

La responsabilidad de crecer en un conflicto armado*

The Responsibility of Growing Up within an Armed Conflict

A responsabilidade de crescer no conflito

Laura Daniela Useche Acevedo**

Fecha de recepción: 26 de abril de 2021

Fecha de aprobación: 22 de julio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11011>

Para citar este artículo: Useche Acevedo, L. D. (2022). La responsabilidad de crecer en un conflicto armado. *ANIDIP*, 9, 1-26. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11011>

Resumen

Pese al acuerdo sobre la proscripción del reclutamiento de menores representado principalmente en su carácter de crimen de guerra, no es claro si quienes cumplen la mayoría de edad al interior del grupo armado son sujetos de protección o deben responder ante la justicia penal por los crímenes cometidos, así como el alcance de esta responsabilidad. Dentro de la Corte Penal Internacional (CPI) la dualidad de criterios se hace evidente cuando, por un lado, se condena únicamente por reclutamiento de menores a Thomas Lubanga, pero a la vez se juzga de manera plena a Dominic Ongwen por los crímenes cometidos siendo mayor de edad sin tener en cuenta su temprano reclutamiento.

De la misma manera, en el escenario colombiano existen posturas a favor y en contra de la responsabilidad, aunque la justicia ordinaria se ha decantado por una eventual responsabilidad por hechos cometidos durante la minoría de edad, pero responsabilidad plena para aquellos perpetrados siendo mayor. Así, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se enfrenta a un escenario en el que

* El presente artículo es producto de investigación en el marco del Observatorio del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y garantía de No Repetición del acuerdo final de paz (SIVJRNR) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

** Abogada especialista en derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Investigadora junior de la Escuela de investigación y Pensamiento penal -Luis Carlos Pérez- Polcrymed, de la Universidad Nacional de Colombia y coordinadora académica del Observatorio del SIVJRNR.

deberá conciliar argumentos contradictorios y hacer uso efectivo de sus características únicas con el fin de lograr verdadera justicia para todas las víctimas del conflicto colombiano.

Palabras Clave: reclutamiento de menores; responsabilidad penal; conflicto armado; criterio etario; protección a la infancia.

Abstract

Despite the consensus on the prohibition of child recruitment, represented mainly in its character of war crime, it is not clear if those who reach the age of majority inside an armed group are subjects of special protection, or if they should be held accountable before criminal justice for the crimes they have committed, and the scope of this responsibility is unclear as well. Within the International Criminal Court, double standards are evident when, on the one hand, it condemns Thomas Lubanga only for child recruitment, but on the other, fully judges Dominic Ongwen for the crimes committed as an adult, without considering his early recruitment.

Similarly, in the Colombian scenario there are positions for and against such responsibility. However, the justice system has opted for eventual liability for crimes committed as minors but full responsibility for those committed while adults. Thus, the Special Jurisdiction for Peace faces a scenario in which it must reconcile contradictory arguments and make an effective use of its unique characteristics effectively to accomplish true justice for all the victims of the Colombian armed conflict.

Keywords: Child recruitment; criminal responsibility; armed conflict; age criterion; child protection.

Resumo

Apesar do acordo sobre a proscrição do recrutamento de menores representado principalmente no seu caráter de crime de guerra, não é claro sim quem cumpre a maioria de idade ao interior do grupo armado é sujeito de proteção ou deve responder ante a justiça penal pelos crimes cometidos, assim como o alcance desta responsabilidade. Ao interior da Corte Penal Internacional a dualidade de critérios é evidente quando, por um lado, é condenado unicamente por recrutamento de menores a Thomas Lubanga, mas à mesma vez é julgado de maneira plena Dominic Ongwen pelos crimes cometidos sendo maior de idade sem ter em conta seu recrutamento precoce. Do mesmo jeito, no cenário colombiano existem posturas a favor e em contra da responsabilidade pelos atos cometidos sendo menor de idade,

mas responsabilidade plena pelas ações perpetradas sendo maior. Assim, a Jurisdição Especial para a Paz está enfrentada a um cenário no que deverá conciliar argumentos contraditórios e fazer uso efetivo das suas características únicas com o fim de lograr verdadeira justiça para todas as vítimas do conflito colombiano.

Palavras-chave: recrutamento de menores; responsabilidade penal; conflito armado; critério etário; proteção à infância.

En mi vida me han criticado solo por mi pasado, pero nadie sabe que yo solo tenía una bifurcación. Me tocó elegir, elegí un camino, porque creía que era el mejor, solo me equivoqué y de ahí empezó mi horrible pasado (que quiero olvidar).

Bandy Brayan-15 años¹

Introducción

Al reconocer la existencia de conflictos armados en el mundo actual de inmediato hay consenso respecto a la necesidad de proteger a los niños que se encuentran inmersos en ellos,² por medio del reconocimiento de las características que los hacen altamente vulnerables. Como medida de protección sobresaliente, se ha identificado la necesidad de acabar con el reclutamiento de menores,³ una práctica que tristemente persiste en los conflictos.

Cuando un niño es reclutado se somete a múltiples flagelos que destruyen su vida y su integridad, pues es víctima de daños físicos y psicológicos que afectan su vida adulta.⁴ A pesar de esta claridad, subsisten indeterminaciones a la hora de establecer la responsabilidad penal que deben enfrentar quienes fueron reclutados

- 1 Fragmento del poema titulado “Mi pasado aún no me ha derrotado”, publicado como parte de los escritos de niños, niñas y adolescentes que han sufrido de manera directa el conflicto armado y que se encuentran en proceso de restablecimiento de derechos en la Fundación Benposta (Fundación Fahrenheit et al., 2019).
- 2 Los cuatro convenios de Ginebra y sus dos protocolos establecen protección específica para los niños en conflictos armados. Además, deben observarse los derechos garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2007). Estos instrumentos han sido ratificados por casi todos los países del mundo.
- 3 Esta práctica se encuentra proscriba en diversos tratados internacionales y tipificada en casi todos los países del mundo, como se verá más adelante.
- 4 De acuerdo con el estudio de Elisabeth Schauer presentado ante la CPI, estas experiencias generan dificultad en el desarrollo de los niños. La autora resalta que muchos presentan desorden de estrés postraumático, el cual tiende a permanecer. Además, muchos abusan de drogas o alcohol, sufren depresión y disociación, tienen problemas de aprendizaje y muestran conductas altamente violentas (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012b, párr. 39-41).

siendo menores de edad pero alcanzaron la mayoría de edad al interior del grupo, cuya respuesta representa un enorme desafío para la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en el marco del proceso de paz colombiano.

Con el fin de identificar no solo cuáles son las opciones con las que cuenta esta jurisdicción, sino además determinar cuál es el camino más conveniente, en el presente documento se abordará: (i) el contexto internacional de conflicto y los diferentes postulados que reconocen la gravedad del reclutamiento forzado de menores y sus secuelas; (ii) la forma en la que la Corte Penal Internacional (CPI) ha lidiado con las dos caras de este fenómeno; (iii) las respuestas que desde el derecho colombiano se han dado a la posibilidad de juzgamiento de víctimas del reclutamiento, y (iv) el planteamiento de la tesis con la que se busca la solución más adecuada dentro de los procedimientos adelantados por la JEP.

1. Los niños de un mundo en conflicto

En 1945, después de dos guerras atroces, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue creada con el fin de conservar la paz y la seguridad. Desde entonces, el mundo no ha vivido una conflagración interestatal de las dimensiones previas, pero ello está lejos de demostrar que la ONU ha cumplido su objetivo. A pesar de que los conflictos internacionales se han reducido, los enfrentamientos están lejos de desaparecer; incluso, podemos decir que han aumentado en número, duración e impacto;⁵ se han vuelto más fragmentados, atravesados por el uso de nuevas tecnologías (ONU, 2020) y ponen en mayor riesgo a la población y bienes civiles (CICR, 2013).

