

Elementos para la conceptualización del reclutamiento ilícito, la vinculación y la utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado

Paula Andrea Ila*

Introducción

En los últimos años la problemática de los niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado se ha hecho visible en la agenda pública que aborda el conflicto y sus efectos y la situación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (en adelante DIH) en Colombia. Las diversas modalidades de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en este contexto por parte de los distintos grupos armados organizados al margen de la ley constituye una gran preocupación, que se manifiesta en los informes de organismos del Sistema de Naciones Unidas (ONU), así como en el seguimiento y acciones tanto de instituciones gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil¹.

El conflicto armado en Colombia ha mostrado altos niveles de degradación, evidenciados por el creciente involucramiento de integrantes de la población civil en el combate (por población interpuesta,

constreñimientos, etc.), quienes en términos del DIH se consideran “personas protegidas”. En este marco, el reclutamiento y las diversas modalidades de utilización de los niños, niñas y adolescentes por parte de actores armados al margen de la ley constituye una conducta punible considerada como una de las peores formas de trabajo infantil y, desde el derecho internacional, un “crimen de guerra”. Precisamente desde el primero de noviembre de 2009 la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) tiene competencia en Colombia para investigar y juzgar los crímenes de guerra, luego de haberse cumplido el período de siete años que es la reserva que Colombia aplicó al ratificar el Estatuto de Roma (2003), en virtud de la cláusula transitoria del artículo 124 del mismo Estatuto².

La apertura del primer juicio de la CPI ha sido por reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años en la República Democrática del Congo:

1 La creación de la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley, mediante Decreto No. 4690 de Diciembre 3 de 2007, es una expresión a nivel gubernamental de la preocupación frente a esta problemática vigente en Colombia.

2 Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. La CPI entró en vigor para Colombia a partir del 1º de noviembre de 2002 en virtud de la Ley 472 de 2002.



Fuente: <http://www.flickr.com/photos/aeincredible/>

* Historiadora.
Investigadora
Corporación Nuevo
Arco Iris y Fundación
Intervención en
Justicia - FINJUS.

Se acusa a Thomas Lubanga Dyilo, Presidente de la *Union de Patriotes Congolais* (UPC), de haber reclutado y alistado niños menores de 15 años en las *Forces patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC), rama armada del UPC, y de haberlos utilizado para participar activamente en las hostilidades. Todo esto en el marco de un conflicto armado entre milicias de origen Hema (incluyendo al UPC) y milicias de origen Lendu que tuvo lugar a partir de 1999³.

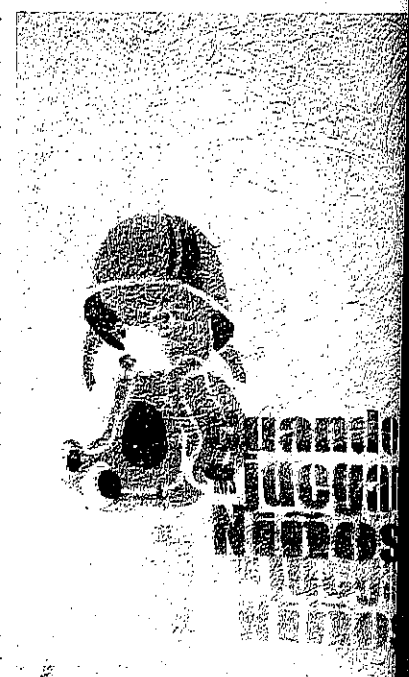
Para el caso colombiano, la Misión Diplomática Internacional Humanitaria le pidió a la CPI el establecimiento de un capítulo especial en Colombia para investigar y juzgar a los responsables del reclutamiento de unos 14 mil menores de edad para el conflicto interno que vive el país. La petición fue elevada en La Haya, Holanda, en junio de 2008 y en ella se expresa que la justicia colombiana requiere del apoyo internacional para investigar a las cabezas de grupos armados ilegales que a lo largo de los últimos años han forzado a los menores de edad para incorporarlos a sus filas. Indicó que los autores de ese reclutamiento son los guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y del Ejército de Liberación Nacional (ELN), así como los paramilitares procedentes de las disueltas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y los miembros de las llamadas "bandas emergentes" de criminales o BACRIM (bandas criminales) según la denominación oficial de la Policía Nacional⁴.

Si bien se percibe preocupación por esta problemática en diferentes niveles, y con razón, ya que se estima que entre 5.000 y 6.000 niños, niñas y adolescentes están actualmente en los grupos armados ilegales, de acuerdo a pronunciamientos oficiales; nos ha llamado mucho la atención que cuando se la nombra se llega a una zona difusa. Se habla de niños combatientes, de niños solda-

dos, de reclutamiento forzado y voluntario, entre otros. La mayoría de las veces la claridad conceptual está ausente, la que permite una primera aproximación necesaria para identificar abordajes pertinentes para la prevención. Frente a esta compleja problemática, la falta de diagnósticos veraces y oportunos, y la consideración de la misma como un "fenómeno" y no como un "delito", que es como se tipifica en el Código Penal colombiano y que se abordará más adelante, se erige la necesidad de reflexionar en torno a cómo se entiende el problema, cómo se conceptualiza de modo que se orienten políticas públicas eficaces para establecer condiciones de protección y garantía de los derechos para niños, niñas y adolescentes, así como rutas de atención y prevención frente a los riesgos relacionados con la presencia y el control territorial ejercido por parte de los grupos armados al margen de la ley.

Los avances frente a esta materia en el país son aún insuficientes, más cuando se considera el reciente proceso de desmovilización con los grupos paramilitares, donde muchos niños, niñas y adolescentes no fueron entregados de manera formal a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz ni mucho menos a funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y por ello estos no pudieron recibir ningún tipo de apoyo para su reintegración social y familiar ni tampoco orientación psicológica que les permitiera transformar las conductas agresivas adquiridas durante su vinculación a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)⁵.

Esta situación fue confirmada cuando el 25 de agosto de 2008 el ex jefe paramilitar Fredy Rendón Herrera, alias el Alemán, quien comandó el Bloque Élmer Cárdenas de



Fuente: <http://www.flickr.com/photos/daquel>

³ "Apertura del primer juicio de la CPI contra el miliciano Thomas Lubanga Dyilo", Sábado 24 de enero de 2009. En: <http://www.fidh.org/Apertura-del-primer-juicio-de-la> [Recuperado el 30 de junio de 2009].

⁴ "Piden a la CPI investigar reclutamiento de 14 mil niños para la guerra", Julio 1 de 2008. En: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=624694> [Recuperado el 30 de junio de 2009].

⁵ Cf. "Reclutamiento forzado de menores por las AUC: ¿impunidad latente?", Septiembre 30 de 2008. En: http://www.ipc.org.co/page/index.php?option=com_content&task=view&id=1331&Itemid=368 [Recuperado el 30 de junio de 2009].

los adultos en la realización de actividades para dichos grupos.

Por su parte, el Observatorio del conflicto armado de la Corporación Nuevo Arco Iris afirma que en diez localidades de Bogotá se ha verificado la presencia de grupos paramilitares⁸: células de las Águilas Negras, de las Autodefensas Campesinas Héroe Carlos Castaño, del Ejército Revolucionario Popular Antiterrorista de Colombia (ERPAC) y de los desmovilizados del Bloque Cacique Nutibara han conformado bandas que suman más de 300 hombres y están dedicadas a sembrar el terror en establecimientos comerciales, moteles, prostíbulos, casinos, sanandresitos y Corabastos.

