



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Reclutamiento de menores de edad en la Ley de Amnistía del proceso de paz en Colombia¹

Juan Carlos Gómez Martín²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El conflicto armado que ha atravesado Colombia por más de 50 años, ha evidenciado la difícil situación de la infancia en Colombia frente al reclutamiento forzado del que son víctimas por grupos armados al margen de la ley. La coacción a la que se ven sometidos determina la entrada de estos menores a grupos armados, donde deben ejercer diferentes funciones. En el marco del Acuerdo de Paz, se pactó la amnistía para una serie de delitos cometidos por los guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC), buscando establecer condiciones especiales de juzgamiento. Resulta relevante determinar cómo se juzgará el delito de reclutamiento forzado de menores en el marco de la implementación del proceso de paz que atraviesa Colombia.

Palabras Clave: Delitos de Lesa Humanidad, Responsabilidad Penal, Amnistía, Indulto, Tratados Internacionales, Control de Convencionalidad, Reclutamiento de Menores, Colombia.

Abstract

The armed conflict that Colombia has been going through for more than 50 years has evidenced the difficult situation of children in Colombia in the face of the forced recruitment of victims by armed groups outside the law. The coercion to which they are subjected determines the entry of these minors into armed groups, where they must exercise different functions. Within the framework of the Peace Agreement, the amnesty was agreed upon for a series of crimes committed by the guerrillas of the Revolutionary Armed Forces of Colombia (hereinafter FARC), seeking to establish special conditions for trial. It is

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la Dirección de la Dra. Paola Alexandra Sierra Zamora, Docente de la facultad de Derecho, 2018.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil N° 2110277. Correo electrónico: jgomez77@ucatolica.edu.co

relevant to determine how the crime of forced recruitment of minors will be judged in the framework of the implementation of the peace process that Colombia is going through.

Key Words: Crimes against Humanity, Criminal Responsibility, Amnesty, Pardon, International Treaties, Control of Conventionality

Sumario

Introducción. 1. Delito de Reclutamiento forzado de menores de edad. 1.1 Delito de reclutamiento forzado de menores desde la óptica de las normas internacionales. 1.2 Delito de reclutamiento forzado de menores en la legislación colombiana. 2. Indulto y amnistía para crímenes de guerra como el reclutamiento forzado de menores de edad. 3. El análisis de constitucionalidad de la Ley de amnistía en Colombia. 3.1 Texto original de la Ley 1820 de 2016. 3.2 Análisis de constitucionalidad de la Corte Constitucional referente al delito de reclutamiento forzado de la Ley 1820 de 2016. 3.3. Responsabilidad penal de los máximos responsables de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra en las FARC. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El proceso de paz que se llevó a cabo entre el gobierno colombiano y las FARC, representa una esperanza para toda la población que ha tenido que vivir el flagelo de la guerra y vivir en carne propia sus consecuencias. Teniendo en cuenta que Colombia desde mediados del siglo pasado experimenta un conflicto armado no internacional (en adelante CANI) que se traduce en una lucha armada interna, la cual ha dejado millones de víctimas, la materialización de un proceso de paz en el país, tiene un significado histórico, tanto para los combatientes, las víctimas, y en general para toda la sociedad (Cruz, 2016).

Un tema relevante dentro del proceso de paz es la entrega de todos los menores reclutados por parte de la guerrilla, y la identificación de si este delito puede o no ser sujeto de amnistía en el marco del proceso de paz, teniendo en cuenta las normas locales y de derecho internacional que Colombia ha integrado a su ordenamiento jurídico.

Cabe resaltar que no existe claridad acerca de la responsabilidad penal que tendrá las cabecillas de las FARC frente al delito de reclutamiento forzado de menores de edad. Aun cuando es conocido que estos niños han tenido que pasar por muchas situaciones que vulneran sus derechos, es necesario establecer de manera clara el proceso que se seguirá para el juzgamiento de este delito y la reparación de las víctimas del mismo, ya que el acuerdo no hizo referencia al tema de manera explícita (Pachón, 2009).

Teniendo en cuenta que en Colombia la justicia transicional (JT)³, debe atender los criterios de reparación a víctimas con un enfoque diferencial, deben implementarse acciones concretas para el posacuerdo⁴ sobre los menores de edad que hicieron parte de las filas de las FARC-EP teniendo en cuenta las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan de esta vulneración de derechos, así mismo se debe en el marco del derecho a la justicia revisar en este caso que tratamiento se dará a los mayores de responsables del reclutamiento forzado de menores de edad (Cáceres, 2013).

Lo anterior, teniendo en cuenta lo expresado por Sierra & Cubides (2017) respecto de la reparación integral de víctimas, que debe estar compuesta por elementos como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición, lo que en el caso de los NNA reclutados por las FARC-EP es esencial, y debe ser planificado acuciosamente.

