

# ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO AL RECLUTAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO E IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO DE PAZ

6

Misael Tirado Acero

*Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo castigando a las personas que cometen tales crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional.<sup>352</sup>*

## Introducción

En el marco de los acuerdos de paz celebrados con las FARC y los acercamientos en términos de negociación con otros grupos rebeldes armados al margen de la ley como el ELN, no solo se hace necesario restaurar a las víctimas y perseguir la verdad de lo acontecido, sino individualizarlas y hacer énfasis en la reparación tanto por las masivas violaciones a los derechos humanos de la población como por la violación de las garantías constitucionales, en particular de mujeres y niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA); estos últimos son los más vulnerables en el marco de las violaciones al derecho internacional humanitario (DIH), que a su vez constituyen crímenes de guerra.

.....  
352 Tribunal Militar Internacional, *The Trial of German Major War Criminals. Proceeding of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, part 22* (Londres: H. M. Stationery Office, 1950), 447.

Los crímenes de guerra tienen su origen en las Convenciones de Ginebra de 1869, 1906, 1929 y 1949. Su definición y aplicación fueron perfeccionadas en 1977 con dos protocolos: el primero, sobre la protección de víctimas de conflictos internacionales y el segundo, referido a la protección de víctimas de conflictos no internacionales. Estos protocolos forman parte del denominado bloque de constitucionalidad o norma constitucional integrada, referente a la protección de NNA, por la Sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 171 de 1994 que aprobó el Protocolo II de Ginebra. Tiene como particularidad un rompimiento con el principio *princeps legibus solutus est*, lo que trae como resultado que la defensa de la soberanía estatal no conozca límites.

Según la Comisión Nacional de Memoria Histórica, en el período comprendido entre 1996 y 2005 se presentó la mayor oleada de violencia de las cinco décadas de conflicto. La Comisión resalta:

- En zonas de conflicto entre las Fuerzas Militares (FFMM) y los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) se han presentado confinamientos reiterados de las comunidades y privación de sus medios de subsistencia, así como de la ayuda humanitaria urgente.
- Los centros educativos en áreas rurales son utilizados tanto por las FFMM como por los GAOML para ubicar campamentos temporales. Esta situación ha derivado en la “siembra” de campos minados alrededor de centros educativos.
- Las mujeres en embarazo, las madres y NNA menores de 7 años de edad presentan problemas de nutrición, de acceso a la asistencia médica y a otros servicios fundamentales, situación que se presenta en particular entre las poblaciones confinadas, los desplazados y los habitantes de sectores cultivados de manera ilícita sometidos a programas de aspersión aérea.

Lo anterior trae como consecuencia la necesidad de crear sistemas de protección integral para NNA, quienes deben ser pensados como seres valiosos y estimables por y para la sociedad y, debido a sus características especiales, requieren una especial protección, la cual incluye procesos de empoderamiento que les permitan ser protagonistas de su proyecto de vida y actores de cambio social y materializar su condición de sujetos de derechos y deberes. Al ser la problemática de NNA víctimas del conflicto armado una materia de tan arraigado impacto en

la actualidad nacional, es preciso abordarla desde tres enfoques diferenciales: 1) el marco normativo; 2) la vinculación de NNA al conflicto armado, las razones o condiciones que les impulsaron a unirse a la lucha, la forma como han participado en él y las vulneraciones del DIH que han soportado —sobre todo NNA de minorías étnicas— y cómo han sido vulnerados sus derechos particulares frente al resto de la población civil, en una clara violación de las políticas públicas existentes en su favor, y 3) la situación particular de NNA desvinculados del conflicto armado, no solo respecto al trato que han tenido en atención a su calidad de “victimarios” y víctimas del conflicto en los procesos de responsabilidad penal, sino a las falencias en los procesos de protección de su calidad de niños.

### Marco normativo

Previo a cualquier consideración sobre NNA en el marco del conflicto armado, se hace necesario dotar al lector de un marco normativo de análisis que le permita entender sus derechos, así como la especial protección de la cual son sujetos en el marco del Estado social de derecho y el cuerpo normativo del derecho internacional, en especial en términos de DIH y derecho internacional de derechos humanos (DIDH) que los amparan y castigan su vinculación al conflicto armado.

De acuerdo con la Constitución:

[...] los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás [...] la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.<sup>353</sup>

De allí que la Corte Constitucional haya reiterado en múltiples ocasiones que

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarro-

.....  
353 Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), art. 44.

llo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.<sup>354</sup>

Ese pronunciamiento de la Corte se halla en concordancia con la Declaración de derechos del niño, de 1959, mediante la cual se dotó de una serie de derechos a NNA y se introdujo el concepto de interés superior del menor. Fue complementada mediante la Convención de los derechos del niño, de 1989, en la que se delimitó y perfeccionó el concepto:

[...] la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 desarrolló el concepto de interés superior del niño, acuñado en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, y creó la obligación y el derecho a ser escuchados en todas las decisiones que los afecten. Dicha situación estableció un nuevo paradigma del niño como sujeto de derechos.<sup>355</sup>

Frente a lo anterior ha expresado la Corte Constitucional:

Para establecer cómo se satisface el interés superior se deben hacer consideraciones de dos tipos: i) fácticas: referidas a las circunstancias específicas del caso en su totalidad; y ii) jurídicas: referidas a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños. Sobre este asunto, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que “las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés.<sup>356</sup>

Hasta ahora se han abordado las normas que consagran una especial protección para NNA; no obstante, es preciso elucidar el origen de esta protección constitucional. Se hace referencia a los Convenios de Ginebra desde 1949, que constituyen la primera herramienta internacional en favor de la protección de la población civil en desarrollo de la guerra, en particular su Protocolo II, que insta a los grupos armados a no reclutar NNA.

.....  
354 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-557 de 12 de julio de 2011*, M. P. María Victoria Calle Correa.

355 Carmen Torres, *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el proceso penal colombiano. Los actos urgentes en la revictimización* (Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, 2015), 44.

356 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-044 de 31 de enero de 2014*, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Asimismo, la Declaración de Montevideo, de 1999, frente al desolador panorama —para la fecha 300.000 menores de 18 años participan en conflictos armados en todo el mundo— pidió a los Estados parte implementar medidas de prevención y sanción para desincentivar el reclutamiento de menores de edad, a la vez que perseguir la reintegración y reinserción social de los menores de 18 años soldados y otorgar amnistías o afines a los militantes de este grupo poblacional.

A las disposiciones normativas ya enunciadas debe agregarse la prohibición explícita de reclutar menores de 15 años que contiene el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, normatividad adoptada por el Artículo 38 de la Convención internacional de los derechos del niño y por el Protocolo facultativo a dicho documento relativo a la participación de niños en conflictos armados; en él se aumenta la edad de reclutamiento a 18 años, disposición aprobada por el Congreso de la República mediante Ley 833 de 2005.

Por su parte, el Convenio 182 de la OIT establece que el reclutamiento y la participación de los menores de edad en los conflictos armados constituyen las peores formas de trabajo infantil y por tanto es necesario adoptar medidas tendientes a su erradicación.

El Estatuto de Roma prohíbe expresamente “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”,<sup>357</sup> en tanto dicha conducta es un crimen de guerra, al cual es posible conectar aquellos delitos sexuales que recaen dentro del ámbito de competencia del control de la CPI por su magnitud y naturaleza, así como los delitos de desplazamiento, homicidio y tratos crueles e inhumanos, puesto que también se obliga a los menores de algunos grupos étnicos minoritarios a atentar contra su colectividad en el marco de las actividades bélicas.