Estos conflictos armados generan un gran impacto en las sociedades que los viven, perjudicando a millones, de diversas formas que van desde la muerte y el desplazamiento hasta rezagos en el desarrollo nacional. A su vez, los Estados que no los sufren directamente deben hacer frente a problemáticas como la creciente proliferación de refugiados.⁶

Aunque el conflicto tiene efectos generalizados, no todos los grupos poblacionales enfrentan las mismas consecuencias. Las mujeres, por ejemplo, suelen ser sujeto de humillaciones tanto por sus funciones biológicas como por los roles de género, e incluso cuando no son víctimas directas, la pérdida del hombre de quien son hijas, madres o esposas a menudo las conduce a situaciones de pobreza y exclusión (Dewhirst

5 En la actualidad, de los 21 países en los que el CICR mantiene operaciones clave, 6 causaron el mayor número de víctimas en 2019: Yemen (5 años); Siria (9 años); Sudán del Sur (7 años); Somalia (30 años) y Afganistán e Irak (20 años cada uno) (ACNUR, 2020).

6 En 2018 cerca de 70.8 millones de personas se encontraban desplazadas forzosamente de sus hogares y el número de refugiados alcanzó los 25.9 millones. Uno de cada dos refugiados era un niño o niña, muchos de los cuales se hallaban solos o sin sus familias (ACNUR, 2019).

& Kapur, 2015). Este impacto diferenciado también ha sido reconocido para la población LGBTI, que experimenta violencia por motivos discriminatorios exacerbados (Sandoval, 2020), así como las comunidades afro, campesina o indígena.

Los niños también sufren desproporcionadamente los impactos de la guerra. Quienes nacen en medio de un conflicto son parte de este sin entender sus causas y quedan expuestos a sus consecuencias. Numerosos niños son asesinados o mutilados por el uso indiscriminado de armas,⁷ son separados de su familia y desarraigados de su territorio, muchas veces quedan huérfanos o desprovistos de cuidado, y las circunstancias del enfrentamiento tienen secuelas en su desarrollo.

Los niños no solo sufren los efectos de la guerra, sino que además son utilizados como instrumentos. Las fuerzas combatientes tienden al reclutamiento de menores porque un niño soldado tiene ventajas frente a los adultos: es más obediente e influenciable, resulta menos costoso, es más discreto y menos propenso a huir (CICR, 2019). Por esto, en 2015 todavía en 18 países se mantenía esta práctica,⁸ en al menos 7 de ellos también se utilizan niñas,⁹ y alrededor de 51 grupos armados documentados por la ONU reclutaban menores¹⁰ (Save the Children, 2015).

A su vez, muchos niños deciden enlistarse como efecto de otras consecuencias del conflicto: su familia no cuenta con los medios económicos para garantizarles su manutención o no tienen una familia que cuide de ellos y ven en el grupo armado la única manera de obtener alimento y vestido. Otras veces toman la decisión porque debieron abandonar sus estudios y creen que esa es la única manera de tener un futuro o porque al sentirse amenazados buscan protegerse (Machel, 1996).

Una vez ingresan al grupo armado, sin importar la forma en la que llegaron, su infancia es destruida. Se separan de su familia y amigos, pierden cualquier posibilidad de acceder a educación y son altamente vulnerables a ser heridos, asesinados o encarcelados. Además, son sujetos de violencia psicológica, son muy impresionables y los traumas generados por los eventos dramáticos que presenciaron o las atrocidades que debieron cometer continúan siendo revividos aun años después de su desvinculación (CICR, 2019).

El adoctrinamiento también trae consecuencias desastrosas pues, en una edad en la que identifican su posición en el mundo, el ensalzamiento de las actividades bélicas, el rechazo a quienes son considerados “enemigos” y la atracción frente a prácticas atroces marcan su desarrollo y su futuro. Crecer en estas condiciones

7 En 2019, la ONU documentó más de 10000 casos de niños muertos o mutilados (ONU, 2020).

8 Siria, República Centroafricana, Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Filipinas, Irak, Líbano, Mali, Nigeria, Myanmar, Pakistán, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, República Democrática del Congo, Tailandia y Yemen.

9 Cerca del 40 % de los menores al interior de grupos armados son niñas (Drumbl, 2015).

10 Entre los que se encuentran Boko Haram, el Estado Islámico y las FARC-EP.

hace que quienes logran desvincularse del grupo armado tengan dificultades para reincorporarse a la sociedad (Machel, 1996).

Con el reconocimiento de estos impactos, la prohibición del reclutamiento de niños y niñas ha sido identificada como parte del derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados (Norma 136, Reclutamiento de niños, s. f.) y establecida reiteradamente en instrumentos globales y regionales.¹¹ De la misma manera, organismos internacionales se han pronunciado sobre la importancia de acabar con esta práctica¹² y las legislaciones de casi todos los países han integrado dicha prohibición.¹³

Pero la condena internacional al reclutamiento de menores de 15 años¹⁴ se cristalizó con el reconocimiento de que su práctica constituye un crimen de guerra (CG), de conformidad con los artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma (ER) de la CPI. Con ello, se lo identifica como uno de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional de conformidad con el inciso 4 del preámbulo del ER.

Sin embargo, este rechazo que parece contundente se torna difuso cuando se considera la transitoriedad de la niñez. Un niño reclutado no será siempre un niño, y pronto la protección desaparece, dejándolo a la deriva si no ha logrado desvincularse del grupo antes de ser considerado legalmente como un adulto. Aunque las secuelas de la vinculación temprana no desaparecen, judicialmente cambia su tratamiento y mientras el CICR (2019) insta a los Estados a abstenerse de enjuiciar a los niños y considerarlos principalmente como víctimas, cuando se trata de mayores de edad no es claro si estas consideraciones deben mantenerse o si debe imponerse responsabilidad, evento en el que resulta dudoso su alcance.

¿Qué tan responsable es una persona que ha continuado su vida adulta al interior de un grupo armado, cuando ha sido reclutada siendo menor? Este crimen le ha robado su infancia, le ha impedido el acceso a otras formas de vida, lo ha

11 Protocolo I y II adicional a los Convenios de Ginebra, Artículos 77(2) y 4(3)(c) respectivamente; Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 38(3); Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño, Artículo 22; Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, Artículos 1 y 3(a); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados; Compromisos de París para proteger a las niñas y niños reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados; Principios y Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas o grupos armados.

12 Resoluciones 1261, 1612, 1882 y 1998 del Consejo de Seguridad de la ONU; Organización para la Unidad Africana, Resolución 1659; XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Resolución IX; XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Resolución 2; Corte IDH, Caso Vargas Areco v. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, parr. 111-129.

13 Entre otros: Alemania, Azerbaiyán, Australia, Bangladesh, Colombia, Congo, Filipinas, Malaisia, Jordania, Países Bajos, Nueva Zelanda, Reino Unido y Ucrania.

14 El ER estableció la edad límite en 15 años, aunque otros instrumentos internacionales y nacionales la han determinado en 18 años. Actualmente se considera totalmente prohibido el reclutamiento de menores de 15 años, y el de jóvenes entre 15 y 18 aceptable excepcionalmente.

aislado de su entorno y le ha enseñado únicamente la guerra. Con la avenida de un cumpleaños, la ley se torna exigente y las normas parecen imponerle la carga de desvincularse, sin tener en cuenta que los jóvenes adultos sufren el mismo daño que los niños mayores (Drumbl, 2015).