En ese sentido el presente artículo de investigación se ha planteado la siguiente pregunta de investigación ¿Cómo se evaluará la responsabilidad penal de los altos mandos de las FARC por el delito de reclutamiento de menores de edad en el marco del proceso de paz?, el desarrollo del artículo se realizará a partir de una metodología documental descriptiva realizada a través del estudio del caso colombiano mediante un análisis hermenéutico del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C- 203 de 2005.

³ Para más información, véase: Cubides, J & Sierra, P. A. (2018). Reparación integral de las víctimas de la justicia transicional: Historia, Debate y actualidad dentro del Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. En: Velandia, E. A. (2018). Derecho Procesal Constitucional: Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Bogotá: Universidad la Gran Colombia.

⁴ Para delimitar, véase: Cubides, Vivas & Sierra (2018). Exordio conclusivo: De la responsabilidad internacional y la protección ambiental. pp. 311-316. En: Cubides, J. & Vivas, T. G. (2018). Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y en etapas de posconflicto. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

1. Delito de Reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes: Definiciones y contexto en Colombia

En el presente acápite, se desarrollara el concepto de reclutamiento forzado que hace referencia a la incorporación obligada de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) a grupos armados ilegales para participar en las actividades ilegales que desarrollan. Ahora bien, reclutamiento de NNA hace referencia a lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados (2000) que expresa que la edad mínima para participar directamente en hostilidades es de 18 años y adicionalmente prohíbe el reclutamiento voluntario o forzado de menores. Esta conducta será la que se entrara a analizar en el marco del proyecto de investigación, teniendo en cuenta los hechos ocurridos en Colombia.

Igualmente, la anterior prohibición se ha establecido en las normas internas de varios países que presentan y han presentado conflictos armados internos e internacionales, lo anterior debido a que esta situación se considera como una causa común del delito de reclutamiento de menores de edad. Al respecto como lo indica Amnistía Internacional (2017), actualmente se calcula que hay entre 250.000 y 300.000 niños luchando en diversos conflictos armados, y que ejercen diversos oficios. Su reclutamiento comienza a la edad de 10 años y son utilizados como máquinas de guerra que ejecutan incluso a sus padres y amigos.

En efecto, el reclutamiento de menores de edad es una conducta penalizada en la legislación internacional y en la local. Como lo indica Mejía (2009) en Colombia grupos armados como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC), el Ejército de Liberación Nacional (en adelante ELN) y grupos de autodefensas han reclutado NNA para integrar sus filas y desempeñar diversas labores que en ocasiones incluyen la participación activa en combate.

Dicha vinculación permanente o transitoria de los NNA a grupos armados al margen de la Ley, generalmente se realiza por la fuerza, utilizando engaños o debido a condiciones personales de los menores como su economía, su lugar de residencia, entre otros, lo que representa una vulneración a las normas de Derechos Humanos y Derecho Internacional

Humanitario, conocida por los máximos cabecillas de las FARC-EP, lo que evidencia su responsabilidad en esta conducta.

Como lo indica Ortiz (2017) la desvinculación de los menores del conflicto, entendida como acto⁵ y como proceso⁶, tiene varios efectos como el desarme, desmovilización y reintegración a la vida en sociedad, por lo anterior deben plantearse de manera anticipada los mecanismos de restablecimiento de derechos del menor.

Una vez concretada la definición del reclutamiento forzado de NNA, es necesario analizar las normas que se han emitido en esta materia en el marco del Derecho Internacional, tema con el que se procederá a continuación.

1.1 Delito de reclutamiento forzado de menores desde la óptica de las normas internacionales:

La necesidad de proteger a los NNA que se encuentran en medio de un conflicto armado ha hecho necesario que organismos de derecho internacional como la Organización de Naciones Unidas, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, la Corte Penal Internacional, entre otros, desarrollen diversos instrumentos internacionales para la prevención, juzgamiento y castigo en casos de reclutamiento forzado de menores de edad. Los cuales son, en primer lugar, se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989⁷. En segundo lugar, el Convenio 182 de 1999⁸ de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las peores formas de trabajo infantil, en su artículo 3 considera una de las peores formas de trabajo el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2016). En tercer lugar, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998⁹ que en el artículo 8.2 en su numeral vii, de dicho Estatuto expresa que en la categoría de crímenes de guerra en conflictos armados

⁵ El acto de desvinculación de los menores de edad hace referencia a la entrega del menor a las autoridades correspondientes para el inicio del restablecimiento de derechos.

⁶ El Proceso de desvinculación de menores de edad, por su parte hace referencia a los planes de Desarme, Desmovilización y Reintegración del menor de edad, y el acompañamiento de las entidades gubernamentales en la incorporación a la vida civil.

⁷ Colombia suscribió y ratificó este tratado mediante la Ley 12 de 1991.

⁸ Colombia suscribió y ratificó este tratado mediante la Ley 704 de 2001.

⁹ Colombia suscribió y ratificó este tratado mediante la Ley 742 de 2002.

no internacionales se encuentra el reclutamiento o alistamiento de niños menores de edad en grupos armados.