El problema de la violencia sexual en el marco de los conflictos armados de carácter nacional e internacional ha sido invisibilizado históricamente, pese a ser considerado crimen de guerra. El concepto de la conducta punible no es claro ni está definido en el Protocolo I adicional (arts. 75-2 y 76-1) y II adicional (art. 4-2-e) ni en el IV Convenio de Ginebra (art. 27-2) y no se asume como una violación grave, sino como una forma de tortura.

.....  
357 Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma*, art. 8, num. 2b.

Frente a la normativa nacional, se tiene que en concordancia con la Ley 418 de 1997 se prohíbe el reclutamiento de menores de 18 años, salvo que se presente una manifestación de voluntad conjunta entre el menor y los padres para la prestación del servicio militar; dicha disposición fue modificada por la Ley 548 de 1999, modificada a su vez por la Ley 782 de 2002. El Código Penal establece como conducta punible el reclutamiento ilícito: “El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de 18 años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de 6 a 10 años”.<sup>358</sup>

El contenido de la norma penal internacional exige una breve diferenciación entre el concepto de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra: el primero es “un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”,<sup>359</sup> en tanto los crímenes de guerra, “cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.<sup>360</sup>

Estos conceptos se encuentran intrínsecamente ligados a los de derechos humanos. Estos últimos son el punto de partida para la protección internacional de los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de la persona (art. 3), la prohibición de la tortura, tratos crueles e inhumanos o degradantes (art. 5), así como igualdad ante la ley de las personas sin distinción alguna (art. 7).<sup>361</sup>

De acuerdo con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), un crimen no constituye un crimen de guerra por el simple hecho de haber ocurrido en el contexto de un conflicto armado y afirma:

Cuando el país se encuentra en una situación de conflicto armado, los crímenes cometidos en este período de tiempo podrían ser considerados como si hubieran sido cometidos en el contexto de este conflicto. Sin embargo, esto no significa que todos

358 Colombia, Congreso de la República, *Código Penal y de Procedimiento Penal*, art. 162.

359 Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma*, art. 7.

360 Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma*, art. 8.

361 Organización de las Naciones Unidas [ONU], *Declaración universal de los derechos humanos* (París, 10 de diciembre de 1948).

esos crímenes tienen una relación directa con el conflicto armado y que todas las víctimas de estos crímenes son víctimas del conflicto armado (traducción propia).<sup>362</sup>

Para que un crimen sea susceptible de ser considerado como un crimen de guerra debe cometerse en el conflicto armado, el cual existe cuando una confrontación entre dos partes “[...] tiene suficiente intensidad y duración temporal del recurso a la violencia por parte de los grupos armados implicados, es decir una violencia armado-prolongada”.<sup>363</sup> Pese a todo el marco normativo existente para la protección de los menores vinculados al conflicto armado, la norma se ha mostrado ineficiente para el conflicto armado colombiano, como ha sucedido con la distinción entre beligerantes y población civil. Lo anterior condujo a que la Corte Constitucional afirmara:

El reproche penal de aquellas conductas cometidas contra personas que no hacen parte de las hostilidades, es decir, contra las personas protegidas, guarda indiscutible relación con una de las principales reglas básicas de la guerra como es el principio de distinción, en virtud del cual, dentro del conflicto armado es obligatorio diferenciar entre combatiente y no combatiente, y entre objetivo militar, bienes protegidos y bienes de la población civil.<sup>364</sup>

Si bien es cierto que las normas de *ius cogens* protegen a los menores ante dichas actividades desde tiempo atrás, no fue sino hasta 2009, con el caso contra Thomas Lubanga Dyilo —acusado por crímenes de guerra en la República Democrática del Congo— frente a la Corte Penal Internacional (CPI) que dichas garantías se vieron materializadas en una decisión judicial. La sentencia contra Lubanga fue el primer caso en el que se reconoció la gravedad que tienen el reclutamiento, el alistamiento y la conscripción de niños soldados menores de 15 años para que participaran activamente en hostilidades étnicas, reclutados para su organización armada entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003. La sentencia emitida el 14 de marzo de 2012 declaró culpable a Lubanga por crímenes de guerra, aunque la pena no fue ejemplarizante, toda vez que fue condenado a pagar con privación de la libertad solo por catorce años; si bien se aprecia la no

362 Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR], *Clément Kayishema y Obed Ruzindana ICTR-95-1-T*. (Arusha, Tanzania, 21 de mayo de 1999), 219.

363 Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2011), 23-24.

364 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

prescripción de estos crímenes, también se observa que no hay mayor sanción ni resarcimiento.

### Niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto armado

*El auténtico problema de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es ya fundamentarlo, sino el de protegerlos. Aun cuando se encuentran normativamente declarados, no siempre están objetivamente protegidos.*<sup>365</sup>

Lo que en la actualidad es interpretado como el conflicto armado colombiano tiene sus raíces en la década del cincuenta, a consecuencia de la omisión, en cabeza del Estado, frente a la asistencia a la población civil y de la ausencia de garantías sustanciales y procesales para la materialización y el desarrollo de los derechos humanos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y documentos complementarios. Ello condujo a la aparición gradual de condiciones que propiciaron situaciones de violencia y desembocaron en el conflicto armado; más adelante este se desdibujó en sus fines y formas, debido a su duración y a la interrelación entre las conductas beligerantes y el narcotráfico, el tráfico de armas, la extorsión, el secuestro, la trata de personas y la pérdida de territorio.

El trabajo de la Comisión histórica del conflicto y las víctimas (CHCV) parece indicar que el conflicto armado interno ha dado lugar al surgimiento de múltiples actores y movimientos sociales, en parte como una respuesta a la incapacidad del bipartidismo para representar los intereses de todos los ciudadanos y abanderar sus reivindicaciones, en particular aquellas derivadas de las demandas de los trabajadores, la necesidad de una reforma agraria estructural, el homicidio de Jorge Eliécer Gaitán, la creación del Frente Nacional, la expedición del nefasto y perjudicial Estatuto de seguridad de 1978, la aparición de las FARC-EP, del ELN y del M-19, el surgimiento del narcotráfico y los procesos de desmovilización, entre otros sucesos, que terminaron trayendo consecuencias negativas sobre la población civil, incluso NNA como población vulnerable, en particular por el reclutamiento ilegal.

La documentación y el reconocimiento hechos por la Comisión tuvieron la finalidad de fundamentar fácticamente futuros procesos penales o la realización

.....  
<sup>365</sup> Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Sistema, 1991), 61.



de ejercicios de memoria y reparación como las comisiones de la verdad, encaminadas a cumplir con las obligaciones estatales en materia de DIDH frente a las más de 6.996.539 víctimas, por cuanto la función judicial ha demostrado ser ineficiente para su protección y reconocimiento, pues solo se les ha reconocido esta condición a un total de 204.495 personas.