Los conceptos de reclutamiento ilícito, vinculación y utilización de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado

Como hemos mencionado, la problemática aludida se conceptualiza de forma diversa y en ocasiones carece de precisiones respecto de los marcos normativos vigentes,

⁸ "El uso histórico del territorio como área estratégica, bien para el avance de proyectos armados (FARC) o bien para la contención del oponente militar y su influencia en la ciudad (paramilitares y Fuerza Pública). (...) Es así como se consideran hasta ahora cuatro fases de control: Una primera fase de control por milicias guerrilleras; una segunda fase más violenta por la disputa paramilitar que irrumpe en la zona; una tercera que tiene que ver con las disputas internas entre las diferentes estructuras paramilitares que se insertan en la ciudad por sobreponerse al control general (Llanos versus Arroyabe); una cuarta fase, luego del proceso de desmovilización de las AUC, que ocasionó el debilitamiento de los miembros del Bloque Centauros y la probable desarticulación de las ACC, lo que generó una dispersión de sus combatientes y un vacío en sus estructuras de mando y control, sin que muchos de sus mandos medios lograran reinsertarse integralmente al programa gubernamental de desmovilización; muchos de estas unidades y mandos medios, a pesar de la fragmentación que han sufrido, se han mantenido latentes y actuando por su cuenta a la espera de un orden que los articule a sus intenciones." (Defensoría del Pueblo, 2009).



Fuente: <http://www.flickr.com/photos/liferfe/>

las AUC, admitió ante un fiscal de Justicia y Paz de Medellín haber tenido en su filas 358 menores de edad, pero que, por solicitud del Alto Comisionado para la Paz, sólo entregó 4 de ellos⁶. ¿Qué ha pasado con los niños y posiblemente niñas, que no fueron entregados durante el proceso de desmovilización? Se trata de niños, niñas y adolescentes que no han sido considerados sujetos activos y participantes en el proceso de reinserción y por ende, respecto del acceso a servicios educativos, de salud, entre otros, que les ofrezca mínimas condiciones para reintegrarse a la vida civil.

Con relación a la situación en Bogotá, la Defensoría del Pueblo en informes de riesgo recientes como el No. 021 de 2008 advierte sobre hechos que indican que grupos armados organizados al margen de la ley hacen presencia en el territorio de las localidades, generando riesgos para la población civil y vulneraciones a sus derechos fundamentales (Defensoría del Pueblo, 2008:4-5). Este tipo de presencia y control territorial por parte de grupos armados al margen de la ley constituye una de las condiciones necesarias para la ocurrencia de prácticas de reclutamiento y vinculación de niños, niñas y adolescentes⁷, quienes pueden pasar más desapercibidos que los jóvenes y

⁶ Cf. "Reclutamiento forzado de menores por las AUC: ¿impunidad latente?"..., [Recuperado el 30 de junio de 2009].

⁷ Para un análisis sobre las circunstancias del reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes a grupos armados ver Defensoría del Pueblo, UNICEF (2006).

a nivel nacional e internacional⁹. Si se revisan documentos y comunicaciones oficiales de entidades estatales, no gubernamentales y de organismos internacionales con competencia en la materia¹⁰, se observa que existen por lo menos cuatro formas principales de denominar la conducta punible involucrada: reclutamiento, reclutamiento ilícito, reclutamiento forzado, reclutamiento ilegal.

La conceptualización precisa de la problemática no constituye un problema menor o de escrúpulo literario; por el contrario, se relaciona con los diagnósticos sobre dicha problemática y la forma de abordarla tiene que ver con la tipificación de las conductas punibles involucradas. Al respecto, una tendencia ha sido considerar la participación de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado como un "fenómeno" en lugar de considerarla un "delito", una violación de derechos que, como hemos expresado anteriormente, puede constituir un crimen de guerra.

Para una aproximación conceptual de la vinculación de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado, es necesario señalar qué se entiende por conflicto armado toda vez que los significados sobre el conflicto y las violencias han suscitado arduos debates entre posturas oficiales y no oficiales -y aún diferentes abordajes oficiales - que ponen en cuestión o aceptan la vigencia de los principios humanitarios condensados en el DIH. En este sentido, los debates sobre la existencia de un conflicto armado o recientemente de una amenaza terrorista en

Colombia señalan la importancia de aclarar el significado del conflicto interno, que tiene evidentes implicaciones en la formulación de políticas públicas. Para tal efecto, se parte del reconocimiento de que en Colombia existe un conflicto armado interno, en los términos que el DIH contempla como conflicto armado sin carácter internacional¹¹.

La consecuencia del reconocimiento del conflicto armado colombiano es que se vuelve obligatoria la exigencia del cumplimiento del DIH a las partes enfrentadas, es decir, de aquellas normas que pretenden humanizar la guerra al estipular medios de protección para los no combatientes (población civil) que los combatientes deben respetar, y ciertos límites en las formas de atacarse (Defensoría del Pueblo, 2004)¹².

A partir del proceso de negociación adelantado con los grupos paramilitares desde fines de 2002 y las desmovilizaciones colectivas que tuvieron lugar en el marco de la aplicación de la Ley 975 de 2005 (conocida como Ley de Justicia y Paz), se evidenciaron graves falencias en el proceso de desmovilización, desarme y reinserción (DDR) y en la aplicación de dicha ley, factores que explican en parte la situación actual de rearme, crecimiento y expansión de reductos (neo) paramilitares y la identificación de grupos emergentes en diversos territorios del país. En Bogotá la amenaza de grupos identificados como "Águilas Negras" en marzo de 2008 trascendió a la opinión pública, como se evidenció en *El Espectador*, donde se daba

9 A nivel internacional: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), Protocolo Adicional II - Adicional a los Convenios de Ginebra (1949), Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999), Principios rectores de los desplazamientos internos (1998), Declaración de Montevideo adoptada en la Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el uso de niños como soldados (1999), Recomendación sobre la Erradicación del Reclutamiento y la Participación de Niños en conflictos Armados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000), Estatuto de Roma (1998). A nivel nacional: Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), Código Penal (Ley 599 de 2000), Ley 418 de 1997, Ley 782 de 2002, Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005).

10 Análisis realizado con base en publicaciones y documentos oficiales, publicados en medios escritos y electrónicos.

11 "(...) conflictos armados (...) que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo". Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Artículo 1, numeral 1 y 2. Para reconocer la existencia de un conflicto armado dentro de un país "basta que un conflicto no internacional ocurra dentro del territorio de un Estado entre grupos identificables, sin la exigencia de que el bando opositor ejerza un dominio sobre una parte del territorio estatal y tenga capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas". (Swinarski, 1991:37).

12 Ver Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

cuenta del rearme paramilitar en Altos de Cazuca y Ciudad Bolívar¹³.