2. Las dos caras de un mismo fenómeno

En poco más de 20 años de existencia, la CPI ha estudiado la comisión del CG de reclutamiento de menores respecto de seis acusados,¹⁵ lo que evidencia la magnitud del fenómeno si se tiene en cuenta que hasta el momento se han investigado situaciones de 13 países, de las cuales únicamente 9 tienen casos abiertos y que la CPI no está llamada a juzgar a todos los responsables.¹⁶ La importancia de esta conducta se hace aun más evidente por el hecho de que su primera condena, en contra de Thomas Lubanga, se fundamentó exclusivamente en este CG.

En la situación de la República Democrática del Congo (RDC), Lubanga emprendió una campaña de reclutamiento de jóvenes dentro del ala armada del movimiento Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), en la que la aptitud para ser miembro se definía por las capacidades físicas y no por la edad, lo que llevó al enlistamiento de cientos de menores de 15 años¹⁷ (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 764 y 785).

Los niños reclutados eran sometidos a un régimen de entrenamiento igual al de los adultos y una vez terminado eran dispuestos para el cumplimiento de diferentes roles: algunos eran enviados a campos de batalla, otros usados como guardias y muchos más preferidos por los comandantes, incluido Lubanga, como guardaespaldas (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 889 y 1277). Para las niñas, la situación resultaba peor pues, además, debían atender labores domésticas y eran obligadas a proporcionar servicios sexuales, lo que implicaba que resultaran embarazadas y fueran sometidas a abortos, fueran altamente vulnerables al contagio de enfermedades y que, en caso de lograr la desvinculación, fueran rechazadas por sus familias y estigmatizadas por la comunidad (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 892).

Las circunstancias del reclutamiento y sus consecuencias fueron reconocidas por la CPI como elemento central para la condena. En su análisis, identifica que con este CG se reconoce la vulnerabilidad de los niños y la necesidad de una protección especial

15 Joseph Kony, Thomas Lubanga, Bosco Ntaganda, Dominic Ongwen, Alfred Yekatom y Patrice-Edouard Ngaiissona.

16 El grado de responsabilidad de los presuntos perpetradores es un criterio de selección para la fiscalía, debiendo conducir investigaciones solo respecto de quienes parecen ser los máximos responsables (Fiscalía de la CPI, 2016).

17 De acuerdo con el informe presentado por el Grupo de Víctimas 01, aproximadamente 2900 menores de 15 años fueron enlistados en el FPLC (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012b, párr. 46).

que garantice su bienestar físico y psicológico no solo frente a las lesiones, sino respecto del trauma que puede causarles la separación de sus familias, el abandono de los estudios y la exposición a un ambiente de violencia y miedo (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 605). Así, el fin de este tipo de CG se fundamenta no en el reclutamiento en sí mismo sino en lo que implica para los niños.¹⁸

La condena, que resultaba histórica no solo por su privilegiada posición en el tiempo, sino por enviar un mensaje contundente de repudio a esta práctica, rápidamente fue celebrada por organizaciones internacionales. Así, Unicef (2012) la calificó como una “victoria fundamental” que envió el mensaje a los grupos armados de que la utilización de niños no será tolerada. De la misma manera, Human Rights Watch (2012) la consideró un primer paso en la justicia para los miles de niños obligados a luchar, y una manera de crear conciencia sobre la difícil situación que enfrentan. Pero mientras en el caso Lubanga se hablaba con orgullo de la protección contundente que la comunidad internacional le brindaba a la niñez, al interior de la CPI se juzgaba la responsabilidad de un niño soldado, ahora adulto, en la comisión de Crímenes de Lesa Humanidad (CLH) y CG: Dominic Ongwen.

Aunque los registros de nacimiento ugandeses son deficientes, en Decisión de Confirmación de Cargos (DCC) y de acuerdo con los postulados de la fiscalía, la Sala determinó que Ongwen nació en 1975 (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, decisión 1) y fue reclutado por el Ejército de Resistencia del Señor (ERS) en 1987, cuando tenía apenas 12 años. Los cálculos de la defensa, que se fundamentan en testimonios, son más radicales y afirman que el año de nacimiento es 1978, lo que lleva a pensar que fue reclutado cuando bordeaba los 9 años (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, párr. 11 y 12).

En su escrito para la audiencia de confirmación de cargos, la defensa relató las circunstancias y el contexto que determinaron su participación en el conflicto. Ongwen fue reclutado mientras iba a su escuela, cuando su madre lo buscaba fue asesinada. De su padre nunca se supo, pero se presume que también fue asesinado. A temprana edad Dominic fue golpeado, torturado, testigo de actos despreciables y obligado a cometerlos por su mano (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, párr. 2 y 3). El mismo Ongwen declara que él es una víctima del ERS y que este grupo arruinó su vida mucho antes de que pudiese tener consciencia de ello (BBC Mundo, 2016).

18 Esta finalidad fue reconocida en el juicio a Ntaganda, en el que la Sala señaló que el propósito es proteger a los niños frente a la participación activa en hostilidades y los riesgos que ello representa en su vida y bienestar (*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 2019, párr. 1108).

La Sala de Cuestiones Preliminares II, sin embargo, considera que estos argumentos carecen de fundamento jurídico. En su lugar, señala que Ongwen tuvo alternativas para evitar o minimizar la comisión de crímenes, y que no existió coacción ni ninguna otra circunstancia que lo relevara de su responsabilidad, confirmando así los 70 cargos imputados (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, párr. 150-156).

En sus alegatos previos al juicio, la defensa propuso nuevamente la calidad de víctima en el centro del debate. En su opinión, la CPI falla en el reconocimiento de esta calidad y de sus consecuencias a largo plazo al considerar que estas desaparecen una vez cumplida la mayoría de edad y adoptar una visión en la que se impone un estatus de víctima/perpetrador en contravía del paradigma según el cual “una víctima siempre será una víctima” (Defence for Dominic Ongwen, 2020, párr. 11-12). Como eximentes de responsabilidad, la defensa propone las causales previstas en el artículo 31(1) literales (a)¹⁹ y (d)²⁰ del ER.

La CPI analizó estos dos argumentos y concluyó que ninguno de ellos tiene asidero. Ongwen no tiene rastros de ninguna enfermedad mental ni existen pruebas de la existencia de coacción, y se advierten crímenes que fueron cometidos en privado, así como de la posibilidad de huir bien conocida dentro del grupo. De forma más contundente, la CPI establece que su calidad de víctima no constituye una defensa de los crímenes que hubiese cometido en la edad adulta. De esta manera termina encontrándolo culpable de 61 cargos (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2668-2672).

El análisis de la CPI en este último caso es juicioso en cuanto a los elementos legales, pero aborda muy poco la calidad de víctima de Ongwen o la manera en que sus derechos como víctima deben ser garantizados. Si bien es cierto, esta calidad por sí sola no exime de la responsabilidad por crímenes posteriores, tampoco parece correcto desconocer las consecuencias de un CG que, como en el caso *Lubanga*, han sido ampliamente reprochadas.

El solo hecho de que se hayan adelantado estos juicios de manera casi consecutiva deja ver el alcance del fenómeno en el que niños víctimas se convierten en adultos victimarios. El contexto no es irrelevante y genera preguntas complejas: ¿podría Dominic Ongwen ser acreditado como víctima en el juicio en contra de su captor Joseph Kony? ¿Podría una de las víctimas en el caso *Lubanga* ser juzgada por los crímenes que hubiese podido cometer al interior del FPLC? Hasta ahora ambas respuestas parecen afirmativas.

19 Enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta.

20 Coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esta amenaza.

3. Niños luchando en una guerra perpetua

Colombia ha vivido uno de los enfrentamientos más largos y mortíferos del mundo. Se formalizó en la década de los 60 pero hunde sus raíces en los 40 (Niño, 2017), y sus causas son una conjunción entre tensiones por la tierra y abandono estatal, se trata de un conflicto rural (Giraldo, 2015) que con el paso de los años adoptó intereses económicos y políticos.