La existencia de un registro de víctimas del conflicto armado no significa que estas hayan sido reconocidas o reparadas mediante sentencia. Muchos miembros adultos de grupos armados con vinculación de NNA deben ser reconocidos como víctimas, pues su ingreso a dichos grupos se produjo cuando eran menores de edad. Esta situación se muestra con claridad en el informe *Como corderos entre lobos*, en el cual se determinó que aproximadamente el 52,3 % de los combatientes adultos del ELN, el 50,14 % de las FARC y el 38,12 % de las AUC eran menores de edad en el momento de su incorporación.<sup>366</sup>

De allí que en el conflicto armado les sea asignado un doble rol a los NNA, en tanto víctimas y victimarios, impuesto este último como resultado de su participación en el marco de las hostilidades: cerca de “4 de cada 10 combatientes [de las FARC] son niños, es decir el 42 % de la fuerza”,<sup>367</sup> situación similar a la del ELN. En cuanto a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y al proceso de desmovilización del año 2006 es posible afirmar que:

[...] los grupos paramilitares no se extinguieron y aproximadamente cuatro de cada diez combatientes de estos grupos (40 % del pie de fuerza) son niños y niñas [...] el reclutamiento de niños y niñas por parte de Bandas Criminales supera el 50 % de su pie de fuerza y que son los que más reclutan niños y niñas en la actualidad.<sup>368</sup>

Existe una ineficacia de las normas, así como de los pactos firmados, encaminados a prohibir o prevenir el reclutamiento de menores de edad a grupos armados al margen de la ley. Dicha ineficacia se predica aun frente a las Fuerzas Armadas estatales, las cuales han sometido de forma recurrente a NNA a circunstancias de riesgo y violencia, incluso de índole sexual, en el ejercicio de actividades militares.

366 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* (Bogotá: Centro de Memoria Histórica, 2012), 27.

367 Springer, *Como corderos entre lobos*, 30.

368 Springer, *Como corderos entre lobos*, 30.

A propósito de estas manifestaciones de violencia, la Defensoría del Pueblo denuncia: “En octubre de 2012, en Nariño, al parecer, soldados del Ejército Nacional de Colombia cometieron abusos sexuales por lo menos contra 11 niñas, la mayoría de ellas de ascendencia afrocolombiana, incluida una niña de 8 años”;<sup>369</sup> a lo anterior se debe sumar el alto número de menores de edad que han quedado embarazadas por militares estadounidenses en las bases definidas por el Plan Colombia.

Luego de 2001 se ha venido violando sistemáticamente las directrices internacionales en materia de defensa y amparo de los derechos de NNA como sujetos de especial protección,<sup>370</sup> en tanto se ha generado un espacio propicio para su victimización dentro del conflicto armado, en especial como sujetos pasivos del delito de reclutamiento ilegal, bien sea por falsas promesas o por el uso de la fuerza.<sup>371</sup> Ello hace de los menores, víctimas también desde una dimensión no letal del conflicto:

[...] que acarrea consecuencias igualmente graves. Al 31 de marzo del 2013, el RUV reportó 25.007 desaparecidos, 1.754 víctimas de violencia sexual, 6.421 niños, niñas y adolescentes reclutados por grupos armados, y 4.744.046 personas desplazadas. El trabajo de Cifras & Conceptos para el GMH reporta 27.023 secuestros asociados con el conflicto armado entre 1970 y 2010, mientras que el Programa Presidencial de Atención Integral contra Minas Antipersonal (PAICMA) reporta 10.189 víctimas de minas antipersonal entre 1982 y 2012.<sup>372</sup>

Los menores víctimas del conflicto armado no solo son separados de forma violenta de su núcleo familiar para formar parte de grupos armados al margen de la ley, sino que al ser “incorporados” a dichas estructuras de poder son víctimas de entrenamientos que destruyen su individualidad y personalidad, con lo que se inicia un proceso de automatización de los individuos que supone “la negación de

369 Defensoría del Pueblo, *Informe defensorial. Prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la política pública con enfoque étnico* (Bogotá: Autor, 2014), 257.

370 César Oliveros y Misael Tirado, “Los derechos de la niñez: el paradójico contraste entre validez y eficacia”, *Iusta* 1, núm. 34 (2011): 192.

371 José Francisco Acuña Vizcaya y Jenny Carolina Gómez Serna, ¿Judicialización de niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto armado? Niños en la guerra: protegiendo y restituyendo sus derechos (Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2007), 20.

372 Mario Aguilera Peña, *Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949-2013. Informe del Centro Nacional de Memoria Histórica* (Bogotá: Imprenta Nacional, 2014), 33.

los derechos fundamentales de los más débiles, el desconocimiento de su dignidad humana, la imposibilidad de su derecho a decidir; en definitiva, la supresión de toda manifestación de libertad”.<sup>373</sup>

Debido a sus características particulares, NNA son un “recurso” táctico relativamente fácil de conseguir.

[...] el 2 % de menores extraoficialmente, le colaboran al Ejército o a la Policía Nacional, son los que llevan y traen razones, informan (inteligencia) y les sirven de guía a los guerrilleros a cambio de determinados factores o remuneración. El estudio arrojó que un 3 % de la población menor de edad partícipes de la guerra pertenecen a las AUC, un 10 % al ELN, el 1% al EPL y el 71 % a las FARC.<sup>374</sup>

En el marco de los diálogos de paz, Francisco Gutiérrez expresó que al menos 8.000 NNA han sido vinculados de manera ilícita por las FARC al conflicto armado colombiano y reiteró que no existen registros sobre los delitos de violencia sexual.<sup>375</sup> Durante los diálogos, las FARC-EP anunciaron que no reclutarían menores de 17 años y afirmaron que con frecuencia NNA reclutados por la guerrilla han sido utilizados a menudo por el Estado y las FFMM en labores de inteligencia.

Por otra parte, muchos menores también han sido víctimas de desplazamiento armado, entendida esta condición como la de:

Toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de las violaciones a las que se refiere el artículo 3o de la presente Ley.<sup>376</sup>

El número de niños desplazados es de más de un millón, quienes presentan mayor vulnerabilidad de pasar a engrosar las cifras de pobreza en las grandes

373 Paula Andrea Ramírez, “El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano: aproximación al crimen de guerra”, *Derecho Penal y Criminología* 31, núm. 90 (2010): 116.

374 César Oliveros y Misael Tirado, *La niñez en el conflicto armado. Una mirada desde la sociología jurídica y la semiótica del cine* (Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, Legis, 2012), 20.

375 Comisión histórica del conflicto y sus víctimas, “Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia”, [http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi\\_n%20Hist\\_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20v\\_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf](http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20v_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf) (acceso noviembre 11, 2017).

376 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1448 de 2011*, art. 60, par. 2.

urbes, situaciones fácticas que incrementan la probabilidad de ser reclutado por bandas criminales y disminuyen las posibilidades de recibir una correcta atención en salud y educación;<sup>377</sup> de allí que el mismo reconocimiento de este fenómeno conlleve aparejada la necesidad de considerarlo como un crimen de guerra y no como un simple daño colateral desafortunado. Entre estos existen, al menos:

48.915 víctimas de violencia sexual menores de 18 años, 41.313 niñas y 7.602 niños, en 1.070 municipios de los 1.130 existentes en el país, lo anterior implica que cerca de 275 niños, niñas y adolescentes han sido agredidos sexualmente a diario en el territorio nacional en el marco del conflicto armado, durante el período referido. Esto es 365 registros más que aquellos contenidos en las cifras públicas del Registro Único de Víctimas.<sup>378</sup>

La comisión de estos delitos exige a los entes estatales que se reparen y restauren los derechos de los menores involucrados. El ICBF reportaba para el año 2013 la atención de:

5.156 niños, niñas y adolescentes desvinculados durante el periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 1999 y el 31 de marzo del 2013 [...]. El 17 % de los menores de edad fue rescatado por la Fuerza Pública y el 83 % se entregó voluntariamente. De este universo, el 72% son niños y adolescentes hombres, y el 28 % niñas y adolescentes mujeres. A partir de los testimonios de los niños, niñas y adolescentes cobijados por el Programa, se identificó como principales reclutadores a las FARC, con 3.060 casos (60 %), luego a las AUC, con 1.054 casos (20 %), y por último al ELN, con 766 casos (15 %).<sup>379</sup>

Los crímenes de guerra contra NNA son el resultado de factores como la inequidad social, desconocimiento de los derechos, no acceso a la justicia integral, falta de bienestar y protección del núcleo familiar en razón del desplazamiento forzado. No obstante, pese a la norma constitucional integrada, la vulneración de los derechos de los menores sigue siendo una realidad palpable, tanto por las actuaciones de los agentes del Estado como por miembros de grupos armados

.....  
377 ABColombia, "Women and Children", <http://www.abcolombia.org.uk/mainpage.asp?mainid=77> (acceso septiembre 30, 2017).