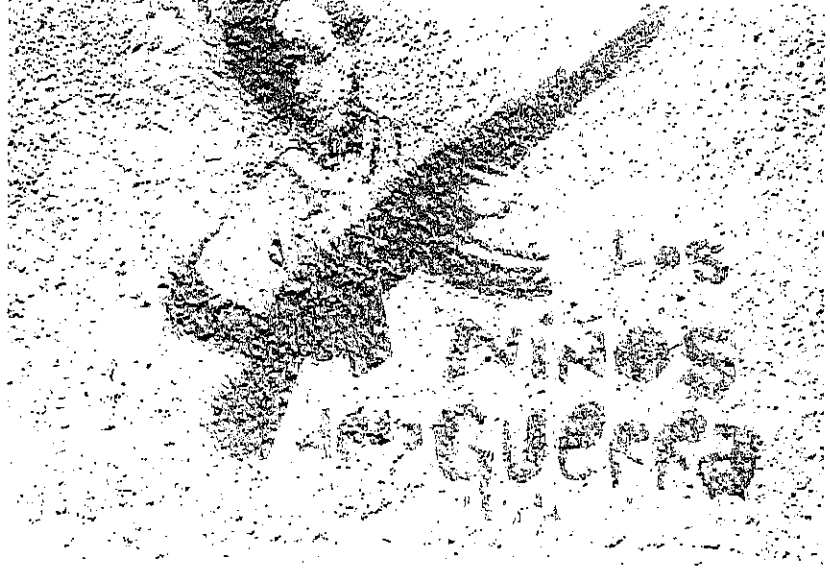
Es importante analizar y considerar las dinámicas del conflicto armado¹⁴ vigente en los territorios para que las políticas públicas que se formulen y se implementen valoren y tengan en cuenta los riesgos y los obstáculos en los contextos locales con relación al goce efectivo de los derechos de los diversos sectores poblacionales, en particular de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. En el análisis de los factores protectores y los factores de riesgo se deben considerar estos aspectos macrosociales a la par que los microsociales (por ejemplo, la violencia intrafamiliar y otras características de las familias que pueden convertirlas en expulsoras de los niños, niñas y adolescentes del hogar).

El reclutamiento ¿ilícito, ilegal o forzado? La importancia del calificativo

En ocasiones se piensa que las discusiones deben focalizarse más allá de los conceptos, aún más si éstos son jurídicos. Sin embargo, cuando se trata de términos que hacen referencia a problemáticas graves e invisibilizadas, hecho que se acentúa cuando éstas involucran conductas punibles graves, como la que se pretende analizar en este caso y que se encuentra consagrada en el artículo 162 del Código Penal Colombiano – Libro Segundo, Título II, “De las Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” – a través de la denominación de reclutamiento ilícito, la reflexión conceptual puede dar lugar a cambios o profundizaciones en la comprensión de la problemática

13 *El Espectador*, “Alarma en Ciudad Bolívar y los Altos de Cazuca. “Águilas Negras” están en Bogotá”. Cf. <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/judicial/articuloimpreso-aguilas-negras-estan-bogota>

14 “La dinámica del conflicto incluye aspectos endógenos relativos a variables como el tipo de territorio que tiene que ver con el control territorial por parte de actores armados, y el tipo de población que tiene que ver con las características de sectores sociales del territorio, intereses en juego, etc.; así como aspectos exógenos que afectan el desarrollo del conflicto sin ser elementos constitutivos del mismo, tales como las características propias de las poblaciones del territorio donde se desenvuelve el conflicto” (ÁVILA y otros, 2008).



Fuente: <http://www.flickr.com/photos/seretuaccidente>

involucrada, que sin duda puede tener su correlato a nivel de las prácticas.

Con relación al término “reclutamiento ilícito”, que a primera vista podría no provocar mayores discusiones, existen diversas manifestaciones y expresiones que se utilizan de manera indiscriminada o poco reflexiva, las cuales conforman el objeto de este análisis. Si bien reconocemos otros abordajes respecto a la problemática aludida, como los de las ciencias sociales, es necesario analizar en primer lugar el contenido del artículo del Código Penal mencionado, ya que se debe partir de la comprensión del reclutamiento como delito, haciendo la claridad de que el derecho penal no es la mejor o principal salida para hacer frente y resolver estos problemas generados en la sociedad, pero sí uno de las vías jurídicas vigentes y obligadas para reclamar los derechos de quienes se ven afectados por una conducta punible y de asignar responsabilidades a quienes las han perpetrado, en perspectiva de no repetición de estos hechos.

Contenido del delito de reclutamiento ilícito (Art. 162 Código Penal)

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.

La persona titular del bien jurídico protegido en este delito está determinada:

son los “menores de dieciocho (18) años”. Por lo tanto, esta conducta delictiva tiene como víctimas a niños, niñas y adolescentes. En cuanto a los verbos utilizados “reclutar” y “obligar a participar”¹⁵ se puede llegar a la conclusión de que el delito en estudio se puede caracterizar por dos conductas en particular, la primera, el reclutamiento en sí mismo, visto desde la lógica militar, es decir, el hacerse parte en las filas de una fuerza armada –legítima o no– para la realización de tareas de tipo militar y fundamentalmente para combatir. Esto se relaciona a su vez con dos expresiones utilizadas también para referirse a esta problemática: alistamiento (acción y efecto de alistar; sentar plaza en la milicia) o alistarse (inscribir a alguien en una lista o conjunto de mozos a quienes cada año obliga el servicio militar¹⁶) (Cornu, 1995:104) y conscripción (servicio militar)¹⁷.

Esta formulación tiene cimientos en la distinción de conceptos que se realiza entre conflictos armados internacionales y los conflictos armados de carácter no internacional como el caso colombiano. En los primeros se hace uso de la palabra “combatiente” con el fin de identificar a las fuerzas armadas de un Estado que tienen un derecho legítimo a combatir, dado que son conflictos que se dan entre Estados, mientras que en el segundo caso, se hace uso de la expresión “personas que participan directamente en las hostilidades”, toda vez que no se le reconoce legitimidad alguna

15 “Reclutar” proviene a su vez de la palabra reclutamiento que deriva de *recruter*, derivada a su vez de *recrue*, “recluta” y definido como la “operación destinada a procurar personal, término utilizado en materia militar (reclutamiento del ejército), y en el derecho de la función pública en donde va acompañado de indicaciones destinadas a caracterizar el procedimiento empleado (reclutamiento por concurso, por títulos, por listas de aptitudes etc.)” (Cornu, 1995:724–725). “Obligar a participar”: verbo compuesto por dos elementos la obligación y la participación, al referirnos al primero, el verbo obligar del latín *obligatio*, derivado de *obligare*, “obligar”, es definido en un sentido general como un sinónimo de deber. En segundo lugar, el verbo participar, del latín *participare*, “hacer” o “tener su parte en”, es entendido como “el hecho de participar en una acción, en una operación o en una actividad, de manera ocasional o habitual” o bien como “el hecho de cooperar en una actividad, y de asociarse a sus resultados” (Ibid., p.631).

16 Cornu, Gerard, *Vocabulario Jurídico...*, p.104.

17 Conscripto: soldado mientras recibe la instrucción militar obligatoria (Cornu, 1995:545)

al uso de la fuerza y de las armas por parte de los grupos armados al margen de la ley, cuyos miembros pueden ser perseguidos y judicializados. Sin embargo, es necesario aclarar que la palabra combatiente en la práctica permanece ligada a la misión que tienen determinadas personas de combatir, lo que implica que en el léxico tradicional e incluso jurídico se utilice el término combatiente para identificar a quien cumple funciones de índole militar, pertenezca o no a la Fuerza Pública. En este sentido, se hace uso de la expresión combatiente en un sentido genérico¹⁸.