Los efectos de una guerra tan prolongada son abrumadores. Las cifras oficiales hablan de 8553416 víctimas nacionales, de las cuales 1335742 son menores de 18 años (RNI, 2020). Estas cifras tienen además un alto índice de subregistro debido al inicio tardío en la recolección, el no reconocimiento del conflicto, difícil acceso a ciertas zonas, ausencia de procedimientos, dificultad para definir modalidades de violencia, políticas de silenciamiento y falta de confianza en las instituciones (Centro Nacional de Memoria histórica [CNMH], 2018).

Las cifras son igualmente alarmantes en cuanto al fenómeno de reclutamiento de menores. Según datos del Gobierno, entre 2002 y 2020 14200 niños fueron reclutados por grupos armados ilegales, en su mayoría las FARC-EP (58%), y 8794 alcanzaron la mayoría de edad dentro de las filas (El Tiempo, 2020). A su vez, de acuerdo con datos del CNMH, desde 1960 hasta 2016 la cifra de reclutados alcanza los 16879 (CNMH, 2017).

En Colombia el reclutamiento ha adoptado diversos métodos de incorporación y uso de niños y guarda una estrecha relación con el territorio y la presencia estatal,²¹ los diferentes momentos de la guerra²² y las políticas internas de cada grupo.²³ A diferencia de sus homólogos, en Colombia ha sido mayoritaria la incorporación voluntaria (CNMH, 2017).

En materia jurídica, de manera similar a lo previsto en el ER, el artículo 162 del Código Penal establece el reclutamiento ilícito como un delito en el marco del conflicto armado, pero eleva la edad permitida para la participación en hostilidades de 15 a 18 años, determinando un escenario nacional más garantista.²⁴

21 Las zonas de mayor reclutamiento son las que han tenido mayor presencia y dominio de los actores armados, en las que existen precarias condiciones económicas y sociales.

22 Por ejemplo, el ingreso aumenta cuando hay necesidad de defender el territorio, incursionar en otro o se reconfiguran los actores. Así mismo, crece la desvinculación cuando se desgastan las estructuras o se implementan planes contra insurgentes exitosos.

23 Los grupos guerrilleros reclutaban mayoritariamente mediante la persuasión, mientras que los paramilitares lo hacían intercambiando dinero.

24 Colombia formuló reserva a la Convención sobre los Derechos del Niño en la que señaló que para efectos de las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 38, se entiende que la edad es de 18 años.

Así mismo, las tres altas cortes del país han rechazado el reclutamiento, señalando que deja huellas imborrables en personas vulnerables e inocentes y afecta el futuro de toda la nación, lo que hace totalmente inaceptable su práctica (Corte Suprema de Justicia, 2012, p. 48), pues va en contra de la prevalencia de los derechos del menor y es además una vulneración de los DDHH y del DIH y un crimen internacional (Corte Constitucional, 2009, párr. 5), fundando la proscripción de participación en la guerra en la falta de madurez física y mental (Consejo de Estado, 2016, párr. 12).

Los problemas aparecen a la hora de aplicar estos conceptos en la realidad colombiana. La calidad de víctimas fue reconocida en el artículo 15 de la Ley 418 de 1997 para toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades; sin embargo, posteriormente fue restringida por la Ley 1448 de 2011, que en su artículo 3 párrafo 2 señala que los miembros de grupos armados únicamente se reconocerán como víctimas cuando se hayan desvinculado siendo menores de edad. Esta última disposición, de acuerdo con las cifras oficiales expuestas, excluye a más de la mitad de los menores reclutados.

Al analizar la procedencia de la responsabilidad penal es posible identificar posturas contradictorias. Por un lado están quienes señalan que deben ser responsables por los delitos que cometieron teniendo en cuenta la voluntariedad de su vinculación, los derechos de las víctimas de sus actos, la posibilidad del juzgamiento de adolescentes y su capacidad para abstenerse de cometer crímenes. Por otro lado, quienes rechazan la responsabilidad se fundamentan en el déficit en las condiciones sociales que obliga a los jóvenes a unirse al grupo armado y en el deber de énfasis en la responsabilidad del Estado y los grupos armados, así como de orientación de las políticas públicas hacia la prevención (Acuña, 2012).

De la conciliación de estas dos tendencias surgen claridades pero persisten zonas grises. Es claro que los menores de 14 años no deben ser sometidos a ninguna forma de responsabilidad, pues en atención a su desarrollo físico y psicológico incluso a quienes no tienen la calidad de menores reclutados se les excluye del sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de conformidad con el artículo 169 del Código de Infancia y Adolescencia.²⁵

Respecto a quienes se encuentran entre los 14 y 18 años, también pareciera clara la ausencia de responsabilidad sobre delitos políticos, pues este es un elemento esencial del tipo de reclutamiento ilícito y, por tanto, de su calidad de víctimas.

25 En relación con el artículo 40(3)(a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados parte al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presume la incapacidad para infringir la ley penal.

La situación empieza a complicarse cuando se trata de delitos comunes. En este caso, llama la atención la decisión de la Corte Constitucional (2005) en la que se estableció que, además de su calidad de víctimas, también tienen calidad de victimarios y por tanto deben responder penalmente por los delitos cometidos dentro de un procedimiento en el cual se observen garantías especiales.²⁶

El alto tribunal fundamenta esta decisión en tres consideraciones: (i) la ausencia de prohibición del juzgamiento penal de menores de edad, siempre que reciban un tratamiento procesal adecuado y se facilite su reincorporación; (ii) la ponderación de sus derechos con los de las víctimas de sus actos, y (iii) el hecho de ser víctimas no excluye su capacidad para decidir su participación en hechos punibles.

La sentencia, sin embargo, no fue unánime. Tres de los nueve magistrados salvaron el voto de manera conjunta, considerando que resultaba un contrasentido someter a los menores a procedimientos penales cuando eran sujetos pasivos de la conducta que les había llevado a la comisión de delitos. Para ellos, el Estado debe asumir la responsabilidad por sus falencias, que han permitido la gravedad del reclutamiento, y no igualar al menor reclutado a otro adolescente delincuente (Corte Constitucional, 2005).

En sus intervenciones dentro del proceso, entidades administrativas también se pronunciaron en contra de la responsabilidad penal. Así, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF— (Corte Constitucional, 2005) consideró que el legislador debía ser cuidadoso para no hacer nugatorios los derechos fundamentales de los niños; para la Procuraduría General de la Nación —PGN— (Corte Constitucional, 2005) por el solo hecho de haber sido reclutados, los niños son víctimas y deben ser sujetos de medidas de restablecimiento. En este sentido, la PGN manifiesta que ha solicitado la cesación del procedimiento en casos que cursan contra menores desvinculados del conflicto, a lo que han accedido 138 jueces.

La tesis en contra de la responsabilidad penal por los delitos cometidos siendo menor de edad encuentra respaldo en instrumentos normativos como el Mandato de Aplicación Preferente del Principio de Oportunidad²⁷ previsto en el artículo 174 del Código de Infancia y Adolescencia como principio rector en la determinación de la responsabilidad de los adolescentes.

26 (i) Propender hacia la promoción y materialización de su interés superior, (ii) Respetar las garantías sustanciales y procesales para la protección de los menores privados de la libertad, (iii) Orientarse primordialmente hacia la resocialización, rehabilitación, tutela y educación, (iv) Analizar su condición de víctimas del reclutamiento forzado (Corte Constitucional, 2005, párr. 8).

27 Definido en el artículo 323 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) como la facultad constitucional que permite a la Fiscalía, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal.