378 Campaña Violaciones y otras violencias, *¡Que dejen de cazar a las niñas y los niños! Informe sobre violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes en el conflicto armado en Colombia* (Bogotá: Autor, 2014), 6.

379 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Niños, niñas y adolescentes desvinculados. Sistema de Información Programa Especializado* (Bogotá: Autor, 2013), 3, citado en Aguilera Peña, *Guerrilla y población civil*, 84.

ilegales. A su vez se presentan procesos de invisibilización de tales atrocidades, para evitar la reparación y los procesos de creación memorística del país.

En cuanto a la comisión de delitos contra los menores de edad, se tiene que para el caso de las masacres y delitos en masa:

El GMH pudo identificar 405 niños, niñas y adolescentes entre las víctimas de los actores armados, lo que representa el 3,4 % de los casos documentados para el periodo 1980-2012. De hecho, atacar a los niños, niñas y adolescentes en las masacres se convirtió en una acción intencionalmente infligida para devastar a los sobrevivientes y comunicar a los enemigos el colapso de cualquier límite moral en el conflicto armado. En esa misma perspectiva se inscribe el asesinato de 85 adultos mayores.<sup>380</sup>

Es evidente que la participación de NNA en el conflicto armado obedece en mayor o menor medida a “las condiciones de pobreza y extrema violencia que se viven en las zonas rurales del país [y] han llevado a que la mayoría de la población infantil y juvenil que se recluta sea campesina, indígena o afrodescendiente”.<sup>381</sup>

Las tipologías de los menores de edad que ingresan al conflicto armado son tres:

[...] los que nacen en un ambiente bélico, en donde uno o varios de sus familiares ha pertenecido a grupos organizados al margen de la ley, los que nacen en familias disfuncionales, frecuentemente violentados en el seno de sus hogares y los que padecen precariedad económica.<sup>382</sup>

La participación de NNA en grupos al margen de la ley tiene dos posibles explicaciones: la determinista y la no determinista. La primera de estas “es una decisión producto de condiciones sociales como la pobreza, la violencia intrafamiliar, la carencia educativa entre otros factores que coaccionan el decidir del menor”.<sup>383</sup> La explicación no determinista “valida la voluntariedad de ingreso a partir de las causas de incorporación como el deseo de poder, la identificación ideológica o inclusive de progreso económico”.<sup>384</sup>

.....  
380 Aguilera Peña, *Guerrilla y población civil*, 54.

381 Angélica Remolina Marín, “Los niños, niñas y jóvenes excombatientes en el conflicto armado colombiano. ¿Sujetos de derecho u objetos de asistencia?” en *Niñez y ciudadanía*, ed. Osvaldo Torres (Santiago: Pehuen, 2011), 169.

382 Olga Lucía Valencia y María Fernanda Daza, “Vinculación a grupos armados: un resultado del conflicto armado en Colombia”, *Diversitas. Perspectivas en Psicología* 6, núm. 2 (2011): 225, citado en Oliveros y Tirado, *La niñez en el conflicto armado*, 41.

383 Oliveros y Tirado, *La niñez en el conflicto armado*, 41.

384 Oliveros y Tirado, *La niñez en el conflicto armado*, 41.

El Instituto Interamericano del Niño considera que son cinco fenómenos los que determinan las posibilidades de NNA de incorporarse al conflicto armado colombiano.<sup>385</sup> La primera es la prolongación y la deshumanización del conflicto, hasta el punto de utilizarse menores de edad como “peones” de reemplazo para los soldados caídos. Las condiciones del conflicto son “tan heterogénea[s], que no puede[n] definirse o esquematizarse en una guerra; además, la realidad muestra que los grupos armados están formados en su gran mayoría, de manera forzada y no con la participación voluntaria”.<sup>386</sup>

El segundo fenómeno es el uso de armas pequeñas y ligeras que facilitan su manipulación por parte de NNA. El tercero es la ubicación geográfica del menor de edad, que se encuentra en lugares sin ley y consumidos por el conflicto. El cuarto es el nivel socioeconómico de los menores y sus familias, acompañado de la promesa de mejorar sus ingresos si forman parte de la confrontación: “[...] el conflicto armado colombiano ha tomado un nuevo rumbo en donde las pretensiones económicas han motivado el mismo en detrimento de las aspiraciones políticas e ideológicas que exponen los actores armados”.<sup>387</sup>

En respaldo a lo anterior, existen constantes denuncias según las cuales el acercamiento inicial de NNA a los grupos armados es mediante su trabajo en campos de cultivos ilícitos:

La economía de la coca les permitió a las FARC no solo desarrollarse militarmente sino, convertirse en la autoridad regulatoria en unos espacios territoriales en los cuales el Estado estaba ausente y, por esta vía ampliar su capacidad de representación y de reclutamiento.<sup>388</sup>

El último factor en cuestión es el nivel educativo: “[...] un 30 % de la población no registra ningún nivel educativo. Además, un 32,4 % de personas indígenas responden no saber leer ni escribir”.<sup>389</sup>

385 Instituto Interamericano del Niño, *Niños, niñas y adolescentes involucrados en conflictos armados* (Montevideo: IINN-OEA, 2002), 51.

386 Oliveros y Tirado, *La niñez en el conflicto armado*, 16.

387 Oliveros y Tirado, *La niñez en el conflicto armado*, 31.

388 Comisión histórica del conflicto y sus víctimas, “Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia”, 58.

389 Defensoría del Pueblo, *Ruta de atención, asesoría y orientación a víctimas pertenecientes a pueblos indígenas de acuerdo con el Decreto Ley 4633 de 2011* (Bogotá: Autor, 2012), 113.

Por su parte, NNA de población indígena —reclutados usualmente bajo promesas económicas o amenazas— cumplen con frecuencia el papel de informantes, traductores y guías, situación que muchas veces deriva en que sean víctimas de ejecuciones extrajudiciales, como “una violación que puede consumarse, en el ejercicio del poder del cargo del agente estatal, de manera aislada, con o sin motivación política, o más grave aún, como una acción derivada de un patrón de índole institucional”.<sup>390</sup>

La participación de NNA indígenas en el conflicto abre la posibilidad de que cometan delitos contra su propio pueblo, como ocurrió en el pueblo nasa cuando dos guardias indígenas murieron a manos de guerrilleros de las FARC menores de edad pertenecientes a esta comunidad.

La conducta de reclutamiento de menores de edad se ha erigido como un fenómeno difícil de caracterizar, pues no son pocos los factores que impiden su cabal abordaje, incluidas la falta de comunicación oportuna y la información, la ausencia de denuncias y la falta de estudios académicos. Tales situaciones evidencian la incidencia de los procesos de reclutamiento y de las actuaciones de los actores armados en la pérdida de rasgos de una comunidad que desembocan en anomia social y en “daños colaterales” enmarcados en delitos como la violencia sexual o la privación de la educación, por citar algunos ejemplos.