La segunda conducta es la obligación de participar, frente a lo cual es necesario realizar una lectura integral del artículo, ya que al verbo participar se le agrega la expresión “directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas”. En lo que se refiere a esta expresión, es necesario adentrarse en la discusión de qué se entiende por participación directa o indirecta, frente a lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que por “participación directa hay que entender, los actos de guerra que por su naturaleza o propósito, estén destinados a causar daños concretos al

18 “El término “combatientes” en el DIH tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término “combatientes” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término “combatientes” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el “status de combatiente”, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión –en particular el status conexo o secundario de “prisionero de guerra”. Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término “combatientes” en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término “combatientes” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “status de prisionero de guerra”, no son aplicables a los conflictos armados internos” (Corte Constitucional, *Sentencia C-291 de 2007*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

material o al personal de la fuerzas armadas adversarias” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999:55). En este caso, la participación directa está ligada al fin del reclutamiento, es decir, a las acciones ligadas fundamentalmente con las actividades bélicas o militares propiamente dichas. Por su parte, la participación indirecta se presenta cuando las personas civiles apoyan el esfuerzo militar o de guerra del adversario, caso en el cual no aplica considerarlos combatientes:

(...) esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan un amenaza inmediata de daño actual a la contraparte. Las nuevas reglas confirman esta apreciación al señalar que civiles que apoyan a las fuerzas militares (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos actuando como mensajeros o distribuyendo propaganda no pueden ser objeto de ataque directo individual, pero permanecen sujetos a la legislación doméstica que sancione dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos (Henkaerts, 2005:10).

Reclutamiento: ¿un delito calificado?

Como mencionamos anteriormente, existe un uso indiscriminado de por lo menos tres calificativos relativos al reclutamiento. Antes de analizarlos, precisamos a qué se hace referencia cuando se habla de calificativos o de delitos calificados, toda vez que es precisamente en este componente donde radica el nudo de la discusión que planteamos: la importancia de comprender el porqué no es lo mismo hablar de reclutamiento a secas que de reclutamiento ilícito, ilegal o forzado. No resulta una necesidad del legislativo o un capricho del derecho penal otorgar calificativos a las conductas punibles, sino que surge de una necesidad manifiesta de castigar fuertemente o de poner en evidencia que la conducta se comete por un sujeto activo determinado, contra un sujeto pasivo con unas características específicas



Fuente: <http://www.flickr.com/photos/damaged/>

o sobre un bien jurídico protegido de clara relevancia.

Por lo anterior, hablar de un delito calificado o que hace uso de un calificativo no es un tema que haya sido de mayor discusión en el derecho penal, sin embargo, y partiendo de la aclaración que el Código Penal colombiano no consagra al reclutamiento como un delito *calificado*, es decir, no lo expresa literalmente como sí lo hace por ejemplo con el hurto calificado (Art. 240 C.P.); sí le asigna una calificación, entendida ésta como la “determinación de la categoría que le corresponde en los grados de infracciones a la que se refiere ese comportamiento”, es decir, le asigna un adjetivo para caracterizar o precisar la conducta y así vincularlo a una categoría jurídica, en este caso a la categoría de ilícito.

Reclutamiento forzado. Con relación al calificativo de “forzado” se puede avizorar en primer lugar que éste se refiere a un opuesto, el denominado reclutamiento “voluntario”; situación que dada la particularidad del caso colombiano no debería tener acogida después del fallo de la Corte Constitucional (Auto 251 de 2008), donde se manifiesta que el carácter voluntario del reclutamiento es simplemente aparente ya que está motivado por razones de manipulación perversa y

engañososa en la que los grupos armados se aprovechan de la situación de vulnerabilidad, pobreza, desprotección, abandono, debilidad psicológica, falta de acceso a servicios de salud, educación y recreación, violencia intrafamiliar, experiencia previa de violencia armada, así como clima social y cultural de idealización de la guerra en que viven los niños, niñas y adolescentes en este país. La Corte Constitucional afirma: "Existe certeza jurídica sobre el carácter forzado y criminal del reclutamiento de menores de edad en todos los casos, independientemente de su apariencia de voluntariedad"¹⁹.

¿Reclutamiento ilícito o ilegal? Existen otros dos conceptos que se utilizan frecuentemente, el reclutamiento "ilegal" y el reclutamiento "ilícito", los cuales en una primera aproximación parecerían similares pero presentan diferencias con base en los debates jurídicos que, si bien pueden considerarse sutiles, resultan de interés para este análisis. Por ello, relevamos los significados de cada uno de estos conceptos:

Ilícito: Del latín *licet*, "está permitido", el adjetivo *licitus*, "permitido". Aquí con sentido negativo por el prefijo in, "no permitido".

1. Propiedad de lo que es contrario a un texto que ordena o prohíbe algo (ley, decreto, resolución).

Característica de lo que es contrario al orden público y a las exigencias fundamentales (inclusive no formuladas expresamente) de un sistema jurídico.

Característica de lo que es contrario al orden público y a las buenas costumbres" (Cornu, 1995:440)..

Ilegal: Del latín *lex, legis*, "ley", el adjetivo *legalis*, "que está de acuerdo con la ley". Aquí con significado negativo por el prefijo in, "que no está de acuerdo con la ley". "Que es contrario a la ley (en sentido formal)(Idem).

Advertimos que la calificación de ilícito o ilegal que se da al reclutamiento no ha sido la que suscitó la discusión jurídica sino que ésta se ha desarrollado a partir de la denominada prueba ilícita o ilegal, cuyo análisis extrapolamos a la temática de reclutamiento. La Corte Constitucional se ha referido al tema pero no ha hecho claridad frente a la calificación de ilícito, sin embargo, la mención que frente a ello ha dado es precisamente uno de los puntos del debate y el argumento central de este análisis, por tal motivo es necesario citar a la Corte cuando se manifestó sobre la prueba inconstitucional y la prueba ilícita: "La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado" (Corte Constitucional, 2002). Según la jurista Ana Giacometto (2003:60) no existe una diferencia clara entre la prueba inconstitucional y la prueba ilícita ya que hacen referencia al mismo fenómeno, toda vez que se parte de que las garantías con las que debe contar un investigado son precisamente sus derechos fundamentales.

De este modo, las definiciones existentes sobre la prueba ilícita demuestran cómo se liga el concepto de ilicitud al de violación de los derechos consagrados en la Constitución, particularmente los derechos fundamentales.

Por otra parte, cuando se hace mención al concepto de prueba ilegal, se trata de un término aún más limitado. Ana Giacometto lo define de la siguiente forma: "Son las que no se obtienen conforme a las leyes que regulan su petición, ordenamiento, producción e incorporación. Las pruebas ilegales, son las que están ilegalmente rituadas, porque se obtienen con violación al régimen legal que las regula (...) Son las que violan el procedimiento" (2003:61)²⁰.