Ahora, en cuanto al Protocolo facultativo relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados¹⁰ que fue aceptado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000, mediante Resolución A/RES/54/263 hace referencia concretamente a que la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas tendientes a que los menores de 18 años no sean reclutados ni participen directamente en hostilidades (UNICEF, 2009).

Como lo indican Cubides, Chacón & Rodríguez (2016) la Organización de Naciones Unidas en 2007, mediante los Principios de París¹¹ y la guía sobre niñez vinculada con fuerzas o grupos armados, reafirmó el compromiso de los Estados frente a la prevención de Reclutamiento forzado de menores de edad y se desarrolló de manera más amplia lo expresado en los Principios de Ciudad del Cabo de 1997. La importancia de lo anterior radica, en que, en esta herramienta se recopilan los principios que deben orientar las políticas públicas de los Estados para prevenir el reclutamiento, sancionarlo cuando ocurra y adicional, facilitar la reinserción de los menores a la vida civil de NNA vinculados a grupos armados.

1.2 Delito de reclutamiento forzado de menores en la legislación colombiana:

En primer lugar es preciso indicar que todas las herramientas normativas de carácter internacional mencionadas anteriormente, se entienden incorporadas a la legislación interna mediante la figura del bloque de constitucionalidad¹². Al respecto Cubides, Reyes y Castro (2017) expresan que la Constitución Política de 1991 ha previsto que los convenios y tratados internacionales que versen sobre derechos humanos deben predominar en el orden interno, por lo cual la legislación que se realice sobre el tema debe atender los criterios dispuestos en materia de convencionalidad.

¹⁰ Colombia suscribió y ratificó este Protocolo mediante la Ley 833 de 2003.

¹¹ Los principios de París incorporan el conocimiento y las lecciones aprendidas, y en especial, enfatiza los caminos informales en los cuales niños y niñas se vinculan y abandonan las fuerzas o grupos armados.

¹² El bloque de constitucionalidad hace referencia a las disposiciones que pese no encontrarse de manera explícita, se encuentran integrados a la misma por diversas vías, atendiendo el mandato constitucional contenido en el artículo 93 de la Constitución Política.

De igual manera, en Colombia el reclutamiento forzado de menores de edad se encuentra tipificado como un tipo penal que está descrito dentro del Código Penal (Ley 599 de 2000) bajo el Título II que enmarca los delitos que como bien jurídico tutelado tienen las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, concretamente en el artículo 162¹³. Lo anterior se da, en el marco de las normas internas y tratados internacionales ratificados por Colombia que buscan garantizar los derechos de los menores de edad, teniendo en cuenta que el reclutamiento forzado es una conducta que vulnera de manera evidente derechos del menor, normas de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

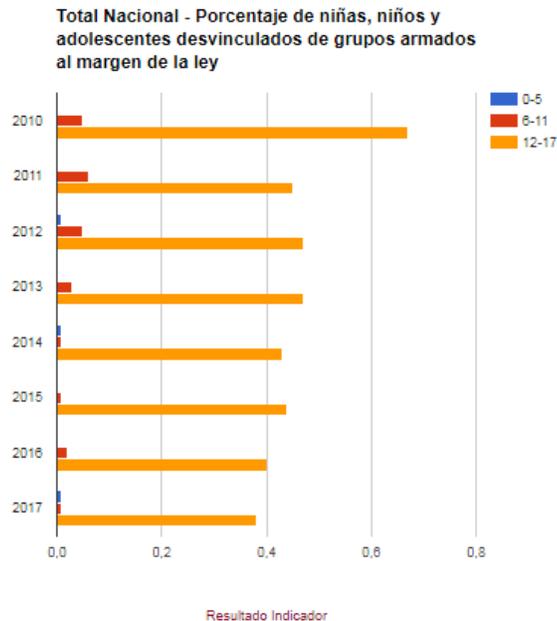
Al respecto, la Corte Constitucional (2017) en sentencia C 541, indica lo siguiente respecto de la vulneración de derechos del menor por el reclutamiento forzado:

Conforme a los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, al Estado colombiano se le atribuyen especiales obligaciones en la promoción y protección de los derechos de las víctimas de reclutamiento ilícito, entre las cuales se cuenta la de reparar y restituir los derechos afectados con la victimización. Respecto de esta obligación, el mismo derecho internacional ha señalado que los programas de desvinculación y reintegración social forman parte fundamental de dicho deber (Corte Constitucional, C541, 2017).

La situación de reclutamiento forzado de menores que se ha presentado en Colombia, da cuenta de la magnitud de la problemática, en la actualidad de acuerdo a las cifras estadísticas proporcionadas por la Unidad de Víctimas (2018) se puede observar el número de niños desvinculados de grupos armados en Colombia hasta el año 2017.

¹³ **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.