En el caso de NNA de los pueblos indígenas se suma una condición colectiva de víctimas, que se colige de la afectación que sobreviene a la comunidad en razón a la victimización de uno de sus integrantes, de líderes comunitarios o de integrantes de gran relevancia para el pueblo. Todo esto impacta negativamente en la estructura y los derechos colectivos del pueblo, en especial por la relevancia que presenta para las comunidades indígenas tanto en su ámbito particular como en la estabilidad comunitaria.

La vulneración a los derechos de NNA de comunidades negras no solo obedece al escenario del conflicto armado, sino que se remonta a la época de la Colonia; si bien no es posible sistematizar de manera uniforme e histórica la violencia ejercida sobre este grupo poblacional, existe cierta unanimidad en sostener que su llegada a América Latina fue el resultado de la trata esclavista o diáspora africana que se originó en el siglo XV. Tal fenómeno se presentó en Colombia debido a una

390 Humberto Henderson, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, *Revista IIDH* 43 (2006): 285.

necesidad de mano de obra —no satisfecha por los pueblos indígenas— para la minería y servidumbre de los emisarios de la Corona: “En la historia colombiana se piensa al negro como un sujeto simple y pasivo de disposición, que sólo vino a América a reemplazar la población aborigen que se estaba extinguiendo”.<sup>391</sup>

Esa vulneración se constata en que, desde el momento en el que inició la coexistencia de tres etnias (blanca, negra e indígena), se viene presentando un proceso de blanqueamiento y aculturación de las comunidades afro, lo que produjo una pérdida de su identidad que persiste en virtud del conflicto armado interno. La ausencia de ayuda estatal en el marco del conflicto armado ha influido severamente en la precarización del entorno de vida de la población afrodescendiente, realidad que se observa en: i) pobreza; ii) exclusión social, racismo y discriminación, y iii) procesos de victimización vividos por dicha comunidad.

Acerca de exclusión social, racismo y discriminación, cabe mencionar que, aun tras los esfuerzos realizados con la Constitución de 1991 para reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación, sigue presentándose una notoria indiferencia ante este sector y que:

[...] persista una brecha significativa entre los beneficios que recibe la población “no étnica” y los que obtienen los afrodescendientes, haciendo visible que el 41,8% de la población afrodescendiente tiene sus necesidades básicas insatisfechas frente a un 29,9% de la población no étnica.<sup>392</sup>

Como víctima del conflicto, la comunidad afrodescendiente ha sido sujeto de graves violaciones al DIH como lo advierte la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, que concluyó:

La situación de la población afrocolombiana es bastante preocupante en torno a la realización de los derechos humanos sobre la base de su particularidad cultural. Existen graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario en los municipios de mayor participación de población afrocolombiana, especialmente en la región del Pacífico [...] Inclusive, se ha vulnerado el mecanismo de consulta previa, que es el

391 Eduardo Restrepo y Axel Rojas, *Afrodescendientes en Colombia: una compilación bibliográfica* (Popayán: Universidad del Cauca, 2008), 24.

392 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], *Afrocolombianos: sus territorios y condiciones de vida* (Bogotá: Autor, 2011), 14.



•Análisis sociojurídico al reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco...

único instrumento que les permite a las comunidades la protección de agentes externos que atenten contra sus derechos como grupo étnico.<sup>393</sup>

NNA de comunidades étnicas son sujetos de doble protección institucional: por un lado, debido a su edad y por otro, a su filiación étnica, lo que exige al Estado destinar mejores recursos para garantizar sus derechos. Los programas de desmovilización nacional han recibido, entre octubre de 1999 y junio de 2014, 5.544 NNA desvinculados. Durante el primer trimestre de 2014 se atendieron 72 NNA, de los cuales el 14 % (diez NNA) procedía de una comunidad étnica; para el segundo trimestre, un total de 65 menores de edad, de los cuales dieciséis eran indígenas. Asimismo: “El Observatorio del Bienestar de la Niñez reporta la atención a 135 niños, niñas y adolescentes entre el 2007 y el 2013 desvinculados de Bandas Criminales”.<sup>394</sup>

La gravedad de las violaciones a los derechos humanos en el contexto de regímenes dictatoriales o conflictos armados en América Latina ha hecho imperativa la implementación de procesos de justicia transicional para lograr la paz, cuyo éxito o fracaso radica en cumplir su cometido sin que la impunidad sea el común denominador en la superación del conflicto. Uprimny afirma que “los procesos transicionales enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”.<sup>395</sup>

## Niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto armado

[...] *la construcción histórica se consagra a la memoria de los que no tienen nombre.*<sup>396</sup>

En los procesos de paz y superación de violencia latinoamericanos, la reconciliación y la amnistía han sido el común denominador; sin embargo, se ha instalado en estos:

393 PNUD, *Afrocolombianos*, 65.

394 Departamento Nacional de Planeación [DNP], “Base del Plan nacional de desarrollo 2014-2018”, <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Bases%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo%202014-2018.pdf> (acceso octubre 1, 2017).

395 Rodrigo Uprimny, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades” en *Justicia transicional sin transición: reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*, Rodrigo Uprimny, María Paula Saffon, Catalina Botero y Esteban Restrepo (Bogotá: DeJusticia, 2006), 110.

396 Walter Benjamin, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos* (Bogotá: Desde abajo, 2010), 11.

[...] un modelo de impunidad caracterizado por la ausencia de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de los crímenes del pasado, aunque se intentó compensar a las víctimas con cierta dosis de verdad y algunas medidas de reparación mediante, por ejemplo, mecanismos extrajudiciales, como comisiones de la verdad y programas administrativos de reparación.<sup>397</sup>

De allí que el modelo retributivo de justicia altamente punitivista, adversarial (víctima-victimario), heterocompositivo (solución en manos de jueces y profesionales del derecho) no es ideal para ser aplicado en el posconflicto. En su lugar es una mejor alternativa el modelo restaurativo de justicia, cuya implementación debe apuntar a recuperar o restaurar los lazos sociales rotos por la guerra; después de todo, este “pretende que el núcleo de la intervención del aparato de justicia, sea la consideración prioritaria de la víctima y su relación con el victimario y la reparación del daño infligido”.<sup>398</sup>

Este modelo de justicia tiene sus orígenes como crítica al modelo de justicia retributiva, el cual buscaba el castigo como consecuencia del delito y mantenía la decisión judicial como venganza final y único mecanismo de reparación para las víctimas, situación que en la justicia restaurativa se transforma, al incluir tanto a la víctima como al victimario en la solución del conflicto por medio del diálogo y de la reconciliación.

Desde la premisa de que el delito es un daño que una persona le infringe a otra —más que un hecho típico, antijurídico y culpable— se pretende que las partes (ofensor-víctima) determinen cuál es la reparación más adecuada para uno y la pena más coherente para el otro, de forma pacífica y sin la intervención del sistema punitivo penitenciario y carcelario.<sup>399</sup>

El uso de este modelo en un proceso de transición hacia la paz favorece a la sociedad en su conjunto. Esto se debe a que la vergüenza sentida por el victimario se ve disminuida al reparar a la víctima, lo cual reduce las tensiones sociales y

397 Luis Miguel Gutiérrez Ramírez, “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”, *Estudios Socio-Jurídicos* 16, núm. 2 (2014): 28.

