oficial 40777 [4 de marzo, 1993]).

84 Sentencia de acción de tutela T-314/14, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

85 Ibid.

86 Sentencia de Constitucionalidad C-058/94, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia•

Por las razones anteriormente expuestas, es posible advertir que en Colombia el reclutamiento formal en cuanto a su procedimiento se ajusta al estándar de la prohibición expresa de vincular a menores de 18 años de edad. En este mismo sentido, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 “estarán exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no deberán pagar cuota de compensación [...] los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica”⁸⁷.

*Reclutamiento por parte de grupos paramilitares, guerrillas y bandas criminales (Bacrim).
Elementos diferenciales*

En Colombia se han identificado “tres tipos de vinculación: 1) reclutamiento activo, que es aquel que se da por la seducción que hacen los Grupos Armados Irregulares a través de ofertas económicas y adoctrinamiento político o engaño; 2) reclutamiento forzado, se da por el caso de secuestro o captura (son llevados a la fuerza o como parte de una redada); y 3) vinculación, en donde no existe una estrategia de reclutamiento y el menor decide hacer parte, autónomamente del Grupo Armado Ilegal”⁸⁸.

Para hacer frente al fenómeno de la vinculación a grupos armados irregulares, el Estado colombiano ha concentrado sus esfuerzos desde dos perspectivas: la investigación y sanción de los sujetos activos del delito de reclutamiento, y la creación y fortalecimiento del programa de reintegración de NNA desmovilizados y desvinculados de grupos armados irregulares.

Las bandas criminales (abreviadas como Bacrim) son organizaciones que se constituyeron luego de la desmovilización de los grupos paramilitares, las cuales mantienen el control en ciertas zonas del país y cuyas actividades delictivas giran en torno al narcotráfico. Actualmente, las Bacrim no son consideradas como actores del conflicto armado en Colombia; no obstante, dadas las advertencias hechas por la Defensoría del Pueblo en relación con el reclutamiento de menores de edad a estas estructuras criminales, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad incoada por la propia Defensoría, con el objeto de que se haga una interpretación

87 Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización (Congreso de Colombia: Diario Oficial 40777 [4 de marzo, 2003]).

88 Ibid., 33.

más amplia del artículo 190 de la Ley 1448 de 2011, que en principio solo reconoce como víctimas a los niños, niñas y adolescentes reclutados por los grupos guerrilleros o paramilitares. Así, la Defensoría manifestó lo siguiente:

De acuerdo con la norma, cuando los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de reclutamiento por parte de los grupos armados cumplen su mayoría de edad se les exige un certificado expedido por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) antes de acceder a los programas de reintegración social y económica ofrecidos por la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas (ACR). Sin embargo, en la actualidad, a estos programas especiales de reparación solo pueden acceder las víctimas reclutadas por los grupos guerrilleros o los grupos paramilitares, pero no aquellas que han sido víctimas de reclutamiento forzado por parte de aquellos grupos conformados con posterioridad a la desmovilización de las autodefensas, como es el caso de ‘Los Urabeños’ y ‘Los Rastrojos’, entre otros.⁸⁹

En relación con la atención de los NNA desmovilizados y desvinculados de grupos armados irregulares, vale la pena señalar que existe un programa que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) implementó desde 1999: la entidad “ha diseñado un programa de atención especializada que funciona en todo el país, que tiene como principal objetivo restituir los derechos fundamentales que han sido vulnerados, apoyar en el proceso de construcción de una ruta para la vida una vez están fuera del conflicto armado [...]”⁹⁰. Conjuntamente, con el fin de favorecer la garantía de los derechos a los NNA, el Programa de Atención Especializada a Niños, Niñas y Adolescentes Desvinculados tiene por objetivo, como establece el CONPES:

[...] contribuir y apoyar el proceso de consolidación de la ruta de vida, de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados organizados al margen de la ley, en el marco de la garantía de los derechos, la construcción de ciudadanía y democracia, con una perspectiva de género y un enfoque de inserción social. El programa desarrolla la atención en las siguientes áreas de derecho y componentes.

89 Nota publicada el 7 de julio de 2015, por la Defensoría del Pueblo de Colombia (<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/3832/Defensor%C3%ADa-interpone-demanda-para-que-menores-de-edad-desmovilizados-de-las-%E2%80%98Bacrim%E2%80%99-sean-beneficiados-con-Ley-de-V%C3%ADctimas-Ley-de-V%C3%ADctimas-Bacrim-desmovilizaci%C3%B3n-reclutamiento-Ley-1448-reclutamiento-forzado-.htm>).