El Consejo de Estado, si bien no rechaza el juzgamiento, establece la necesidad de diferenciarlo en el caso de menores desmovilizados, que debe realizarse de la mano del ICBF y tener como eje central su condición de víctimas. Además, en el caso concreto hace especial énfasis en que los hechos fueron cometidos durante la minoría de edad, pese a haber sido judicializado una vez superada esta barrera (Consejo de Estado, 2016, párr. 14).

En conclusión, y pese a la polémica sentencia del tribunal constitucional, existe una tendencia a la ausencia de responsabilidad por los delitos cometidos siendo menor de edad, aunque eventualmente se permite el juzgamiento bajo ciertos estándares de protección y sin que se desestime su calidad de víctima.

El problema se vuelve más complejo cuando se trata de personas que, a pesar de que fueron reclutadas siendo menores, se desvincularon de las filas siendo mayores de edad y por lo tanto son juzgados con responsabilidad penal completa por los hechos cometidos como adultos.

En estos escenarios se ha identificado una doble calidad. Por un lado, se identifican como víctimas del reclutamiento, y por esta condición adquieren el derecho de ser reparados en el marco del juzgamiento de los reclutadores. Por otro, se reconocen como victimarios de los delitos graves que hubiesen podido cometer como mayores de edad (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 36-42).

A pesar de ello, ni la normativa ni la jurisprudencia brindan respuestas contundentes en estos escenarios y persiste la indeterminación sobre un fenómeno que tiende a quedarse bajo la alfombra de las discusiones públicas, pero que por las cifras parece ser de grandes dimensiones.

4. Aprendiendo a vivir en paz

En 2012, Colombia empezó a considerar la paz negociada como la mejor manera de poner fin al enfrentamiento más largo del continente. El país ya había adelantado procesos de paz²⁸ que representaban más de 34 años de esfuerzo, los cuales sentaron las bases para que el gobierno de Juan Manuel Santos emprendiera nuevamente un proceso con las FARC-EP y en 2016 lograra un acuerdo que ha sido calificado como el más completo e integral de todos (Santos, 2018).

28 Proceso de La Uribe, Meta (1982-1986), Proceso de paz con el M-19 (1989-1990) que desencadenó en procesos con el EPL, Quintín Lame y PRT en el marco de la Asamblea Constituyente, Proceso de paz con la coordinadora guerrillera Simón Bolívar (1992), Proceso de paz con la Corriente de Renovación Socialista (1993-1994), Acercamiento entre el presidente Samper y el ELN (1997-1998), Proceso del Caguán (1998-2002), Proceso de paz con el ELN (1997-2002), Diálogos con el ELN (2005-2008), Proceso de paz con las AUC (2003-2006) (Pares, 2019).

Dentro del acuerdo, el punto 5 creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) integrado por mecanismos judiciales y extrajudiciales que abordan diferentes enfoques, donde la JEP es la instancia judicial prevista.

Según el Acuerdo Final de Paz, los objetivos de la JEP son (i) satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas, (ii) ofrecer verdad a la sociedad, (iii) proteger los derechos de las víctimas, (iv) contribuir al logro de la paz, y (v) adoptar decisiones que brinden seguridad jurídica. Para ello, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1957 de 2019, se debe aplicar el Código Penal colombiano, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, siempre con observación del principio de favorabilidad.

Ante la gran cantidad de ilícitos cometidos durante el conflicto, para el ejercicio de sus labores la JEP agrupa, a partir de criterios de priorización y selección, los hechos más graves y representativos en macrocasos destinados además a identificar patrones y prácticas comunes (JEP, s. f. a). Dentro de este procedimiento y reconociendo la afectación de múltiples derechos de los niños y niñas, así como la magnitud de esta práctica y los altos niveles de impunidad,²⁹ en 2019 la JEP avocó conocimiento del Caso 07 “Reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado”. Dentro de este caso se acreditan como víctimas a todos quienes siendo niñas y niños fueron reclutados o utilizados en la guerra (JEP, s. f. b)

Esta concepción amplia de víctimas, que impone el criterio etario como determinante únicamente al momento de la vinculación, abre la puerta para que se reconozcan, con todo lo que ello implica,³⁰ a quienes se desvincularon del grupo siendo mayores de edad. Adicionalmente, podrán ser víctimas quienes hayan participado en actos delictivos al interior del grupo armado y se desvinculen siendo mayores, por lo que se deberán resolver casos en los que sean considerados victimarios de delitos no amnistiables (Ley 1957, 2019, artículo 42).

En reconocimiento de este escenario, el artículo 28(10) de la Ley 1820 de 2016 estableció como función de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas:

*Decidir sobre la renuncia a la persecución penal respecto a personas que, habiendo participado directa o indirectamente en el conflicto armado **siendo menores de edad en el momento de realizarse la conducta ilícita** competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz,*

29 De 4219 investigaciones en el sistema de información de la Fiscalía solo se han dictado 10 sentencias condenatorias (JEP, 2019b, párr. 45).

30 Participar en las diligencias, aportar pruebas, interponer recursos, recibir asesoría, solicitar acompañamiento psicosocial y jurídico, recibir información y solicitar medidas de protección.

*resulten responsables de delitos no amnistiables, de conformidad con lo establecido en los principios adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en esta materia.*³¹

Al analizar la constitucionalidad de esta disposición, la Corte Constitucional recordó la necesidad de protección a los niños y niñas y la prevalencia de su calidad de víctimas. Para esta corte, la disposición genera un problema al darle el trato de perpetradores a víctimas del reclutamiento, quienes tienen derecho a programas de protección pero cuya exclusión del SIVJRNR podría afectar los derechos de otras víctimas. En caso de que la sala no renuncie a la persecución, deberá tener un enfoque diferencial que considere la afectación sufrida, los principios del sistema penal para adolescentes y se oriente hacia la restauración (Corte Constitucional, 2018, párr. 813).

Estos planteamientos acogen la tendencia de la jurisdicción ordinaria, en la que si bien no se prohíbe el juzgamiento de quienes siendo menores cometieron delitos comunes, privilegia la cesación de la acción penal e impone garantías específicas en caso de que decida adelantarse. De la misma manera, podría pensarse que se adoptará la solución de la justicia ordinaria respecto de quienes permanecen en el grupo armado e incurrir en delitos no amnistiables siendo mayores de edad, reconociendo la doble calidad de víctimas y perpetradores.

Sin embargo, la JEP no debe igualarse a la jurisdicción común dado que tiene características que la ponen en una posición privilegiada. En ella se permite la flexibilización del estándar de justicia en aras de alcanzar la paz y consolidar el Estado de derecho, y sus sanciones no se fundamentan en la retribución (Seils, 2015). A su vez, el modelo adoptado hace énfasis en la justicia restaurativa³² y la implementación de medidas reparadoras (Calle e Ibarra, 2019).

Teniendo en cuenta el contexto y sus características especiales, la forma en que la JEP debe hacer frente a esta problemática, que por las cifras parece tan extendida, y debe lograr la conciliación de la garantía de justicia es con la protección de quienes han sido víctimas del reclutamiento.

Aunque normativamente no existe un mandato que imponga la no judicialización de quienes han sido víctimas del reclutamiento, existen elementos que permitirían su justificación. Además, pese a que en la jurisdicción ordinaria y al interior de la CPI se ha optado por el juzgamiento, la JEP no puede perder de vista que, en

31 Negrilla fuera del original.

32 Modelo que se separa de la idea de castigo y se concentra en la importancia de la reconciliación entre víctima y victimario para la sociedad (Uprimny & Saffon, 2005).

su interior, abandonar el juzgamiento no significa relevar a los implicados de contribuir a la verdad y a la reparación,³³ como sí ocurre en estas sedes.