398 Édgar Octavio Gómez Torres, “La tensión entre la justicia retributiva y restaurativa en el modelo de justicia transicional colombiano: el caso de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de reclutamiento ilícito en el proceso de justicia y paz” (tesis de Maestría, Universidad Santo Tomás de Aquino, 2015), 86.

399 Gómez Torres, “La tensión entre la justicia retributiva y restaurativa en el modelo de justicia transicional colombiano”, 98.

facilita el proceso de reinserción a la sociedad. Este proceso es de vital importancia en el caso de los menores infractores, pues:

[...] opera como un proceso formativo de la responsabilidad de los jóvenes frente a su propio proyecto de vida, a las personas víctimas de sus acciones y a la comunidad a la que pertenecen. Por lo tanto, es un proceso educativo de toma de conciencia.<sup>400</sup>

La restauración en cuestión supone para la víctima la posibilidad de volver a confiar en la sociedad, porque cuando una persona es violentada, se presenta por regla general un sentimiento de desconfianza en torno a sus relaciones sociales. “La comunidad por su parte se beneficia en tanto el victimario puede contribuir al mejoramiento de áreas comunales, o puede tratarse de un determinado trabajo con la misma comunidad”.<sup>401</sup> A su vez, “el Estado, como garante de la paz, se ve altamente beneficiado, pues ante el colapso de las instituciones carcelarias y judiciales, la justicia restaurativa se encargará de ‘disminuir la carga de los operadores judiciales y agilizar el mismo’”.<sup>402</sup>

La Ley 975 de 2005 intentó abordar lo concerniente a NNA vinculados al conflicto armado, situación social que constituye una marginalidad en los procesos de transición.<sup>403</sup> Ahora solo dos artículos (el 10 y el 64) hacen alusión a NNA vinculados al conflicto; el Artículo 10 establece que NNA reclutados deben ser entregados para iniciar procesos de desmovilización colectiva. La Corte Constitucional afirmó que la entrega de NNA no conllevaba a una pérdida de los beneficios otorgados (art. 64), a la vez que no exime de responsabilidad penal a los actores que hayan cometido graves violaciones al derecho internacional.<sup>404</sup>

400 Cívis-Suecia. Colectivo Hombres y Masculinidades, *Proyecto jóvenes sin fronteras. Nuevas masculinidades* [documento interno de trabajo] (Bogotá, 2007), 16.

401 Cívis-Suecia. Colectivo Hombres y Masculinidades, *Proyecto jóvenes sin fronteras. Nuevas masculinidades*, 17.

402 Cívis-Suecia. Colectivo Hombres y Masculinidades, *Proyecto jóvenes sin fronteras. Nuevas masculinidades*, 18.

403 Cielo Mariño Rojas, “Derechos de los niños y niñas reclutados o utilizados en hostilidades en la justicia transicional en Colombia: evolución normativa y prácticas jurídicas”, *Criterio Jurídico Garantista* 3, núm. 6 (2012), [http://www.fuac.edu.co/recursos\\_web/documentos/derecho/revista\\_criterio/articulosgarantista6/05\\_Derechos\\_de\\_los\\_ninos.pdf](http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista6/05_Derechos_de_los_ninos.pdf) (acceso septiembre 20, 2017).

404 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-575 de 25 de julio de 2006*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Durante el proceso de desmovilización de las AUC, que se llevó a cabo en 36 actos, “no se pudo verificar en ninguno de ellos la entrega de NNA”.<sup>405</sup> Lo que sí se hizo fue entregarlos directamente al programa del ICBF para NNA desvinculados del conflicto, con lo que se les negó la posibilidad de hacer público el sufrimiento y se invisibilizaron su flagelo y su participación en la guerra.

La reparación de las víctimas del conflicto armado tiene dos vías: por una parte, la reparación por vía judicial, que supone un procedimiento penal ante un juez de la República encaminado a determinar la responsabilidad y la pena del victimario; la víctima cuenta con un abogado de confianza y será reparada mediante el incidente de reparación integral regulado por el Artículo 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

Por otra parte, una vía administrativa regulada por el Decreto 1290 de 2008 y la Ley 1448 de 2011. El Decreto 1290 fue el primer cuerpo normativo en contemplar la figura de la reparación de víctimas de grupos al margen de la ley, incluso a NNA víctimas de reclutamiento, pero no contempló la situación de las víctimas de las Fuerzas Armadas estatales.

De lo anterior se colige la importancia que ostenta la verdad en los procesos de transición, no solo procesal, sino histórica; esta situación supone un arduo trabajo, cuando “la memoria es la base con la cual se construye tanto la historia como la verdad judicial”.<sup>406</sup> Esta verdad forma parte de la reparación integral e implica saber qué, cómo y cuándo sucedieron los hechos, así como contrastar este relato con el acervo probatorio para hacer justicia.

Del componente justicia se infiere la obligación que tiene el Estado de prevenir, investigar y sancionar toda conducta típica desde el ámbito del *ius puniendi*. No obstante, en el marco de un proceso de paz no todos los delitos son perseguidos, investigados y castigados, aun cuando constituyan una grave violación al derecho internacional, porque como lo establece la Comisión asesora de política

405 Gómez Torres, “La tensión entre la justicia retributiva y restaurativa en el modelo de justicia transicional colombiano”, 99.

406 Francisco R. Barbosa Delgado, “La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la justicia transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano”. *Derecho del Estado*, núm. 31 (2013): 100.

criminal, “a nivel fáctico es imposible juzgar todos los casos pues los sistemas judiciales salen debilitados y son demasiados los crímenes y los responsables”.<sup>407</sup>

Si bien es cierto que es materialmente imposible investigar todos los delitos y conocer la verdad ontológica de los hechos, es necesario esforzarse para construir contextos de macrocriminalidad y reclutamiento ilícito en torno a NNA, pues no existe algún grupo que se dedique a esta actividad. No obstante, el grupo de indagación sobre las FARC, cuya función es investigar y formular imputaciones a los máximos responsables de dicho grupo, tiene como uno de sus ejes investigativos el reclutamiento de menores de edad.<sup>408</sup>

En lo relativo a esta actividad solo se han dictado cinco sentencias en el marco de justicia y paz que reconocen 449 víctimas, lo que “representa solamente el 15,8 % de los 2.824 casos de reclutamiento que ha atendido la Fiscalía General de la Nación hasta el 24 de mayo de 2014”.<sup>409</sup> Ello muestra que aún queda un largo camino para lograr la reparación integral de las víctimas del conflicto.

La reparación integral, establecida en el Artículo 25 de la Ley 1448 de 2011, contiene las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica; no debe confundirse con una simple indemnización, ya que es una obligación del Estado dirigida a:

Crear condiciones de protección y estabilidad integral que les permita desarrollar sus potencialidades como sujetos propositivos, críticos y reflexivos, que reconocen su realidad y que pueden participar activamente en sus comunidades en procesos de reconstrucción de memoria, para que se haga visible la vulneración de sus derechos y las violaciones ocasionadas en desarrollo del conflicto armado al cual fueron vinculados forzosamente.<sup>410</sup>

El común denominador de las cinco sentencias referidas es el daño moral, entendido “desde el sufrimiento que padecieron las víctimas, como un elemento

407 Comisión asesora de política criminal, *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano* (Nueva York: Oxford University Press, 2012), 106.

408 Fiscalía General de la Nación, “Informe de gestión 2013-2014”, [http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Fiscalia-2013-2014-web\\_final.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Fiscalia-2013-2014-web_final.pdf) (acceso octubre 1, 2017).

409 Gómez Torres, “La tensión entre la justicia retributiva y restaurativa en el modelo de justicia transicional colombiano”, 106-108.