90 July Puentes, *La incidencia del programa de atención especializada a niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares de ICBF en el proceso de reintegración social en Colombia* (México: FLACSO, 2012).

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia-

El componente de salud y nutrición, a través del cual se ejecutan acciones para la atención en salud, la vigilancia nutricional y la prestación de un servicio de alimentos de acuerdo con los requerimientos nutricionales de los niños, niñas y adolescentes, según, sexo, edad y condición física. El componente psicosocial, el cual busca el desarrollo personal, familiar y social, así como la estabilidad afectiva y emocional del niño, niña y adolescente, a través de la reconstrucción de los procesos vitales y vínculos.⁹¹

Reclutamiento de menores por grupos de pandillas

Las pandillas han sido definidas de diversas maneras, pero en general suelen ser calificadas como “grupos de predadores, criminales, perdedores, delincuentes y matones. Los miembros de las pandillas son demonizados y se los describe como personas inherentemente malvadas, violentas, haraganas, pobres e incultas. Con frecuencia, se asocia a las pandillas con la violencia, las drogas y los barrios desfavorecidos”⁹². Consecuentemente con la anterior manifestación de estos grupos, se denota la gravedad del impacto de las pandillas a una comunidad determinada, pues: “En las seis principales capitales del país, las autoridades, Policía y alcaldías tienen identificadas 517 pandillas que se han robado la calma de las comunidades de las barriadas populares de Cali, Medellín, Bogotá, Barranquilla, Bucaramanga y Cartagena”⁹³.

Conscientes de esta creciente problemática delincriminal, se creó la Ley 1577 de 2012: “Por medio de la cual se establecen estímulos tributarios y otros, con el fin de adoptar medidas especiales para la rehabilitación e inclusión social de jóvenes con alto grado de emergencia social, pandillismo y violencia juvenil”⁹⁴.

Pese a que grupos de pandillas usan como medio a menores de edad para la comisión de delitos, el artículo 188D del Código Penal colombiano sanciona a “El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor

91 Ibid., 39, 35.

92 Jennifer Hazen, “Análisis de las pandillas desde la perspectiva de los grupos armados”, *International Review of the Red Cross* n.º 878 de la versión original (2010).

93 Datos registrados por el diario *El Tiempo* (7 de abril, 2015. <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/criminalidad-en-ciudades-de-colombia/15527197>).

94 Ley 1577/12, por medio de la cual se establecen estímulos tributarios y otros, con el fin de adoptar medidas especiales para la rehabilitación e inclusión social de jóvenes con alto grado de emergencia social, pandillismo y violencia juvenil (Congreso de Colombia: Diario Oficial 48559 [20 de septiembre, 2012]).

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) años⁹⁵. El presente tipo penal tiene por finalidad que no se utilice a los NNA para cometer delitos, o que los NNA no induzcan a otros a cometerlos.

Al realizar un análisis normativo del anterior delito frente al de la trata de personas, encontramos que aquel “delito es más amplio que el de trata de personas al no estar atado a la intencionalidad de explotación; por ende, hace que el mismo sea garantista frente a los menores que están siendo inducidos, facilitados, utilizados, constreñidos, promovidos o instrumentalizados para la comisión de delitos⁹⁶; por tanto, se puede afirmar que es un tipo penal especial de trata de personas cuando la finalidad del autor es la explotación del menor, mediante la inducción, utilización, constreñimiento, promoción o instrumentalización de un NNA, cuyo beneficio es la comisión de delitos.

Delito de trata de personas frente al delito de reclutamiento ilícito

La *trata de personas*, según el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁹⁷, consiste en:

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, esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.⁹⁸

.....
95 Ley 599/00.

96 María Henao, *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos* (Bogotá: Ministerio del Interior Organización Internacional para las Migraciones [OIM], 2012).

97 Para consultar el Protocolo, véase http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

98 *Ibid.*, 2.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia.

En Colombia se adoptó la Ley 985 de 2005, “Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”, que fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1069 de 2014⁹⁹.

De acuerdo con la normatividad existente en Colombia, el delito de trata de personas con fines de reclutamiento forzado cuando la víctima es menor de edad no está tipificado de manera expresa, entendiendo que el tipo penal de reclutamiento es un tipo especial en el cual las víctimas solo pueden ser NNA; sin embargo, cuando con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado las víctimas de reclutamiento son personas mayores de 18 años, es decir, cuando existe coerción a tomar las armas y a participar en las hostilidades en contra de su voluntad, se configura el delito de trata de personas, dado que la persona ha sido captada, trasladada, acogida y/o recibida con la finalidad de ser explotada para beneficio del conflicto armado (tabla 2.1).