Esta posición resulta menos controversial al tratarse de personas que cometen la conducta delictiva siendo menores, teniendo en cuenta los argumentos y las tendencias a nivel nacional que han privilegiado la calidad de víctimas y la necesidad de protección de derechos, y el guiño de la CPI al señalar que la condición de víctima no excluye de responsabilidad por los delitos cometidos siendo mayores de edad, aunado a su limitación de jurisdicción en cuanto al juzgamiento de quienes cometieron crímenes siendo menores de 18 años (artículo 26, ER). Por lo anterior, resulta deseable que la JEP acoja lo previsto en el artículo 28(10) de la Ley 1820 y renuncie a la persecución penal de quienes cometieron la conducta siendo menores de edad, sin que por ello deje de reconocerse su calidad de victimarios y su deber de participar en procesos de verdad y reparación.

Respecto a quienes cometieron el crimen siendo mayores de edad, la criminalización completa no puede imponerse con base únicamente en un criterio objetivo determinado por el simple paso del tiempo, como es la edad, pasando por alto consideraciones materiales como la ausencia de voluntariedad, autodeterminación y las graves afectaciones físicas, psicológicas y para el desarrollo personal que implica el reclutamiento. Así, en este caso, el factor de ser víctima del reclutamiento forzado debería ser tratado como atenuante relativo a las circunstancias del individuo³⁴ al ser una característica relevante no relacionada directamente con el crimen cometido.

Para evaluar la oportunidad de la tesis propuesta, se identificará: (i) la forma en que se ha tratado el problema en otros escenarios de justicia transicional; (ii) la observancia del estándar de justicia aplicable, y (iii) el cumplimiento de los objetivos de la JEP con su implementación.

En primer lugar, ningún escenario de justicia transicional o tribunal internacional hasta ahora ha juzgado crímenes cometidos por menores de edad víctimas de reclutamiento forzado. Pese a que algunos, como la CPI, lo prohíben explícitamente, otros en los que esta prohibición no existía también se abstuvieron de hacerlo. Así, tanto el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia (TPIY) como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), cuyo estatuto les había dado la libertad para llevar a cabo este juzgamiento, no persiguieron este tipo de crímenes. Otros

33 De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 1820 de 2017, el otorgamiento de amnistía o indulto no sustrae al desmovilizado de su obligación de contribuir al esclarecimiento de la verdad y en la implementación de medidas de reparación.

34 De conformidad con el artículo 78 del ER y la regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y siguiendo la evaluación que en el caso Al Mahdi hizo la CPI de las circunstancias individuales del individuo tales como su edad, educación y contexto (*The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, 2016b, párr. 95-97).

escenarios, como la Corte Especial de Sierra Leona (CESL) y los Paneles Especiales de Justicia en Timor del Este fueron más lejos, pues sus estatutos sí contemplaban expresamente la capacidad de juzgar las infracciones cometidas por menores de edad siempre que se observaran ciertas garantías, pero a pesar de ello estas disposiciones nunca fueron usadas (Kaushik & Freeland, 2019).

Así mismo, en Sierra Leona y Uganda se impuso una participación voluntaria ante la comisión de la verdad en la que ninguno de los declarantes fue entendido como responsable por la comisión de crímenes (Hetzl, 2010). En contraposición a esta protección, la CESL, en un caso en el que analizó la incidencia del temprano reclutamiento forzado³⁵ consideró, de manera similar a la CPI, que estas circunstancias no constituían ningún atenuante pues los acusados habían tenido la posibilidad de actuar de otro modo (SCSL, 2009, párr. 220).

Esta práctica desconoce la necesidad de justicia como elemento que contribuye a las necesidades de todas las víctimas y los miembros de las comunidades a las que buscan reintegrarse y establece parámetros disímiles de juzgamiento que terminan fundamentándose únicamente en el criterio etario para la total impunidad o el juzgamiento pleno. Así, si bien se encuentra justificada la ausencia de sanción o el juzgamiento pleno con base en este criterio, siendo la tendencia imperante, la justicia transicional debería enfocarse en facilitar la rehabilitación y reintegración de los exmenores reclutados y la sanación de la sociedad, para lo que debería apartarse de este reduccionismo binario (Drumbl, 2015) y orientarse a fortalecer medidas que superen el castigo en sentido estricto.

En segundo lugar, el estándar de justicia, entendido como garantías de verdad, sanción de los responsables y reparación, dentro de un proceso de transición, suele flexibilizarse teniendo en cuenta el contexto propio de la negociación y la magnitud de los crímenes. Pero a pesar de que se admite un grado menor, se considera que debe garantizarse pues el Estado conserva su deber de investigar, juzgar y sancionar con penas apropiadas y proporcionales al menos los delitos más graves y a sus máximos responsables, siendo inadmisibles la creación de escenarios de impunidad (Castellanos, 2017).

La necesidad de imponer sanciones va más allá de las obligaciones internacionales del Estado y responde a la importancia del juicio de reproche de las conductas para alcanzar la reconciliación (Uprimny & Saffon, 2005). Sancionar a los responsables permite la consecución de fines que han sido analizados desde diferentes posturas. Por un lado, desde una perspectiva deontológica frente al sancionado

35 Aunque no se trataba de reclutamiento de menores, la defensa alegó el reclutamiento a los 19 años como elemento a tener en cuenta como atenuante.

busca compensar la culpabilidad que, según los planteamientos de Kant, se fundamenta en su propia libertad y dignidad (Sans, 2011). Por otro lado, a partir de los planteamientos consecuencialistas, la sanción es necesaria para lograr fines como la prevención del delito y el mantenimiento del orden normativo (Pérez, 2014).

Alrededor de estas dos posturas, diversas teorías mixtas han surgido, cuyo eje se refleja en la prohibición del castigo al inocente y el mandato de castigo solo si con este se generan consecuencias valiosas (Pérez, 2014). En este sentido, cobra importancia la sanción dentro de procesos de transición en tanto forma de materializar el rechazo hacia conductas dañinas para las víctimas y la sociedad, cristalizar su inadmisión y sobre todo propiciar escenarios de reconciliación social.

La ausencia de sanción de crímenes graves y sus máximos responsables impide el logro de estos fines. Sin embargo, para el caso concreto, la propuesta que se plantea no riñe con los postulados clásicos que defienden la importancia de la sanción. En primer lugar, la ausencia de sanción de quienes cometieron delitos siendo menores de edad en el contexto del reclutamiento forzado se enmarca en la propia defensa de su dignidad y libertad. En este caso, el individuo no ha elegido desde su libertad plena dada la inmadurez propia de la minoría de edad y las consecuencias derivadas de un reciente reclutamiento. Así mismo, si se busca la prevención de la comisión de crímenes, la mirada debe centrarse en quienes cometieron el crimen del reclutamiento y no en sus víctimas.

En segundo lugar, la atenuación de la sanción para quienes cometieron delitos siendo mayores de edad implica el reconocimiento de todas las consecuencias que el delito de reclutamiento ha implicado para su desarrollo, sin que se deje de realizar una evaluación de la culpabilidad del sujeto y la conveniencia social de su sanción.

Pero más importante aún es la capacidad que tiene la JEP de crear escenarios en los que ante la ausencia de sanción puedan darse, incluso como requisitos previos, la necesidad de aportar a la verdad y la reparación. Así, se reconoce la gravedad de las conductas cometidas y la importancia de crear escenarios de perdón y reconciliación al interior del SIVJRNR, poniendo un juicio de reproche sobre sus autores. Con ello, en consonancia con las posturas mixtas, si bien puede darse la no sanción en sentido estricto de una persona culpable, se propendería por la consecución de efectos sociales valiosos.

En este contexto, la JEP tiene la oportunidad de adoptar una forma de juzgamiento novedosa que concilie acertadamente la necesidad de protección y el reconocimiento de la calidad de víctimas con la importancia del cumplimiento del estándar de justicia tanto para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia como para la consolidación de la sociedad en el posconflicto.