De las anteriores definiciones se deriva que la principal diferencia existente entre el concepto de ilícito y el de ilegal es el carácter de la norma transgredida, de modo que si se trata de la violación de un precepto

¹⁹ Corte Constitucional, *Auto 251 de 6 de octubre de 2008*, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ Ver Picó I Junoy (1996:290-291).

constitucional que adquiere la calidad de derecho fundamental, estamos en presencia de lo ilícito; mientras que si lo que resulta violado es una norma de otro tipo, estamos en presencia de lo ilegal.

Así, el análisis de porqué optar por uno u otro concepto en el caso del reclutamiento tiene su importancia por lo siguiente:

1. Porque el reclutamiento es un delito que tiene como sujeto pasivo a menores de 18 años.
2. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás, conforme al artículo 44 de la Constitución Política de Colombia.
3. No es lo mismo afirmar que alguien es culpable por violar una norma en particular, en el caso colombiano el artículo 162 del Código Penal, que dar cuenta de la serie de vulneraciones que resultan como fruto de esa violación. Así, no se trata simplemente de considerar que determinado sujeto infringió una norma penal, en cuyo caso la atención se fija en el presunto delincuente, sino que la comisión de ese delito al tener un sujeto pasivo calificado (niños, niñas y adolescentes) afecta gravemente los derechos fundamentales y prevalentes de estos sujetos, tales como la vida, la libertad y la integridad entre muchos otros, de manera que no es simplemente una conducta ilegal sino abiertamente ilícita.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el calificativo del reclutamiento como ilícito, en el marco del conflicto armado en Colombia, resulta el más adecuado ya que es una categoría más amplia que rechaza la idea del reclutamiento voluntario y que da cuenta del contenido de un delito que viola los derechos fundamentales y que atenta contra la dignidad y la libertad de la persona humana, más aún cuando es una conducta que tiene como sujeto pasivo a un niño, niña o adolescente y que por ende no puede ser analizado sólo desde la óptica del incumplimiento de una norma, sino como un crimen que afecta los derechos fundamentales de

un grupo poblacional que goza de especial protección y cuyos derechos prevalecen sobre los demás.

La vinculación de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado

La palabra vinculación proviene de:

Vincular: Del latín *ligare*, “ligar”, “unir”, y ha sido definido como:

Obligar, constreñir, crear una obligación (en sentido amplio). “Más especialmente, obligar, hacer nacer un vínculo obligacional (en sentido estricto).

Hacer nacer una relación de derecho (Cornu, 1995:906).

Vínculo: Del latín *ligare*, se define como: “Relación jurídica que une a dos o más personas en virtud de un acto o de un hecho jurídico, que es a la vez, efecto jurídico y situación jurídica, fuente de derechos y de obligaciones” (Idem).

A partir de las nociones anteriores se puede inferir que el eje central de la vinculación de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado radica en la unión entre el menor de edad y el grupo armado, en ese sentido, tiene una estrecha relación con el reclutamiento ilícito. Se requiere por tanto complejizar la noción de vinculación teniendo en cuenta las diversas formas de utilización de los niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados, para que se incluya la descripción de aquellas conductas que no están ligadas al combate propiamente dicho.

Al respecto, la Corte Constitucional identifica en el Auto 251 de 6 de octubre de 2008 una serie de conductas que denomina “riesgos especiales a los que están expuestos los menores de edad en el marco del conflicto armado”, y en particular menciona “los riesgos (i) de ser víctimas de crímenes individual y deliberadamente cometidos contra su vida e integridad personal por los actores armados, [y] (ii) de reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales”. (Corte Constitucional, 2008:12) Entre las conductas referidas, la Corte establece las siguientes:

1. La incorporación a comercios ilícitos –tráfico de drogas y trata de menores;
2. La utilización de niños y niñas como esclavos(as) sexuales que configura explotación sexual y prostitución forzada;
3. Las demás prácticas asociadas a la esclavitud y otras actividades de vinculación a los grupos armados en acciones indirectas respecto de las hostilidades (algún tipo de control social, imponiéndoles códigos de conducta y pautas de comportamiento) (Idem).

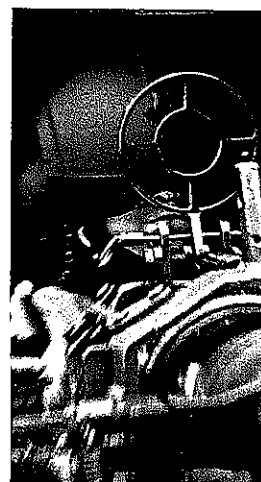
Así mismo, la Corte Constitucional señaló que los niños, niñas y adolescentes vinculados realizan tres tipos de actividades, a saber:

1. Actividades bélicas o militares propiamente dichas: "(...) son forzados desde que pueden portar un arma o combatir – es decir, a matar a otras personas y exponerse a la muerte y a lesiones en un enfrentamiento armado-, realizar emboscadas, participar en tomas y otras actuaciones armadas, cuidar secuestrados, torturar, asesinar a sus compañeros, fabricar e instalar explosivos y minas antipersonal, atemorizar a la población civil, marchar durante largos períodos de tiempo, realizar retenes, y actividades afines" (Ibid, p. 46).
2. Actividades de apoyo táctico a los combatientes: "Estas actividades, de apoyo logístico y otras vinculadas a las necesidades militares, incluyen hacer guardia, participar en jornadas de entrenamiento militar, servir de mensajeros, realizar labores de investigación, cavar trincheras o letrinas, despejar el bosque, cortar y cargar leña, sepultar compañeros, recoger o despojar cadáveres, y otras similares. Estas acciones no sólo son violatorias de sus derechos en sí mismas, sino que al aumentar su visibilidad para los bandos opuestos en el conflicto armado, les exponen a riesgos adicionales para su vida e integridad" (Ibid., p.45).

3. Actividades de apoyo a la satisfacción de necesidades primarias de los combatientes: "Se les obliga a cocinar para los combatientes, cuidar enfermos, lavar ropa, realizar labores agrícolas, hacer aseo en los campamentos, y actividades similares destinadas a contribuir al mantenimiento de las tropas irregulares. Estas actividades no son sólo en sí mismas lesivas de sus derechos fundamentales, sino que acarrearán riesgos que también atentan en forma adicional contra su integridad y vida (...). Además existe una preocupación marcada por la vinculación de las niñas quienes son sometidas a todas las formas de "violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática: (a) violación, (b) la planificación reproductiva forzada – a través de distintos medios, pero principalmente mediante la colocación de dispositivos intrauterinos y el uso de otros métodos anticonceptivos, en contra de su voluntad y sin información sobre las consecuencias de su implantación, en tanto orden de obligatorio cumplimiento, (c) la esclavización y explotación sexuales, (d) la prostitución forzada, e) el abuso sexual, (f) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (g) el embarazo forzado, (h) el aborto forzado, y (i) el contagio de infecciones de transmisión sexual." (Ibid., p. 48).

De acuerdo al planteamiento de la Corte Constitucional, las actividades de los tipos a) y b) se enmarcarían como reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado, mientras que en las actividades del tipo c) no corresponden a la variable que generan una amenaza militar en el marco del conflicto y por lo tanto constituyen otra forma de vinculación, no estrictamente considerada reclutamiento ilícito.