Figura 1. Niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados por año



Fuente: Unidad de Víctimas (2018)

Los datos anteriores permiten concluir que los NNA que son víctimas con mayor frecuencia del delito de reclutamiento forzado se encuentran en un rango de edad de los 12 a los 17 años, esto en razón de su capacidad para llevar a cabo trabajos dentro de las filas de los grupos armados y hacer parte de los combates. No obstante se observa que en los años 2010 a 2013 el número de menores de edad reclutado entre los 6 y 11 años fue considerable, además aunque es un porcentaje mínimo se logra identificar que existieron menores de 0 a 5 años que hicieron parte de las filas de grupos armados.

Lo anterior, permite identificar el panorama crítico de reclutamiento forzado a los que fueron sometidos los NNA en Colombia, y como los grupos armados no tuvieron consideración alguna respecto de la edad de los menores que eran reclutados.

2. Indulto y amnistía para crímenes de guerra como el reclutamiento forzado de menores de edad.

Los crímenes de guerra fueron definidos en los Tribunales de Nüremberg, como “violación de los usos y costumbres de la guerra”, que puede consistir en asesinatos, malos tratos, deportación y trabajos forzados a civiles y prisioneros, ejecución de rehenes y destrucciones no debidas a razones militares. Más adelante se acogería nuevamente el

término en los tribunales ad hoc para Ruanda y la ex Yugoslavia, así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roberge, 1997).

En los conflictos armados que no sean de índole internacional todas las violaciones graves del artículo 3 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquier acto cometido en contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

En el conflicto armado colombiano una de las mayores preocupaciones por parte del Gobierno y de la comunidad internacional a lo largo de los años fue el reclutamiento de menores por parte de los grupos armados ilegales. Un estudio del Centro de Memoria Histórica colombiano (2017) reveló que en un periodo de guerra de 56 años comprendido entre 1958 y 2015 se presentaron más de dieciséis mil casos de reclutamiento de menores.

Como lo indica Lennon (2006) el derecho internacional ha hecho expresa la imposibilidad que tienen los Estados para dar amnistía o indultar delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, asegurando que la acción penal contra las personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra es un aspecto fundamental del derecho de una víctima a que se haga justicia.

Lo anterior teniendo en cuenta aspectos como los derechos de las víctimas a obtener justicia de manera tangible y la necesidad del Estado de castigar las atrocidades cometidas de una manera que no se generen nuevas violencias y contribuya al proceso de reconciliación. Por tal motivo una justicia reparadora que combine amnistías limitadas con otros mecanismos de responsabilidad puede constituir un medio de garantizar el Estado de derecho, sin desatender la complejidad del proceso de transición (Sierra & Cubides, 2017).

Es claro entonces que las amnistías propuestas dentro de los procesos de paz tienen un límite, teniendo en cuenta que las mismas no pueden constituir una propensión a la impunidad o la vulneración de los derechos de las víctimas. En razón de lo anterior, se deben tener en cuenta los parámetros del derecho internacional que se han definido frente a amnistías impermisibles.

De esta manera las ONU, la comunidad internacional, gran parte de los tratadistas, así como la Corte Penal Internacional coinciden en que todas las amnistías que impidan el enjuiciamiento de crímenes de guerra, que son también conocidos como violaciones graves del derecho internacional humanitario, bien sea que se cometan en el transcurso de un conflicto armado internacional o no internacional, se constituyen como incompatibles con las obligaciones que tienen los Estados en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977, que han sido ratificados ampliamente, y pueden violar también el derecho internacional consuetudinario (Matute, 2010).

En este sentido, debe indicarse que Colombia acogió los preceptos del derecho internacional respecto de los indultos y amnistías, teniendo en cuenta que la Ley 1820 de 2016 en el párrafo de artículo 23 excluyó de manera taxativa los delitos que no puede ser objeto de amnistía o indulto, lo que representa que el legislador se acogió a lo dispuesto en el derecho internacional, realizando un control de convencionalidad en la redacción de esta ley (Sierra, Cubides & Carrasco, 2016, p. 55).

3. El análisis de constitucionalidad de la Ley de amnistía en Colombia

La Ley 1820 de 2016 conocida como Ley de amnistía fue elaborada a partir de las negociaciones llevadas a cabo dentro del proceso de paz entre el Gobierno colombiano y el grupo armado de las FARC, hace referencia al tratamiento penal que se les dará a los miembros de dicho grupo por los delitos cometidos por actos cometidos en ocasión el conflicto armado.

Como lo indica Londoño (2015) las FARC se convirtieron en el principal reclutador de menores en el Estado colombiano con fines económicos y militares, siendo un hecho evidente y reiterado en los departamentos de Antioquia, Caquetá y Meta (Unidad de Víctimas, 2018) donde había más presencia de este grupo armado. El juzgamiento de este delito representa un desafío para el gobierno teniendo en cuenta las obligaciones adquiridas en virtud de la ratificación de normas internacionales como tratados o convenios, ya enunciados.

El Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 1820 de (2016) por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y

otras disposiciones. Esta ley tiene como objeto regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos para excombatientes guerrilleros que se sometan a la dejación de armas.

El Ministerio de Justicia y del Derecho (2017) expresa lo siguiente frente a las razones por las que se otorgan amnistías, indultos o tratamientos penales diferenciales:

El tratamiento especial de justicia se otorga para lograr al mismo tiempo la terminación definitiva del conflicto armado y la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. La diferencia entre las sanciones obedece a la disposición al reconocimiento de verdad y responsabilidad. En todo caso la ley establece que cualquier tratamiento especial estará condicionado a la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas (p.1).

Ahora bien, esta ley no aplica para todos los delitos cometidos por excombatientes, ya que los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores son conductas punibles que de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Roma no podrán ser objeto de amnistía o un indulto (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, 2017).

A continuación, se expondrá la manera en que se planteó el juzgamiento del delito de reclutamiento de menores en esta Ley, y posteriormente, cuál fue el análisis que realizó la Corte Constitucional de dichas disposiciones.

3.1 Texto original de la Ley 1820 de 2016:

Como lo indica en esta Ley se hace referencia a las amnistías, indultos y tratamientos penales diferenciales para excombatientes, frente al delito de reclutamiento de menores y su exclusión en el contexto de esta ley (Ramírez, 2017).

El legislador, al definir la regla de exclusión de amnistías utilizó una remisión al Estatuto de Roma que expresa que el reclutamiento forzado de menores se configura cuando se presenta en niños menores de 15 años, sin embargo, las normas de derecho interno han indicado que este delito procede cuando se recluten menores de 18 años, lo que representa

una confusión respecto de la edad que se tomaría como referencia para la imputación del delito de reclutamiento forzado de NNA.

Así entonces, se planteó inicialmente en el texto de la Ley referente a la exclusión del delito de reclutamiento forzado de menores de amnistías e indultos y, expresaba lo siguiente en el párrafo del artículo 23, cabe resaltar que este es el texto inicial de la Ley, sin las modificaciones introducidas posteriormente por la Corte Constitucional:

PARÁGRAFO. En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes:

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

b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero. Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.

Ahora bien, el texto de la Ley presentó una serie de críticas, por imprecisiones que se consignaron en la misma y no permitían dar claridad a la edad desde la cual se consideraría el delito de reclutamiento forzado. Al respecto Bacares (2015) indica que el reclutamiento de niños niñas como crimen de guerra en el Bloque de Constitucionalidad ha de considerarse para todas aquellas personas menores de 18 años en armonía con el numeral 11¹⁴ de los Principios de París de 2007.

Como lo indica Ramírez (2017) la impunidad ante un crimen de guerra, es decir la incapacidad de un Estado de adelantar las investigaciones por el delito de reclutamiento forzado, dan competencia a la Corte Penal Internacional para adelantar investigaciones y

¹⁴ Los Estados se comprometen a garantizar que todos los niños y niñas menores de 18 años que están o han sido reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados y están acusados de crímenes contra el derecho internacional, sean considerados principalmente como víctimas de violaciones contra el derecho internacional y no como presuntos responsables. Hay que tratarlos de conformidad con las normas internacionales para la justicia de menores.

proferir decisiones penales individuales, siempre y cuando los hechos se hayan presentado con posterioridad a noviembre de 2009.

Dicho lo anterior, se procederá a analizar lo expresado por la Corte Constitucional respecto del reclutamiento forzado de menores de edad como crimen de guerra.

3.2 Análisis de constitucionalidad de la Corte Constitucional referente al delito de reclutamiento forzado de la Ley 1820 de 2016:

Teniendo en cuenta las dificultades sobre la interpretación sobre el reclutamiento de menores que se presentó en esta ley en razón de las diferencias que existen en el ordenamiento jurídico interno y las disposiciones del Estatuto de Roma sobre la edad desde la que debe considerarse el reclutamiento de NNA.

El artículo 162¹⁵ del Código Penal colombiano se establece el tipo penal de reclutamiento ilícito, cuyos verbos rectores son reclutar personas menores de 18 años y obligarlas a participar directa o indirectamente en las hostilidades. Mientras tanto el estatuto de Roma plantea como crimen de guerra “Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” (Ortega, 2015).

Considera la Corte Constitucional en la sentencia C-007 de 2018 que respecto del ordenamiento jurídico interno y el Estatuto de Roma, que existen dos diferencias relevantes, la primera de ellas tiene que ver con la descripción de las conductas castigadas en uno y otro ámbito; y la segunda, con la edad del sujeto pasivo de la conducta. Lo que genera un debate constitucional teniendo en cuenta que de acuerdo a los criterios acogidos se establecerá el ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016.