410 Aguilera Peña, *Guerrilla y población civil*, 76.

prioritario para concederles una indemnización por este tipo de daño”.<sup>411</sup> No obstante, en tales procesos jurídicos se desconoció la calidad de víctimas de los individuos; por ejemplo, en el proceso de desmovilización adelantado en el año 2006 por las AUC:

No se otorgaron garantías plenas para la participación de las víctimas, desde el instante mismo de la desmovilización de este grupo armado, en tanto que estos NNA no hicieron parte de la entrega formal de este, se afirma que este hecho constituyó una vulneración a sus derechos humanos y fundamentales.<sup>412</sup>

Lo anterior se traduce en una vulneración al derecho de participación en el marco procesal del derecho que conduce a instancias de revictimización en detrimento de la justicia transicional retributiva, lo cual propicia “la vulneración de sus derechos de identidad, participación y reconocimiento como víctimas”.<sup>413</sup> De forma similar, hasta mediados del año pasado la Unidad de víctimas había acompañado el proceso de reparación colectiva de 303 sujetos, entre los cuales se encuentran comunidades, grupos y sujetos étnicos. A su vez, la Fiscalía General de la Nación, mediante la Unidad nacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario, a 31 de enero de 2014 había conocido 638 casos de delitos cometidos contra las comunidades indígenas.<sup>414</sup>

Para retomar: la reparación integral incluye la garantía de no repetición, la cual se enfoca hacia dos objetivos:

a) ayudar a las víctimas a mejorar su situación y a enfrentar las consecuencias de la violencia, reconociendo los daños ocasionados a las mismas, así como su dignidad como personas y sus derechos como ciudadano, y b) mostrar solidaridad con las víctimas y un camino para restablecer su confianza en la sociedad y las instituciones.<sup>415</sup>

411 Gómez Torres, “La tensión entre la justicia retributiva y restaurativa en el modelo de justicia transicional colombiano”, 121.

412 Gómez Torres, “La tensión entre la justicia retributiva y restaurativa en el modelo de justicia transicional colombiano”, 113.

413 Gómez Torres, “La tensión entre la justicia retributiva y restaurativa en el modelo de justicia transicional colombiano”, 129.

414 Fiscalía General de la Nación, “Informe de gestión 2013-2014”, 86.

415 Carolina Suárez Baquero, *Guía para la construcción de garantías de no repetición en Colombia* (Bogotá: Fundación Social, 2013), 7.

Este restablecimiento de la confianza implica ayudar a las víctimas a olvidar, proceso esencial para resarcir el pasado y empezar de nuevo, ayudados por la antropología del dolor y por la resiliencia, ampliamente utilizadas por la psicología jurídica, pues la reparación simbólica es fundamental bajo el amparo del garantismo constitucional.

La preocupación por la memoria no ha sido un punto de estudio relevante en el transcurso de la Modernidad y la Posmodernidad, lo que trae como resultado procesos de olvido hegemónico en los discursos de los vencedores. Aun así, de cuando en cuando y en medio de procesos de ruptura y conflicto, las sociedades recuperan su interés por la memoria como posibilidad de resolver la injusticia del pasado y mantener el derecho a la justicia de quienes han padecido injusticias, es decir, el derecho de las víctimas como sujetos tradicionalmente excluidos en virtud de estos procesos de exclusión históricos.<sup>416</sup>

El olvido como categoría es una necesidad de las víctimas para el perdón, mas no implica el olvido de las injusticias en el marco procesal; la víctima, una vez reparada, tiene derecho a olvidar para dejar ir su dolor en el proceso, pero no es posible afirmar que el olvido de los hechos sea una imperiosa necesidad:

[...] hemos podido comprobar que existe una estrecha relación entre olvido e injusticia, bien porque la injusticia reconoce en el olvido su mejor aliado y busca imponerlo como la culminación de sí misma, bien porque el olvido viene a confirmar y sancionar la injusticia, por más que sea recomendada por quienes se proclaman a sí mismos defensores de la justicia [...]. Evidentemente, recordar no es traer a la memoria un acontecimiento pasado, sino reconocer la actualidad de la injusticia pasada. Por eso memoria y justicia van juntas. Pero ¿Cómo concebir la política si pesa sobre ella una deuda que dura mientras no se salde? ¿Por qué las teorías clásicas de la justicia, la de Aristóteles, Platón, Rousseau o Habermas y Rawls no quieren saber nada del pasado? ¿Por qué el derecho ha construido figuras de olvido como la amnistía, la prescripción o la no retroactividad de la ley? ¿Es la memoria una categoría política o solo una moral? No caben ante este tipo de preguntas respuestas circunstanciales.<sup>417</sup>

El reconocimiento es necesario en este proceso —tanto el del propio sujeto víctima de la injusticia como de aquellos que lo rodean— y solo es posible

416 Reyes Mate, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política* (Madrid: Trotta, 2003), 183.

417 José Zamora y Reyes Mate *Justicia y memoria. Hacia una teoría de la justicia anamnética* (Barcelona: Anthropos, 2011), 5-6.

mediante el recuerdo de los sucesos históricos por la memoria social; no obstante, memoria y recuerdo no constituyen lo mismo. Desde la perspectiva de Benjamin, la memoria tiende a conservar y el recuerdo a perturbar; es necesaria como un vehículo para la evocación: “[...] la memoria no es un instrumento para la exploración del pasado, sino solamente su medio [...] quien intenta acercarse a su propio pasado sepultado tiene que comportarse como un hombre que excava”.<sup>418</sup>

Solo en la medida en que los grandes relatos de Nación incorporen el recuerdo —esto se evidencia en las generaciones mediáticas— será posible instaurar nuevos elementos en los procesos históricos de Nación que reconozcan la tragedia y el padecimiento de NNA que participaron activamente en un conflicto que nunca les perteneció y que les robó el mundo de la niñez, para arrojarlos al mundo de la guerra, un mundo en el que:

Queramos o no queramos, nuestra humanidad, todos nosotros formamos parte del sistema de la guerra. Es esta la mayor maldición, la vergüenza absoluta de nuestro planeta. Hace siglos que hemos caído en ese foso, en ese mal sueño, no somos capaces de salir de él.<sup>419</sup>

Ya aclarados estos procesos de reparación y victimización, es necesario hablar de la factibilidad y necesidad de criminalizar a NNA desvinculados del conflicto. Por un lado se ha dicho que al no penalizar sus acciones en el marco de la guerra se estaría negando su calidad como sujetos de derecho, pues “a NNA se les ha reconocido una capacidad volitiva, interactiva y de autodeterminación, que les permitirá decidir sobre su proyecto de vida, contactos sociales y en general su posición frente al resto de la sociedad”.<sup>420</sup>

Otros sectores que defienden la penalización de este grupo social argumentan que “NNA vinculados al conflicto deben ser concebidos como delincuentes juveniles, a lo cual solo un asunto cronológico los diferencia del criminal adulto que llegará a ser”.<sup>421</sup> Su responsabilidad se exige en los procesos de restauración, al afirmar:

418 Benjamin, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, 118.

419 Ismail Kadaré, *La cólera de Aquiles* (Madrid: Katz, 2010), 31.

420 José Francisco Acuña Vizcaya, *Tópica jurídica: en el caso de la judicialización de adolescentes desvinculados del conflicto armado* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012), 23.

421 Jaime Alberto Carmona Parra, “Definición de los menores desvinculados de los grupos armados ilegales en los actos jurídicos y sus efectos psicoeducativos”, *Estudios Socio-Jurídicos* 16, núm. 2 (2014): 169.