Por lo tanto, es importante que en las iniciativas de análisis de los contextos locales para el diseño de políticas públicas al respecto, se incluyan instrumentos aptos para identificar las diversas formas de utilización y vinculación de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado, las cuales denotan características particulares del territorio (recursos, intereses estratégicos en juego,



Fuente: <http://www.flickr.com/photos/aguere/>

Fuente: <http://www.flickr.com/photos/tazvanradu/>



etc.), de los grupos armados (motivaciones y los incentivos de las personas que reclutan o utilizan niños, niñas y adolescentes) y de los propios niños, niñas y adolescentes en cuanto a razones (motivaciones, problemáticas, circunstancias personales y familiares, etc.) por las cuales se han vinculado a los grupos armados; todo lo anterior con el propósito de la implementación de mecanismos eficaces frente a esta situación.

Así mismo, si se considera el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las peores formas de trabajo infantil²¹, entendidas como aquellas actividades que esclavizan al niño o niña, lo(a) separan de su familia y lo(a) exponen a graves peligros y enfermedades, es claro que el reclutamiento constituye tan sólo una de las peores formas de trabajo infantil; de ahí que sea importante considerar esta noción en un cruce con el marco del conflicto armado y así facilitar un análisis más amplio

²¹ OIT, Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. Adoptado el 17 de junio de 1999, entrada en vigor el 19 de noviembre de 2000. Adoptado en Colombia mediante la Ley 704 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional con Sentencia C-535 de 2002 (Área del Derecho Laboral Internacional).

y complejo del fenómeno del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. En este sentido y con el fin de aproximarse a una noción de vinculación de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado es pertinente referir la definición de los Principios de París (2007)²²:

2. Definiciones

2.1 Por “un niño o niña asociado con una fuerza armada o un grupo armado”²³ se entiende cualquier persona menor de 18 años de edad que haya sido reclutada o utilizada por una fuerza armada o un grupo armado en cualquier tipo de función, incluidos, aunque no limitados, los niños y niñas utilizados como combatientes, cocineros, porteadores, mensajeros, espías o con fines sexuales. No se refieren solamente a un niño o niña que esté participando, o haya participado, directamente en las hostilidades (Los principios de París, 2007:7).

Esta definición da cuenta de que la participación de los niños, niñas y adolescentes va más allá del reclutamiento y asume otras

²² “El gobierno francés y UNICEF organizaron conjuntamente una gran conferencia internacional bajo el título “Niños y niñas libres de la guerra”, que tuvo lugar en París el 5 y 6 de febrero de 2007 en la que los gobiernos participantes suscribieron dos documentos: los “Compromisos de París”, que enumeran una serie de principios legales y operativos necesarios para proteger a los niños contra su reclutamiento y utilización en conflictos armados (los compromisos sirven de complemento a los mecanismos legales y políticos existentes); y los “Principios de París”, un documento más detallado aún que presenta una amplia serie de principios relativos a la protección de niños contra su reclutamiento y utilización en conflictos armados, su desvinculación y su reintegración a la vida civil con éxito. Los principios también abordan la necesidad de contar con estrategias de prevención a largo plazo para poner fin definitivamente a la participación de niños y niñas en los conflictos armados.” Cfr. “Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14 de la ley 418 de 1997 ante la Corte Constitucional “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, y 162 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el código penal”, Expediente No. D-7411, Concepto No. 4638, 24 de octubre de 2008.

²³ Los Principios de París denominan fuerza armada a lo que se ha definido según el DIH como actores armados estatales y grupos armados a los actores armados organizados al margen de la ley (GAOML).

modalidades que conformarían la denominada asociación o para este caso vinculación.

Otros conceptos: niño soldado y menor combatiente

Existen otros dos conceptos que se utilizan frecuentemente para referirse a la problemática del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, que mencionamos a la brevedad:

Niño Soldado

Se entiende por “niño soldado” toda persona menor de 18 años que forme parte de cualquier fuerza o grupo armado, regular o irregular, con independencia de las labores que desempeñe. Por ejemplo y sin que la enumeración sea taxativa, labores de cocinero, recadero, mensajero, y toda persona menor de 18 años que acompañe a esas fuerzas o grupos cuando ello no sea en condición de familiar. Se incluye también en esa categoría a las niñas a quienes se haya reclutado con fines sexuales o para obligarlas a casarse. Por tanto, no incluye sólo a los menores que porten o hayan portado armas.

Menor Combatiente

La Corte Constitucional ha indicado que este concepto “debe incluir a todos los menores que no cumplen funciones de combate propiamente dicho pero sí llevan a cabo alguno de los distintos roles de apoyo que pueden desempeñar en torno a las hostilidades. No es solamente el rol en sí mismo lo que genera efectos nocivos; también el clima de violencia y la proximidad al conflicto son perjudiciales para los menores de edad” (Corte Constitucional, 2005:72).

Así mismo, la politóloga Natalia Springer (s.f.) afirma: “Estos NNA pueden calificarse como prisioneros combatientes: a pesar que viven bajo circunstancias que les incapacitan para pensar y actuar con autonomía, opinar, cuestionar a sus superiores, moverse con libertad, desarrollar libremente su personalidad y en las que se suprimen todos los derechos civiles y sociales, ellos consiguen identificarse con sus victimarios” (5).

En los anteriores conceptos, si bien se pretende desarrollar en la definición una descripción amplia para incluir todas las

actividades que pueden realizar los niños y niñas más allá del combate, la expresión en sí misma resulta contradictoria, toda vez que precisamente el término “soldado” o “combatiente” nos coloca en un imaginario de participación armada, asunto que no solo genera un contrasentido sino que a la luz de la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, resulta en alguna medida revictimizante y poco abarcador de las complejidades de esa realidad social.

Además, se reafirma que el término “combatiente” no es el más adecuado en el marco del derecho internacional humanitario y del conflicto armado de carácter no internacional colombiano, ya que es un concepto ligado a la legitimación para el uso de las armas y de la fuerza y de algún nivel de compromiso con la causa, hecho que no debería tener acogida en la lógica del reclutamiento entendido como una participación obligada y forzada en una fuerza armada – legal o ilegal – y en muchos casos motivada por problemáticas sociales complejas que llevan a los niños y niñas a hacerse parte de las hostilidades sin que medie para ello una decisión autónoma y realmente voluntaria.

En el mismo sentido, dicha falta de legitimidad es aún más evidente cuando nos damos cuenta de que ni siquiera la Fuerza Pública en Colombia puede reclutar a menores de dieciocho (18) años, tal como lo indica la Ley 548 de 1999 en su artículo 2º:

Artículo 2º. El artículo 13 de la Ley 418 de 1997, quedará así:

Artículo 13. *Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar.* A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad (...).

Esta restricción ha sido defendida por el Estado en diferentes oportunidades. Quizás la más importante fue en el momento de aprobar el Estatuto de Roma. En el artículo 8º se prohíbe el reclutamiento de menores

de quince (15) años, rango de edad que no se adecuaba a lo establecido legalmente en Colombia, motivo por el cual el Estado colombiano decidió hacer una reserva frente a dicho crimen²⁴.