Teniendo en cuenta que en Colombia de forma reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado la importancia de la especial protección de los niños, niñas y adolescentes establecida en la Constitución (Hinestroza, 2008) y la obligación del Estado de garantizar la prevalencia de sus derechos, y el interés superior del niño, Colombia ha

¹⁵ **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.

adoptado los más estrictos estándares del derecho internacional para evitar que las personas menores de 18 años participen en los conflictos.

Así entonces, la Corte Constitucional en sentencia C-007 de (2018) describe lo siguiente, respecto al fundamento de la decisión:

A partir del *Amicus curiae* de la Unicef ante el Tribunal especial para Sierra Leona (TESL), las providencias del Tribunal citado y el número de ratificaciones y adhesiones al *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados* (PFCDNPCA), puede afirmarse que, por lo menos, al momento de entrada en vigor del referido instrumento para Colombia (**25 de junio de 2005**), la prohibición del reclutamiento de menores de 18 años, como un crimen internacional, forma parte del derecho consuetudinario y su comisión acarrea responsabilidad penal individual. La razón para escoger esta fecha parte de las siguientes consideraciones: (i) al 2001, cerca del 80% de los Estados con edad de reclutamiento obligatorio la establecían en 18 años o más, y la misma edad era establecida por 74 de los 126 Estados con reclutamiento voluntario; (ii) tanto el TESL como Unicef concuerdan en que el proceso de desarrollo relativo al reclutamiento de niños soldados menores de 18 años culminó con la codificación de la cuestión en el PFCDNPCA; (iii) Colombia fue el Estado número 98 en obligarse por el mencionado instrumento; y (iv) la adopción de esta posición no implica la definición de un crimen, sino únicamente la precisión acerca del estándar de aplicación de beneficios dentro de la Ley 1820 de 2016.

En razón de lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional decide declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, contenida en distintas disposiciones de la Ley 1820 de 2016 (artículos 23, 30, 46, 47, 52 y 57), la cual deberá entenderse así: “el reclutamiento de menores de 15 años en el caso de conductas ocurridas hasta el 25 de junio de 2005, y el reclutamiento de menores de 18 años en el caso de conductas ocurridas con posterioridad a esa fecha” (Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018).

Como puede observarse, la Corte Constitucional da un espectro más amplio a la exclusión de amnistías e indultos por delitos como el reclutamiento forzado de menores de edad, acogiendo los postulados de derecho internacional, sin embargo la expedición de la Ley 1922 de 2018 deja serias dudas respecto del derecho a la justicia de las víctimas, teniendo en cuenta que el proceso plantea en primera instancia un reconocimiento de verdad en los hechos delictivos que hayan cometidos los integrantes de las FARC-EP, y es evidente que ninguno de estos individuos reconocería la responsabilidad en casos de reclutamiento

forzados de NNA, teniendo en cuenta la magnitud de esta conducta punible, así mismos cuando se establece una medida de aseguramiento en los casos que no hay reconocimiento de responsabilidad, el proceso exige una individualización de los acusados, incluyendo sus nombres, los datos que sirvan para identificarlos y el domicilio de citaciones, lo cual difícilmente se conocerá, por lo tanto el procedimiento no avala los criterios de derecho a la justicia de las víctimas de hechos delictivos, mucho menos de los NNA víctimas de reclutamiento forzado.

3.3 Responsabilidad penal de los máximos responsables de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra en las FARC:

La preocupación de la comunidad penal internacional ante la falta de responsabilidad de los altos mandos de la FARC por los crímenes de guerra cometidos durante el conflicto armado colombiano tiene un trasfondo jurídico que demanda atención, teniendo en cuenta que se abre paso a la impunidad por la comisión de delitos que fueron ordenados por los altos mandos de las FARC en el marco de una estructura de poder organizado.

En este sentido, el artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 o Ley estatutaria sobre la Justicia Especial para la Paz estipula que, para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción, en este sentido la responsabilidad ya no será del mando sino la responsabilidad será por el mando, en donde efectivamente lo que se deja muy en claro es que las altas cabecillas no recibirán ningún tipo de condena explícita o reparadora porque ellos son los que ordenan no los que ejecutan (Daza, 2017). La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública o el grupo armado ilegal por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones

fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes (Olasolo, Mateus & Contreras 2016).

Al respecto Olasolo (2018) ha indicado que la responsabilidad de los superiores, indica que la Justicia Especial para la Paz deberá aplicar el Código penal, lo que representa un problema teniendo en cuenta que éste no recoge la Responsabilidad de los mayores jefes de las organizaciones, y los intentos de la Corte Constitucional Colombiana y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por igualar esta con la comisión por omisión y la autoría mediata por aparatos organizados de poder restringen de manera muy significativa su ámbito de aplicación.

Lo anterior debe tenerse en cuenta, para identificar a los máximos responsables de los delitos como el reclutamiento forzado de menores, teniendo en cuenta que el grupo armado ilegal de las FARC, donde el jefe o cabecilla del frente de la organización emite una orden criminal con el pleno conocimiento de que sus subordinados la ejecutarán (Huertas, Amaya & Malte, 2013).