En tercer lugar, la adopción de la tesis planteada además permite a la JEP el pleno cumplimiento de los objetivos que le fueron trazados en el acuerdo. Primero, como se mencionó, cumple con la garantía de la justicia de acuerdo con diferentes estándares, sin que ello implique la necesidad de sanción plena pero respetando los mínimos establecidos. Segundo, en todo caso se mantendría la exigencia de verdad y reparación para los implicados como requisito para el acceso a los beneficios planteados y mantendrán por supuesto la capacidad de acudir ante la Comisión de la Verdad.

Tercero, en cuanto a la prevalencia de los derechos de las víctimas, la JEP podrá ponderar acertadamente los derechos de quienes fueron reclutados con aquellos de las víctimas de los actos que hayan cometido. En este escenario todos son víctimas de crímenes graves; sin embargo, el artículo 44 constitucional y el consenso internacional han subrayado la prevalencia de los derechos de los niños, por lo que en caso de conflicto estos deberán prevalecer.

Cuarto, el logro de la paz también es facilitado si se fortalecen otras medidas más allá de la sanción y se busca la reconciliación y el entendimiento entre víctimas en lugar de separar la sociedad en bandos de buenos y malos que impiden comprender la complejidad del conflicto y desconocen la imposibilidad de definir la naturaleza humana como buena o mala cuando se enfrenta a situaciones complejas, destacando, por el contrario, la importancia de oír las historias de todos los intervinientes y propiciar la verdad (Drumbl, 2016).

Quinto, la seguridad jurídica también se logra si la protección a los niños reclutados y la condena a este crimen se mantiene de manera consecuente en todos quienes han sido víctimas y no se dan soluciones diametralmente opuestas basadas únicamente en la superación de barreras temporales.

En cuanto a las garantías de no repetición, vale la pena resaltar el estado actual del reclutamiento y algunos elementos del caso ante la JEP. Inicialmente, las FARC-EP negaron haber cometido actos de reclutamiento forzado amparándose en el gran número de incorporaciones voluntarias (Vivanco, 2019). Pese a esta negación, la JEP decidió llamar a 14 exguerrilleros a rendir versión libre sobre los hechos (JEP, 2019a).

Mientras esto sucede, la participación de los niños en las hostilidades sigue siendo alarmante. Como resultado del proceso de paz se han desmovilizado un total de 450 menores (El Tiempo, 2020), pero la cifra parece incipiente y las presiones crecen para lograr una desvinculación mayor. Así mismo, se ha alertado sobre la continuidad de esta práctica en los territorios, que ahora afecta de igual manera a los migrantes venezolanos, sobre lo cual la Defensoría del Pueblo ha emitido 105 alertas tempranas en poco más de un año y hace un llamado para la protección

incluso de quienes logran desvincularse, señalando como problemática su judicialización (El Heraldó, 2019).

Ante este panorama, la labor de la JEP de brindar garantías de no repetición debe abordar la problemática desde una perspectiva que vaya más allá de la mera retribución penal y sancionatoria y no invisibilice el fenómeno al hacer nugatoria la protección una vez superada la mayoría de edad.

Conclusiones

En un mundo convulso por enfrentamientos cambiantes, la comunidad internacional y los Estados no discuten la importancia de la protección a la infancia. El reclutamiento de menores ha sido catalogado como una conducta inaceptable y sus consecuencias se identifican desde diferentes ámbitos. El compromiso para acabar con esta práctica parece unánime, continuamente se hace un llamado para reconocer y reparar a las víctimas. Sin embargo, todos enfrentan un dilema cuando se trata de responsabilidad penal.

El reclutamiento implica hacer parte de grupos armados que llevan a cabo actividades delictivas, y por este mismo hecho es recurrente que la mayoría de los reclutados participen en ellas. Asimismo, el reconocimiento de las secuelas se desdibuja cuando dejamos de hablar de niños, pues legalmente se apartan de la protección y se considera que el crimen ha terminado. La barrera etaria, lejos de garantizar protección, termina siendo una carga adicional para las víctimas, pues si no logran desvincularse empiezan a contar sus días como victimarios.

Desde la CPI la solución se ha decantado, hasta ahora, por juzgar con responsabilidad penal completa los delitos cometidos una vez cumplida la mayoría de edad, adoptando así el llamado parámetro de víctima/perpetrador en el que si bien no deja de reconocerse la primera calidad, no disminuye la segunda en un ápice.

En Colombia, la necesidad de hallar una solución se hace mayor ante el anhelo de concluir con éxito un proceso de justicia transicional que permita la reconciliación y sienta las bases de una institucionalidad sólida. La JEP, además del referente de la CPI, deberá tener en cuenta un derecho interno en el que la respuesta ha sido la ausencia de juzgamiento para los menores de 14 años, el eventual juzgamiento de quienes cometen la conducta entre los 14 y los 18 años, y la responsabilidad plena para quienes delinquen en su edad adulta.

Pero si la postura es controversial en justicia ordinaria, para una sede transicional con mecanismos novedosos y objetivos divergentes no solo su adopción es polémica, sino que incluso puede resultar inconveniente. Si de garantizar los derechos de otras víctimas se trata, la JEP cuenta con un amplio catálogo de medidas que

brindan garantías de verdad y reparación incluso ante la ausencia de juzgamiento, por lo que su fortalecimiento podría resultar conveniente y ajustado a sus fines incluso en mayor medida que las sanciones puramente retributivas.

Claro está que no podrá prescindirse del análisis de las circunstancias de cada caso concreto, pero en abstracto podría resultar más sensata la no judicialización de quienes hayan cometido conductas delictivas estando entre los 14 y los 18 años, conservando la obligación de contribuir a la verdad y reparación de las víctimas y promoviendo escenarios de rehabilitación y reconciliación, y la atenuación de la condena de quienes hayan incurrido en estas siendo mayores de edad, considerando la situación de reclutamiento como circunstancia relevante del individuo. Todo ello, fortaleciendo a la par el uso de mecanismos alternativos que garanticen la imposición de un juicio de reproche sobre las conductas delictivas y reconozcan la necesidad de participación al interior del SIVJRNR.

Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]. (19 de junio de 2019). *El desplazamiento global supera los 70 millones de personas y el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados pide más solidaridad*. <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5d09c9414/el-desplazamiento-global-supera-los-70-millones-de-personas-y-el-alto-comisionado.html>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]. (Enero de 2020). *Países en guerra actualmente en 2020*. https://eacnur.org/blog/paises-en-guerra-actualmente-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/
- Acuña, J. (2012). *Tópica jurídica: En el caso de la judicialización de adolescentes desvinculados del conflicto armado*. Universidad Nacional de Colombia.
- BBC Mundo. (07 de diciembre de 2016). *De niño soldado a comandante juzgado: La turbulenta historia de Dominic Ongwen, la “Hormiga Blanca” de Uganda*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38219824>
- Calle, M e Ibarra, A. (2019). Jurisdicción Especial para la Paz: Fundamentos teóricos y características de la justicia transicional en Colombia. *Análisis político*, (96), 3-20.
- Castellanos, E. (2017). El derecho a la justicia en la justicia transicional, diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. En J. Espíndola, D. Gonzáles, J. Errandonea, & J. Mantilla (Ed.), *Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (10 de diciembre de 2007). *Protección de los niños en conflictos armados*. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/interview/children-interview-101207.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (05 de febrero de 2013). *Los desafíos contemporáneos del DIH*. <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl/overview-contemporary-challenges-for-ihl.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (03 de abril de 2019a). *Los niños en tiempos de guerra*. <https://www.icrc.org/es/publication/los-ninos-en-tiempos-de-guerra>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (23 de abril de 2019b). *Los niños forzados a ir a la guerra*. <https://www.icrc.org/es/document/los-ninos-forzados-ir-la-guerra>
- Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH]. (2017). *Una guerra sin edad: Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*. CNMH.
- Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH]. (2018). *Cifras: Los registros estadísticos del conflicto armado colombiano*. CNMH.
- Dewhirst, P. & Kapur, A. (2015). *Las desaparecidas y las invisibles: Repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*. ONU Mujeres – International Center for Transitional Justice.
- Drumbl, M. (2015). Children, armed violence and transition: Challenges for international law and policy. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 43(3), 623–627. <https://georgia-international-journal.scholasticahq.com/article/3462>
- Drumbl, M. (2016). Victims who victimise. *London Review of International Law*, 4(2), 217-246.
- Fiscalía de la CPI. (15 de septiembre de 2016). *Policy paper on case selection and prioritisation*. https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf
- Fundación Farenheit, Huella Indeleble, Organización Tyet, & Benposta. (2019). *Les di la mano, tomaron mi piel*. La Fábrica de Ideas.
- Giraldo, J. (2015). *Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos*. Espacio crítico.