El reclutamiento y la utilización de niños, niñas y adolescentes por fuera del conflicto armado

La legislación colombiana incorporó en la Ley 599 de 2000 (Código Penal) el título ya mencionado "Delitos contra las personas y los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", dentro del cual se estipula el delito de reclutamiento ilícito. Por tal motivo, su ámbito de aplicación se encuentra limitado por la expresión "con ocasión y en desarrollo de conflicto armado", que implica que para que se pueda imputar responsabilidad penal a algún sujeto por este delito es necesario que exista un nexo entre la conducta delictiva y el conflicto armado, sumado a la actitud interna del autor.

Ante dicha problemática, frente a la degradación humanitaria y el complejo escenario de grupos armados ilegales (guerrillas, (neo)paramilitares, rearmados, disidentes, emergentes, bandas criminales), es necesario revisar cuáles son las conductas punibles en las que se pueda enmarcar el

²⁴ "Declaración de Colombia. Nueva York, 26 de enero de 1990. El Gobierno Colombiano considera que, si bien la edad mínima de 15 años para participar en conflictos armados consagrada en el artículo 38 de la Convención, es el resultado de serias negociaciones que reflejan diversos sistemas jurídicos, políticos y culturales del mundo, hubiese sido deseable que dicha edad fuera de 18 años, acorde con los principios y normas que rigen en diversas regiones y países, entre ellos Colombia, razón por la cual el gobierno colombiano entiende que para los efectos del artículo 38 de la Convención la edad en cuestión será la de 18 años. Reserva de Colombia. El Gobierno de Colombia de conformidad con el artículo 2, numeral 10, literal D de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969 declara que para efectos de las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del Artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se entiende que la edad a la que se refieren los numerales citados es la de 18 años, en consideración a que el ordenamiento legal de Colombia establece la edad mínima de 18 años para reclutar a las fuerzas Armadas el personal llamado a prestar servicio militar".

reclutamiento por fuera del conflicto armado y evidenciar todas aquellas que concursan con el reclutamiento (concurso de delitos). Actualmente en el Congreso de la República cursa el proyecto de ley No. 179 de 2008 (Senado) presentado por la ex senadora Martha Lucía Ramírez y tramitado por la senadora Elsa Gladys Cifuentes Aranzazu, el cual tiene como finalidad incorporar dentro del Código Penal un delito denominado "Vinculación y utilización de niños, niñas y adolescentes en actividades delincuenciales y en el narcotráfico".

Delitos aplicables a la problemática del reclutamiento por fuera del conflicto armado interno

Es importante precisar que tanto en el marco del conflicto como fuera del mismo, si bien los niños, niñas y adolescentes cometen una serie de conductas punibles, ello no implica que no se pueda hacer responsable a la(s) persona(s) que convencieron u obligaron al niño a cometer la conducta delictiva, esto gracias a que el Código Penal consagra una figura denominada "determinador", en virtud de la cual una persona lleva a otra a realizar el delito. De allí que el determinador o instigador sea quien se limita a provocar en el autor concreto la realización de la conducta delictiva determinada. Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, con abuso del ascendiente (padre o madre) o autoridad que se detenta, mediante la emisión de consejos, a través de la expresión de deseos, valiéndose de apuestas, etc. (Velásquez, 2007:458). Lo importante es que cualquiera de los medios sea idóneo y eficaz para la realización de la conducta.

Así, no sólo se puede pensar en la responsabilidad del niño o niña sino que se debe informar a ellos, a sus familias y a la propia comunidad que a través de la figura del determinador se puede exigir la responsabilidad del sujeto que condujo al niño a cometer el delito, valiéndose de cualquiera de las conductas ya descritas.

Ahora, si bien no existe un delito que se asemeje al de reclutamiento ilícito para aplicar por fuera del conflicto armado, el

Código Penal consagra otros delitos que resulta necesario conocer y aplicar con el fin de imputar responsabilidades y apelar a todos los mecanismos existentes para que estas modalidades de reclutamiento no queden en la impunidad. Lo anterior, sin desconocer que, junto con el delito de reclutamiento ilícito, los niños y niñas son víctimas de otros delitos que no pueden ser desconocidos y a los que no se los debe minimizar: constreñimiento ilegal (Art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (Art. 184 C.P.), proxenetismo: inducción a la prostitución (Art. 213 C.P.), constreñimiento a la prostitución (Art. 214 C.P.), trata de personas (Art. 188 A.C.P.)²⁵, entre otros.

Otras problemáticas relacionadas

Peores formas de trabajo infantil: En 1999 se profirió por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio No. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil²⁶, que incluyen las siguientes: todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes.

25 Delito cuyas conductas se enmarcan en la promoción, inducción, constreñimiento, facilitación, financiación, colaboración o participación en el traslado de una persona dentro del territorio nacional o al exterior recurriendo a cualquier forma de violencia, amenaza, o engaño, con fines de explotación, para que ejerza prostitución, pornografía, servidumbre por deudas, mendicidad, trabajo forzado.

26 Adoptado el 17 de junio de 1999 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su octogésima séptima reunión. Entrada en vigor: 19 de noviembre de 2000. Adoptado en Colombia por la Ley 704 de 2001. Sobre las peores formas de trabajo infantil se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-170 de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Desplazamiento forzado: En el mencionado Auto 251 de 2008, sobre el seguimiento al estado de cosas inconstitucional que afecta a los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, luego de la demostración de la gravedad del delito de reclutamiento ilícito, la Corte Constitucional afirma la relación directa entre reclutamiento y desplazamiento forzado argumentando que el reclutamiento es una práctica criminal en la que incurren los grupos armados de forma extensiva, sistemática y habitual y que *el reclutamiento es una causa directa del desplazamiento forzado* a través de cuatro mecanismos causales diferentes: a) El desplazamiento forzado de familias y comunidades enteras, bien sea por amenazas, por un peligro generalizado en la región o porque un familiar o miembro de la comunidad ya ha sido reclutado y se utiliza como mecanismo de prevención; b) el desplazamiento forzado de las familias de los menores de edad que ya han sido efectivamente reclutados, debido a la persecución y presión de las familias; c) el desplazamiento forzado de las familias de los menores de edad que han sido reclutados pero que han desertado, con el fin de proteger sus vidas; d) el desplazamiento solo de los niños, niñas y adolescentes en riesgo que los envían a otros lugares para protegerlos y prevenir el reclutamiento (Los niños y los conflictos armados, 2007; citado en Corte Constitucional, 2008:35.37).

Responsabilidad penal adolescente: Muchos de los niños, niñas y adolescentes que hacen o hicieron parte de grupos armados al margen de la ley no sólo son víctimas de delitos, sino que a través de las actividades que desarrollan y a las que son forzados, terminan cometiendo diversas clases de infracciones. En muchos otros casos, la comisión de delitos ajenos al conflicto es la que los lleva a hacerse parte de los grupos armados al margen de la ley, siendo esta circunstancia un factor de riesgo para el reclutamiento ilícito.

Por lo anterior, resulta importante considerar la relación entre las políticas de prevención del reclutamiento de los niños a los grupos armados y lo existente en la actualidad en materia de prevención de la

delincuencia juvenil, con el propósito de afectar e incidir en la problemática de la participación de la niñez y adolescencia en el conflicto armado desde las diversas formas que ésta adquiere y que están relacionadas de algún modo. En este sentido, se deben tener en cuenta las diversas regulaciones del derecho internacional en las cuales se establecen lineamientos para actuar frente a la problemática de la delincuencia desde el trabajo de prevención. En este marco, uno de los más importantes instrumentos jurídicos son las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o también llamadas "*Directrices de Riad*" adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de Diciembre de 1990, que se cimienta en el siguiente postulado "la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas" (Principio fundamental No. 1).