Lo anterior teniendo en cuenta que no puede juzgarse únicamente a los mando medios o los miembros de esta organización, teniendo en cuenta que esto abre paso a que la comunidad internacional pueda aplicar intervenir, teniendo en cuenta los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Así entonces, como lo indica Quintero (2016) en el caso de que no existan mecanismos apropiados y efectivos de justicia transicional en caso de negociaciones y resoluciones de conflictos armados, para juzgar a los máximos responsables que perpetraron delitos como el reclutamiento de NNA, se abre la posibilidad de que la Corte Penal Internacional intervenga.

Conclusiones

El reclutamiento forzado de menores de edad es uno de los temas que se discutieron en las negociaciones del proceso de paz entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC. De lo anterior se derivaron una serie de compromisos frente a la desvinculación de todos los menores que se encontraban en sus filas, de los cuales no existe certeza del cumplimiento, lo que representa una falla estructural del proceso de paz

Sin embargo, no se examinó con detenimiento el grado de responsabilidad de los altos mandos o cabecillas de las FARC EP, ya que si bien la Ley 1922 considero algunos aspectos de tema, lo que realmente hizo fue acomodar a responsabilidad penal de los máximos responsables a procesos de reconocimiento de responsabilidad que no traerán como efecto el derecho a la justicia, frente a la comisión del reclutamiento forzado de NNA.

Lo anterior teniendo en cuenta que el reclutamiento forzado es considerado como crimen de guerra, y por lo tanto no puede ser objeto de indulto, amnistía o penas alternativas, así mismo debe tenerse en cuenta que la Corte Penal Internacional ha expresado la obligación de los Estados de juzgar este tipo de conductas y garantizar la reparación de las víctimas.

Así mismo, y de acuerdo a la Ley Estatutaria De La Administración De Justicia en La Jurisdicción Especial Para La Paz el delito de reclutamiento de menores de edad será juzgado por esta jurisdicción, que deberá priorizarlo en razón de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2017.

Sin embargo, no se ha hecho referencia al juzgamiento de los máximos responsables de este delito que son los cabecillas de las FARC EP, que tiene como fundamento lo expuesto sobre la autoría mediata en estructuras de organizados de poder organizado y la teoría del dominio del hecho. Si bien se definen unos lineamientos sobre la determinación de los mandos en la fuerza pública, no se hace referencia de manera explícita la aplicación de dichos criterios a los miembros de las FARC EP.

Referencias

Doctrina

- Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. (2016). ABC sobre la prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados al margen de la ley y grupos delictivos organizados. Madrid. Recuperado de: <http://repository.oim.org.co/handle/20.500.11788/397>
- Bacares Jara, C. (2015). Los niños, niñas y jóvenes desvinculados de los grupos armados ilegales en Colombia: ¿Víctimas de la violencia política o sujetos del delito? *Estudios Socio-Jurídicos*, 17 (2), 233-262. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0124-05792015000200008
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2017). Una Guerra Sin Edad. Bogotá: CNMH. Recuperado de: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/informes/informes-2018/una-guerra-sin-edad>
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento. (2017). Ley de amnistía y derechos de las víctimas en la implementación del acuerdo de paz en Colombia. Bogotá: CODHES. Recuperado de: http://www.codhes.org/~codhes/images/ley_ammnistia6_aprobada.pdf
- Cruz, B. E. (2016). Los niños víctimas de la guerra en el marco del conflicto armado en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/13951>
- Cubides, J., Reyes, D., & Castro, C. (2017). EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (CCV) Y SUS RELACIONES CON LA FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA. En: J. Cubides, O. Agudelo, D. Reyes, C. Castro, J. León, J. Torres, & O. Woolcott (Eds.), *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana* (2ª ed.), pp. 107-123. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.

- Cubides, J., Chacón, N., & Rodríguez, C. (2017). Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia: marcos de protección en el derecho internacional de los derechos humanos. En: J. Cubides (Ed.), *Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano* (2ª ed.), pp. 31-55. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Cubides, J & Sierra, P. A. (2018). Reparación integral de las víctimas de la justicia transicional: Historia, Debate y actualidad dentro del Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. En: Velandia, E. A. (2018). *Derecho Procesal Constitucional: Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. Bogotá: Universidad la Gran Colombia.
- Cubides, Vivas & Sierra (2018). Exordio conclusivo: De la responsabilidad internacional y la protección ambiental. pp. 311-316. En: Cubides, J. & Vivas, T. G. (2018). *Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y en etapas de posconflicto*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Daza, A. (2017). Autoría mediata en estructuras de poder organizado. Análisis de casos: Mapiripan y desaparecidos del palacio de justicia (1st ed.). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Hinestroza, V. (2008). Reclutamiento de niños y niñas: fenómeno invisibilizado, crimen manifiesto. *Oasis*, (13), 45-60. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/2442>
- Huertas, O., Amaya, C., & Malte, G. (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, 12 (23). Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a06.pdf>
- Lennon, M. I. H. (2006). Amnistía y prescripción en causas sobre violación de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, (2). Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126829/Amnistia-y-prescripcion-en-causas-sobre-derechos-humanos-en-chile.pdf?sequence=1>