- El Heraldo. (14 de mayo de 2019). *Defensoría del Pueblo alerta sobre reclutamiento de menores por grupos ilegales*. <https://www.elheraldo.co/colombia/defensoria-del-pueblo-alerta-sobre-reclutamiento-de-menores-por-grupos-criminales-632015>
- Hetzl, M. (2010). *The role and limitations of Transitional Justice in addressing the dilemma of child soldier accountability: The cases of Sierra Leona and Uganda* (Tesis de Maestría, University of Cape Town, Cape Town, Sur África). <http://hdl.handle.net/11427/3778>
- Human Rights Watch. (14 de marzo de 2012). *CPI: Veredicto histórico en caso Lubanga es una advertencia para los violadores de derechos humanos*. <https://www.hrw.org/es/news/2012/03/14/cpi-veredicto-historico-en-caso-lubanga-es-una-advertencia-para-los-violadores-de>
- Justicia Especial para la Paz [JEP]. (28 de octubre de 2019a). *La JEP llama a versiones a exmiembros de las FARC por reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado*. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-llama-a-versiones-a-exmiembros-de-las-Farc-por-reclutamiento-y-utilización-de-niñas-y-niños-en-el-conflicto-armado.aspx>
- Justicia Especial para la Paz [JEP]. (s.f.a). *Conozca la JEP*. <https://www.jep.gov.co/Infografias/conozcalajep.pdf>
- Justicia Especial para la Paz [JEP]. (s.f.b). *Caso 07: Reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado*. <https://www.jep.gov.co/especiales/1/macrocasos/07.html>
- Kashik, N., & Freeland, S. (2019). Crimes committed by child soldiers: An argument for coherence. En M. Drumbl & J. Barrett (Ed.), *Research handbook on child soldiers*. (pp.325-349). Edward Elgar Publishing.
- Machel, G. (26 de agosto de 1996). *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Informe de la experta del Secretario General presentado en virtud de la Resolución 48/157. A/51/306*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6260.pdf>
- Niño, C. (2017). Reseña de: Ríos Sierra, Jerónimo (2017) Breve historia del conflicto armado en Colombia, Madrid, Los Libros de la Catarata. *Revista de Paz y Conflictos*, 10(1), 327-330.

- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (15 de junio de 2020a). *Más de 10.000 niños fueron asesinados o mutilados en los escenarios de conflicto en 2019*. <https://news.un.org/es/story/2020/06/1476002>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2020b). *Una nueva era de conflictos y violencia*. <https://www.un.org/es/un75/new-era-conflict-and-violence>
- Pares. (04 de enero de 2019). *Procesos de paz en Colombia*. <https://www.pares.com.co/post/procesos-de-paz-en-colombia>
- Pérez, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 4, 1-43. <https://indret.com/problemas-y-perspectivas-de-las-teorias-expresivas-de-la-pena/>
- Sandoval, A. (2020). Los avances y desafíos de la implementación del enfoque de género en la JEP. En D. Rojas Betancourth (Ed.), *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)* (pp. 547-572). JEP.
- Sans, N. (2011). Sistema de sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión. *Revista Justicia*, 20, 124-150.
- Santos, J. (2018). Una ofrenda para Colombia y el mundo. En S. Jaramillo, R. Rivera, M. Restrepo, & M. Palta (Ed.), *Inicio del proceso de paz: La fase exploratoria y el camino hacia el acuerdo general. Tomo I* (pp. 29-34). Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Save the Children. (12 de febrero de 2015). *En 18 países se sigue reclutando a menores soldados*. <https://www.savethechildren.es/actualidad/en-18-paises-se-sigue-reclutando-menores-soldado>
- Seils, P. (2015). *La cuadratura del círculo en Colombia: Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz*. International Center for Transitional Justice.
- El Tiempo. (12 de febrero de 2020). *Desde 2002 los grupos irregulares han reclutado más de 14 mil niños*. <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/reclutamiento-de-menores-van-mas-de-14-000-desde-2002-461490>
- Unicef. (14 de marzo de 2012). *En un fallo histórico, la Corte Penal Internacional condena a Thomas Lubanga Dylo por reclutar a niños y niñas en conflictos armados*. https://www.unicef.org/spanish/adolescence/57929_62002.html
- Unidad de Víctimas – Red Nacional de Información. (01 de enero de 2020). *Reporte general*. <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Home/General>

Uprimny, R., & Saffon, M., (2005). Justicia transicional y justicia restaurativa: Tensiones y complementariedades. En A. Rettberg (Ed.), *Entre el perdón y paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 211-232). Universidad de los Andes.

Vivanco, J. (11 de marzo de 2019). *El falso relato de las FARC sobre el reclutamiento infantil*. <https://www.hrw.org/es/news/2019/03/11/el-falso-relato-de-las-farc-sobre-reclutamiento-infantil>

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sección tercera. *Sentencia No. Radicado. 20001-23-31-000-2009-00296-01(42867)* (07 julio 2016).

Corte Constitucional. *Sentencia C-203-05*. (08 marzo 2005). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-203-05.htm>

Corte Constitucional. *Sentencia C-240-09* (01 abril 2009). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-240-09.htm>

Corte Constitucional. *Sentencia C-007-18* (01 marzo 2018). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. *Sentencia No. Radicado. 38222* (12 diciembre, 2012).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. *Sentencia No. Radicado. 39045* (19 marzo 2014).

Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute* (14 marzo 2012a). ICC-01/04-01/06-2842. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF

Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute* (10 julio 2012b). ICC-01/04-01/06-2901. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07409.PDF

Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen* (23 marzo 2016a). ICC-02/04-01/15-422-Red 23-03-2016. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02331.PDF

- Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia VIII. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence* (27 septiembre 2016b). ICC-01/12-01/15-171. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF
- Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia VI. *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Judgment* (08 julio 2019). ICC-01/04-02/06-2359. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF
- Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia IX. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Trial Judgement* (04 febrero 2021). ICC-02/04-01/15 -1762-Red 04-02-2021. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021_01026.PDF
- Defence for Dominic Ongwen. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing* (03 marzo 2016). ICC-02/04-01/15-404-Red2. <https://www.legal-tools.org/doc/267b68/pdf/>
- Defence for Dominic Ongwen. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Corrected version of Defence Closing Brief* (24 febrero 2020). ICC-02/04-01/15 -1722-Corr-Red. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00998.PDF
- Justicia Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. *Auto No. 029 de 2019* (01 marzo 2019b). https://relatoria.jep.gov.co/documentos/provisional/1/Auto_SRVR-029_01-marzo-2019.pdf
- Special Court for Sierra Leona [SCSL], Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon And Augustine Gbao. Sentencing Judgment* (08 abril 2009). SCSL-04-15-T. <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/1234/SCSL-04-15-T-1234-searchable.pdf>