Si bien las *Directrices de Riad* son aplicables en casos de delincuencia juvenil establecen bases que pueden orientar propuestas de prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, fundamentalmente al tener en cuenta aquellos puntos que se estipulan cuando se habla de la necesidad de planes generales de prevención que los niveles del Gobierno deberán formular, los cuales incluyan análisis de fondo del problema, funciones bien definidas de los organismos, instituciones y personal competentes, mecanismo para la coordinación adecuada de las actividades de prevención entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales, políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y evaluación cuidadosa en el curso de su aplicación, participación de la comunidad y de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil (Naciones Unidas, 1990).

Estas directrices señalan un aspecto importante para el diseño de lineamientos técnicos de una estrategia de prevención

que además de la coordinación interinstitucional, intra e intersectorial tiene que ver con la apertura y organización de la participación de la comunidad a través de diferentes actores en calidad de socializadores: familias, sector educativo, espacios comunitarios y los medios de comunicación masivos y locales.

Reflexiones finales

Desde el análisis planteado, el concepto de *reclutamiento ilícito* no sólo castiga la conducta como delito sino que hace visible la afectación de los derechos de los niños y niñas, debido a que el calificativo de la conducta delictiva como "ilícita" la hace violatoria de los derechos fundamentales.

Dada la importancia de esta problemática en Colombia que involucra a niños, niñas y adolescentes, hay que desarrollar una perspectiva que garantice la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como derechos prevalentes, lo que supone analizar jurídicamente la situación desde la noción de la niñez y adolescencia como víctima de dichas conductas antes que como victimarios. Esto no va en desmedro del reconocimiento de la responsabilidad penal que pueda surgir de las conductas cometidas por los niños, niñas y adolescentes en el marco de su participación en las hostilidades, donde pueden llevar a cabo homicidios, secuestros, hurtos y otros tipos de delitos. Desde este análisis se acentúa la importancia de abordar la problemática tratada desde un enfoque de derechos hacia los niños y niñas, considerados víctimas así como presuntos victimarios, en su condición de sujetos de derecho.

Es necesario confrontar las nociones del niño o niña vestido(a) de camuflado, portando armas y comprometido con una causa, niños llamados soldados o combatientes, para posicionar una mirada compleja de las circunstancias causales de ese tipo de conductas, evidenciando el concurso de delitos que implica y a los determinadores de aquellas, ya que penalmente por un delito no sólo responde quien lo ejecutó sino aquel que valiéndose de amenazas o promesas falsas llevó a otro a realizarlo. Incluso, si bien no es

objeto de este artículo, hay que profundizar las consecuencias de los análisis sobre el componente simbólico ligado a la idealización (y naturalización) de la guerra, de los guerreros y a la apropiación de ello por parte de los sujetos y de sectores de la sociedad.

Es importante la convicción acerca de la inexistencia de algún nivel de voluntariedad en la participación de la niñez en el conflicto armado, ya que el reclutamiento "voluntario" en Colombia sólo está revestido de una capa de apariencia con la que los determinadores y perpetradores pretenden eximirse y trasladar sus responsabilidades. Obviamente, esto no supone diluir el espectro de factores que condicionan y determinan que niños, niñas y adolescentes realicen actividades para los grupos armados organizados al margen de la ley e ingresen a sus filas.

La precisión terminológica en torno a la problemática analizada del reclutamiento, desde una perspectiva jurídica para la exigibilidad y garantía de los derechos, es sólo un paso aunque bastante significativo para la comprensión rigurosa y la orientación de las vías de acción para su resolución. A los 20 años de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, nos encontramos con importantes desafíos para el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, la aplicación del interés superior del niño, la protección integral desde la perspectiva de género y la corresponsabilidad para la realización de sus derechos fundamentales. Que las modalidades de reclutamiento ilícito, vinculación y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado sigan vigentes impone la prioridad de profundizar las acciones coordinadas interinstitucionales e intersectoriales así como posicionar medidas eficaces para la no repetición de los hechos que ocasionaron dichas conductas. Ishmael Beah, ex niño soldado en Sierra Leona, en su visita a Colombia en febrero de 2009, afirmó:

En cualquier lugar del mundo en donde haya una guerra, donde haya alguna clase de violencia, los niños y particularmente las mujeres, se vuelven el centro del conflicto y son más vulnerables.

Cuando no hay una familia pueden ser manipulados fácilmente y usarlos para hacer cosas de las que probablemente no se pueda convencer a un adulto. (...) Quiero hacer entender que se necesita trabajar más por los niños, que hay mucho por hacer todavía y que debe entenderse que los niños no deben estar en medio del conflicto.

Bibliografía

- ÁVILA, Ariel, ILA, Paula y otros autores: "Una lectura de los impactos del conflicto armado en la primera infancia en tres territorios: Arauca, Magdalena Medio y Putumayo", Bogotá, Corporación Nuevo Arco Iris – OEL, noviembre 2008, inédito.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Capítulo IV, Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, Washington D.C, 1999.
- Corte Constitucional, *Sentencia SU 159 de 2002*.
- Corte Constitucional, *Sentencia C-203 de 2005*.
- Corte Constitucional, Auto 251 de 6 de octubre de 2008.
- CORNU, Gerard, *Vocabulario Jurídico*, Bogotá, Temis, 1995.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Informe Anual*, Bogotá, 2004.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Defensoría Delegada para la evaluación de riesgos de la población civil como consecuencia del conflicto armado Sistema de Alertas Tempranas – SAT, *Informe de Riesgo N° 021-08 A.I.*, 2008.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, UNICEF, *Caracterización de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: Inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*, Bogotá, 2006.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Nota de seguimiento No. 010-09* Primera al Informe de Riesgo N° 021-08 A.I. emitido el 1 de octubre de 2008, Sistema de Alertas Tempranas SAT, 19 de junio de 2009.
- GIACOMETTO FERRER, Ana, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá, Editorial Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2003.

HENKAERTS, Jean – Marie, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y el respeto del derecho de los conflictos armados*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 857, marzo 2005.

“Los Niños y los conflictos armados – Informe del Secretario General”. Documento de Naciones Unidas No. A/62/609-S/2007/757, del 21 de diciembre de 2007. Citado en CORTE CONSTITUCIONAL, *Auto 251 de 6 de octubre de 2008*.

“Los Principios de París. Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados”, Febrero de 2007.

NACIONES UNIDAS, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil* o Directrices de Riad, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/112 del 14 de Diciembre de 1990, Numeral III, ítem 9

PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Editor José M. Bosch S.A., 1996.

SPRINGER, Natalia, *Prisioneros combatientes datos del primer informe exploratorio sobre el uso de niños niñas y adolescentes para los propósitos del conflicto armado en Colombia*. En: http://www.alape.org/Reclutamiento_Colombia.pdf

SWINARSKI, Christophe, *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1991.

VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal*. Parte General, 3ra edición, Edit. Comlibros, Medellín, 2007.