- Londoño, A. (2015). *Cuál es el Objetivo de las FARC en el Proceso de Reclutamiento de Menores en el Conflicto Armado* (Tesis de Pregrado). Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Relaciones Internacionales y Estudios políticos. Armenia: Colombia. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7893/1/Londo%C3%B1o%20John%20Alexander%202015.pdf>.
- Matute, J. D. (2010). El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 263. Recuperado de: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32148601/kas_23685-1522-4-30.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1532967508&Signature=csSR7wiyBz6sMtCtFn3CZgmyuso%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDialogo_jurisprudencial_en_materia_de_a.c.pdf#page=252
- Mejía Azuero, J. (2009). *Meninos e Meninas Combatentes em Colômbia— sem direito de brinc. Prolegómenos - Derechos Y Valores*, 12(24). Recuperado de: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2484/2169>
- Olasolo, H., Canosa, J. (2018) “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Política criminal* 13 (25). pp. 444-500. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf
- Olasolo, H., Mateus, A., & Contreras, A. (2016). La naturaleza imperativa del principio "no hay paz sin justicia" respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada "justicia de transición". *Boletín mexicano de derecho comparado*, 49 (145). Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4994> .
- Ortega, M. F. (2012). *Protección de la infancia y adolescencia en asuntos de Derecho Internacional Humanitario en Colombia*. *International Law: Revista Colombiana de*

- Derecho Internacional, (20). Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/html/824/82424207003/>
- Ortiz, W. (2017). Reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes: de víctimas a victimarios. *Encuentros*, 15 (1), 147-161. Recuperado de:
<https://search.proquest.com/openview/7fd8f9bc19b2ef7f7f64ec22a1643d77/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2035945>
- Pachón, X. (2009). La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra. Center for Latin American Studies (Research, Working Paper Series No. 15. Recuperado de:
<http://Georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP15.Pdf>
- Quintero, M. (2009). Implicaciones del reclutamiento de menores de edad como violación de los derechos humanos e infracción al derecho internacional humanitario en las guerras del África por los recursos naturales 2004-2014. Tesis de Pregrado. Universidad Militar Nueva Granada, Relaciones Internacionales Y Estudios Políticos: Bogotá, Colombia. Recuperado de:
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7872/1/QuinteroFlorezManuelAntonio2016.pdf>
- Ramírez, G. (2017). Los derechos humanos a debate Perspectivas desde el derecho internacional (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Roberge, M. C. (1997). Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 22 (144), 695-710. Recuperado de:
<https://www.cambridge.org/core/journals/revista-internacional-de-la-cruz-roja/article/jurisdiccion-de-los-tribunales-ad-hoc-para-ex-yugoslavia-y-ruanda-por-lo-que-respecta-a-los-crimenes-de-lesa-humanidad-y-de-genocidio/17B1A78057559A8BF12864B12260F847>
- Sierra, P., Cubides, J. & Carrasco, H. (2016). Aspectos generales en el sistema interamericano de derechos humanos y en el derecho colombiano. En: Cárdenas, L. E., Soulé, H. C., Castro, C. E., Chacón, N., Martínez, J. A., Pinilla, J. E., Reyes, D.

- I., Sánchez, M. N., Sierra, P. A. & Cárdenas, J. C. (2016). El control de convencionalidad. Universidad Católica de Colombia.
- Sierra, P., & Cubides, J. (2017). Justicia Transicional Y Comisiones De La Verdad En Colombia. Mecanismos, creación, organización y Acuerdo de Paz. Grupo De Investigación Persona, Instituciones Y Exigencias De Justicia. Tipo A1 COLCIENCIAS Código COL0120899, 1 (1).
- UNICEF (2009). Estado mundial de la infancia: Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Editorial UNICEF. Recuperado de: <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=0csYuFuhl-YC&oi=fnd&pg=PA1&dq=convencion+de+derechos+del+ni%C3%B1o+y+reclutamiento&ots=hOSe2cZaYl&sig=eePJCo0VWmP1m-Pl42c84zKx3s0#v=onepage&q=convencion%20de%20derechos%20del%20ni%C3%B1o%20y%20reclutamiento&f=false>
- Unidad de Víctimas. (2018). Reportes - RNI. Recuperado de: <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Home/General>

Legislación

- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2017). ABC Ley De Amnistía, Indulto Y Tratamientos Penales Especiales. Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdf/ABC%20amnistia.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (2016). Ley 1820 de 2016 de diciembre 30. Diario Oficial 50.102 de 30 de diciembre de 2016.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-20. M. P Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-54. M. P Iván Humberto Escrucería Mayolo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia C-007. M. P Diana Fajardo Rivera.