[...] el menor vinculado a los grupos armados ilegales es un actor social, determinado y determinante, es decir, un agente social activo, capaz de transformar la realidad y transformarse a sí mismo, capaz de hacerse cargo de las consecuencias de sus acciones y de empoderarse de una manera protagónica de su propio proceso de reinserción a la sociedad.<sup>422</sup>

Quienes se oponen a que NNA desvinculados del conflicto sean procesados plantean que no solo son víctimas de un delito de reclutamiento ilegal, sino de un ambiente “familiar” o de crecimiento malsano, caracterizado por la ausencia del Estado, de la familia y la sociedad, que no les garantizaron unas condiciones mínimas para el ejercicio de sus derechos fundamentales y fallaron en evitar las violaciones de estos y en adelantar procesos de protección. Al respecto sostienen los acuerdos de paz que se entregarían los menores de edad en manos de la FARC; sin embargo, pese a ser considerados víctimas, en concordancia con los Artículos 3 y 190 de la Ley 1448 de 2011, podrían ser juzgados de acuerdo con las normas preexistentes. Afirma el punto 3.2.2.5 de los acuerdos de paz:

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. A estos menores de edad se les reconocerán todos los derechos, beneficios y prestaciones establecidos para las víctimas del conflicto, así como los derivados de su proceso de reincorporación en los términos contemplados en este Acuerdo Final y 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 a estos programas se efectuará por el Consejo Nacional de Reincorporación en articulación con las entidades del Estado competentes y con el apoyo de organizaciones sociales o especializadas encargadas de hacer la veeduría en los términos del Comunicado Conjunto No. 70. La elaboración del Programa Especial de Reincorporación para menores deberá realizarse por parte

422 Carmona Parra, “Definición de los menores desvinculados de los grupos armados ilegales”, 173.

del Consejo Nacional de Reincorporación en un máximo de 15 días a partir de la firma del Acuerdo Final, con base en la propuesta presentada por parte de la mesa técnica creada mediante Comunicado Conjunto No. 70. Una vez aprobado el Programa, el Gobierno Nacional tramitará los ajustes normativos que sean necesarios para garantizar su implementación, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño y el Derecho Internacional Humanitario.

Sandoval y Tirado apuntan que “debe exonerar de responsabilidad al menor, de lo contrario se estaría desconociendo graves problemas estructurales en el contexto que lo conducen a cometer dichos actos delictivos”.<sup>423</sup>

NNA desvinculados del conflicto, como víctimas sociales, constituyen “un conjunto que comprende una serie de personas y colectivos que por su debilidad y falta de asistencia corre el riesgo de devenir en víctimas del delito y convertirse ellos mismos en delincuentes”.<sup>424</sup> De allí que Tirado y Sandoval sostengan que “hacen falta políticas públicas de prevención, pero también tendientes a evitar su doble victimización luego de ser reinsertados al medio social”.<sup>425</sup>

Las deficiencias institucionales y políticas del régimen agobiado por una persistente violencia colectiva requieren de manera imperiosa una solución o, cuando menos, una medida de reducción de impacto en el marco de transición hacia la paz. Así lo señala Springer en un compilado sobre experiencias del postconflicto a escala mundial:

En mayor o menor medida e independientemente de si la sustancia de la disputa está asociada con factores étnicos o religiosos, inseguridad económica, aspectos territoriales o culturales, alimentando la raíz del fenómeno violento encontraremos casi inevitablemente condiciones de exclusión, polarización social y amplios niveles de desinstitucionalización. Sorprendentemente, aun en el caso de los conflictos más extremos, todo esto ocurre en el marco de “democracias nominales” en las que abundan los partidos y las formaciones políticas de todas las corrientes ideológicas y en las que elecciones tienen lugar regularmente. Miradas con detalle, se trata de democracias muy restringidas, presentándose comúnmente los casos de fraude y coerción (elecciones en las que se presenta un solo candidato, un solo partido político o los

423 Jaime Sandoval Mesa y Misael Tirado Acero, “Fundamentos sociojurídicos en materia penal adolescente infractor frente al fenómeno de reclutamiento forzado”, *Iusta*, núm. 38 (2013): 93.

424 Elías Neuman, *Victimológica y control social* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1994), 124.

425 Sandoval Mesa y Tirado Acero, “Fundamentos sociojurídicos en materia penal adolescente infractor frente al fenómeno de reclutamiento forzado”, 147.

elegidos trabajan bajo fuertes presiones) y de asesinato político. El ambiente político polarizado proporciona las coyunturas que preceden los golpes de Estado o la llegada de líderes autoritarios con el respaldo de amplios sectores de la población que atienden su llegada con alivio.<sup>426</sup>

## Conclusiones

El conflicto armado en Colombia ha dado lugar, en los últimos cincuenta años, a la violación reiterada de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de los derechos fundamentales tanto de la población general como de NNA en particular, quienes no solo han sido víctimas de delitos sexuales y de reclutamiento armado, entre muchos otros, sino que han sido sujetos pasivos de deshumanización y desinfrantilización.

Los grupos étnicos y sus NNA son los más afectados por el conflicto y la ausencia estatal, al vivir procesos de desculturización y anomia social, circunstancias que se ven agravadas por la ausencia de protección y presencia estatal, así como por la doble vulnerabilidad que ostentan como menores de edad y miembros de comunidades minoritarias. Además, son más susceptibles de hallarse en situaciones particulares de pobreza y ausencia de educación, lo cual los impulsa a unirse a grupos al margen de la ley con la finalidad de evitar ser sujetos de violencia sistemática o a cambio de una remuneración económica.

NNA de estas comunidades se ven sometidos a la posibilidad de atentar contra sus propios pueblos e impulsar de esta manera el proceso de desintegración del tejido social. Asimismo, se ven más expuestos al reclutamiento debido a sus características físico-culturales, que los hacen más aptos para el combate, como guías y traductores.

En lo referente a la desmovilización de NNA reclutados ilícitamente en el marco del conflicto armado, es necesario generar procesos de reparación y memoria, sin excluirlos de los procesos de desmovilización, para que tengan la oportunidad de contar sus historias y manifestar su dolor.

Al ser víctimas del conflicto armado y de una serie de varios delitos, no es loable argumentar su responsabilidad penal, pues su participación en la guerra y las conductas asumidas en ella son el resultado de la ineficacia estatal para

.....  
426 Springer, *Como corderos entre lobos*, 335.

garantizarles la protección de sus derechos y un entorno saludable para su crecimiento.

En materia de protección y reivindicación de derechos para los menores de edad víctimas del conflicto armado interno en Colombia, en el proceso de reincorporación y restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes deben tenerse en cuenta políticas de índole protector, educativas y resocializadoras. Además, los delitos contra ellos cometidos en el conflicto armado, en particular aquellos que atentaron contra su integridad sexual, física y psicológica, deben ser juzgados efectivamente y adoptar las medidas de reparación necesarias establecidas en la Ley 1098 de 2006 y en el control de convencionalidad, en consonancia con la norma constitucional integrada o el bloque de constitucionalidad.

La ausencia de un grupo especializado en la indagación de la participación y victimización de NNA en el conflicto armado con la finalidad de crear procesos de memoria y reparación en torno a lo vivido por estos en el margen del conflicto exige al Estado la creación de un ente que asuma esta función y permita integrar a la visión histórica de la Nación y sus vivencias en el proceso hacia la paz por medio de los relatos mediáticos.