Tabla 2.1. Comparación entre el reclutamiento ilícito y la trata de personas

Reclutamiento ilícito	Trata de personas
Según el art. 162 del Código Penal, se entiende por 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”.	El art. 188A del Código Penal, modificado por el art. 3, Ley 985 de 2005, dice “Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación”.

Fuente: Elaboración propia.

Conclusiones

La protección de los NNA frente a situación de especial vulnerabilidad, como el reclutamiento forzado, ha tenido ostensibles desarrollos, tanto en el DIDH como en el DIH. Bajo este entendido, constituye un estándar internacional reconocerles como víctimas. La Corte Constitucional colombiana ha acogido este criterio, tal y como puede colegirse de la Sentencia C-253A de 2012 y otros tantos pronunciamientos. Sin embargo, aunque las garantías instituidas en el orden constitucional y legal para el restablecimiento de sus derechos son vastos, no es menos

99 Este decreto crea un programa de asistencia y protección a los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de trata de personas.

cierto que el principal reto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales se encuentra en la adecuada implementación de los protocolos de atención, orientados, a su vez, a la adecuada reintegración de los NNA.

A simple vista parece una labor operativa; sin embargo, es preciso observar que deben tenerse en cuenta factores objetivos y subjetivos que incidirán en la efectividad de las medidas de restablecimiento que se adopten. Los primeros, obviamente, residen en los estándares establecidos en el derecho internacional sobre la materia y su incorporación en el derecho interno; los segundos dependen de factores como las causas, origen, motivaciones, tiempo de permanencia en la organización ilegal, etc., pero lo más importante tiene que ver con la implementación de enfoques diferenciales en las medidas de rehabilitación que puedan adoptarse en el contexto de la reparación integral.

Este primer avance investigativo plantea de entrada varias inquietudes, entre ellas, por ejemplo, la de realizar un seguimiento a la política para hacer frente al reclutamiento ilícito, los avances que sobre la materia ha tenido esta normatividad interna aplicable en el marco de la justicia transicional, pero quizá uno de los aspectos más interesantes será entender el papel de los tribunales, cortes y organismos internacionales, que en el ejercicio de sus funciones consultivas y contenciosas serán los encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los diferentes tratados internacionales, especialmente del Estatuto de Roma.

Cabe recordar que la Corte Penal Internacional, en audiencia pública realizada el 14 de marzo de 2012, encontró culpable a Thomas Lubanga de cometer crímenes de guerra, específicamente de reclutar a niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en los enfrentamientos en la República Democrática del Congo, entre septiembre de 2002 y agosto de 2003.

Este precedente plantea de entrada varias situaciones muy importantes, entre ellas la articulación, complementariedad y límites de los regímenes de responsabilidad individual y responsabilidad de Estados en el derecho internacional público.

Por otro lado, teniendo en cuenta que los diálogos con las FARC-EP en La Habana finalizaron el 24 de noviembre de 2016, se debe buscar como principio rector para futuros diálogos o acuerdos de paz, la aplicación del principio de

interés superior de los niños, niñas y adolescentes, para que a partir de allí se construya un acuerdo que implique finalizar de una vez por todas con la práctica de reclutamiento de estos. Sería la oportunidad propicia para acabar con ese flagelo de raíz, y de inmediato se abriría la posibilidad de dirigir todos los programas a la rehabilitación de las víctimas que hasta ahora deja el conflicto, como consecuencia de la comisión del delito de reclutamiento ilícito que ha tenido como blanco directo a los niños, niñas y adolescentes. También, es la oportunidad para hacer una revisión exhaustiva del tratamiento en este flagelo y las medidas adoptadas por el Estado colombiano durante la desmovilización de los grupos paramilitares, en el marco de la Ley de Justicia y Paz.

Finalmente, es necesario revisar si la normatividad existente en Colombia sobre este tema resulta pertinente para hacer frente a otras modalidades de reclutamiento que pueden presentarse en situaciones de no conflicto armado. Como hipótesis anticipada frente a este planteamiento, se puede advertir que definitivamente los contextos, causas, consecuencias en estos dos escenarios necesariamente son distintos y, por lo tanto, deben ser claramente diferenciados, no solo desde el ámbito normativo, sino, también, desde los modelos de atención que en el corto y mediano plazos puedan formularse en Colombia.