

Delito de Reclutamiento Ilícito en el Proceso de Justicia Transicional

Jairo Alfredo Prada Jaimes
Fabian Leonardo Velasquez Santiago
Angel Ramiro Vega Torres

Universidad La Gran Colombia
Facultad de Derecho
Postgrado en Penal y Criminología
Bogotá
2015

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Resumen

En Colombia se lleva a cabo un proceso de paz cuyas negociaciones necesariamente terminaran en la aplicación de un proceso de justicia transicional. Los autores del delito de reclutamiento ilícito, deben ser objeto de un trato especial, en la medida que no se les aplique el ordenamiento jurídico interno previsto en el código penal pero al mismo tiempo se tendrá que velar porque los autores de los mismos respondan penalmente por sus actos cometidos y sean objeto de sanciones penales; de una manera tal que no exista impunidad. Surge entonces la necesidad de determinar cuáles son los parámetros internacionales que se deberán tener en cuenta en el marco del proceso de justicia transicional, para que se considere que no operó el fenómeno de la impunidad, la pena a imponer y la obligación de reparar o no a las víctimas, serán los objetivos de la investigación.

Abstract

In Colombia its being carried out a process of peace negotiations that will necessarily end up with the implementation of a transitional justice process. The authors of the illegal recruitment crime should be subject to special treatment, because to them it can not be applied the domestic law provisions of the penal code. However, the government will have to ensure that the perpetrators of these crimes will respond for their acts and will be subject to criminal penalties so impunity would not be seen. It then raises the need to determine what are the international standards that should be taken into account in the context of this transitional justice process, so it will not be considered that the phenomenon of impunity operated. The

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

objectives of the investigation will be then determine what will be the criminal penalties to be imposed and if there will be an obligation to repair the victims.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

CAPITULO I

Introducción.

CAPITULO II

Normatividad y jurisprudencia.

Normatividad y jurisprudencia internacional frente al reclutamiento y uso de menores en la guerra.

Normatividad y jurisprudencia nacional frente al reclutamiento y uso de menores en la guerra.

CAPITULO III

Naturaleza y límites de la justicia transicional.

CAPITULO IV

Conclusiones ¿Qué hacer frente al reclutamiento y uso de menores en la guerra en el marco de un proceso de justicia transicional?

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

CAPITULO I

INTRODUCCION

En Colombia se está llevando a cabo un proceso de paz cuyas negociaciones necesariamente terminaran en la aplicación de un proceso de justicia transicional. En el desarrollo de este proceso los autores de los delitos considerados de lesa humanidad, entre los cuales se encuentra el delito de reclutamiento de menores, deberán ser objeto de un tratamiento especial, en la medida que no se les aplique el ordenamiento jurídico interno previsto en el código penal mediante la aplicación de figuras como el indulto o la amnistía; pero al mismo tiempo se tendrá que velar porque los autores de los mismos respondan penalmente por sus actos cometidos y sean objeto de sanciones penales; de una manera tal que no exista impunidad.

Surge entonces la necesidad de determinar cuáles son los parámetros internacionales que se deberán tener en cuenta en el marco del proceso de justicia transicional, para que se considere que no operó el fenómeno de la impunidad.

En este contexto, determinar y reconstruir los estándares internacionales en materia de la tipificación del delito de reclutamiento de menores, observando que la conducta se realiza con ocasión del conflicto armado, estableciendo de una manera concreta los criterios internacionales que operan en cuanto a la definición de en qué consiste el reclutamiento uso y

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

participación de niños en la guerra en cuanto a: edad, forma de incorporación y labores ordenadas a los menores y señalar parámetros de la corte penal internacional referente a las consecuencias jurídicas mínimas, que en el marco de un proceso de justicia transicional deberán asumir los autores del delito, en cuanto a la pena a imponer y la obligación de reparar o no a las víctimas, serán los objetivos de la investigación.

Para conseguir los objetivos propuestos, en este estudio utilizaremos principalmente el método inductivo exploratorio y descriptivo, ya después de analizar las fuentes que constituyen el marco teórico, llegaremos al resultado del proceso de investigación, dando respuesta a la hipótesis planteada según la cual el proceso de justicia transicional con las Farc, referente al reclutamiento y uso ilícito de menores, será válido frente a las exigencias de la justicia penal internacional solo en la medida que se observen los parámetros que de una manera concreta ha determinado la justicia penal internacional.

Este trabajo se demarca básicamente en las siguientes disciplinas: el derecho penal, el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos y los estudios sobre paz y conflictos a nivel global. El Derecho Internacional Humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, que contienen una amplia variedad de normas que intentan limitar el uso y participación de niños en la guerra. Es en estas dos ramas del derecho donde encontramos la definición de niño, de reclutamiento, y de participación en conflicto armado.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

La investigación analizara la sentencia de la Corte Penal Internacional que tras un proceso de más de 6 años, el 14 de marzo de 2012, condenó a 14 años de prisión a Tomás Lubanga Dyilo, fundador y ex líder de la Unión de Patriotas Congoleña, por reclutar, en ocasiones por la fuerza, a menores de 15 años; también las actuaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona que condenó a tres antiguos líderes del Consejo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (AFRC) por reclutar niños menores de 15 años durante la guerra civil de Sierra Leona, entre ellos condenó a Allieukondewa de la milicia de las Fuerzas de Defensa Civil, Además el Tribunal Especial condenó a Charles Taylor ex presidente de Liberia, 50 años de cárcel por crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en su país y en Sierra Leona; entre los delitos por los cuales se le condenó se encuentra el de uso de niños soldados en la guerra. (Lubanga, Sentencia Corte Penal Internacional, 2012)

La investigación tiene un valor jurídico en la medida que hace un aporte trascendental como es: la justicia, la paz, la seguridad, la solidaridad y el bien común, todo en el marco de la misión y visión de la universidad que busca en su quehacer contribuir a la construcción de una civilización más humana y más cristiana y a la solución de los problemas que vive el país, sin perder de vista los hechos que la comprometen con la sociedad en la búsqueda de la verdad, la igualdad, equidad y respeto por las personas y las clases sociales desprotegidas, así como en la construcción y ofrecimiento de alternativas de servicio y de desarrollo del país. (Lubanga, Sentencia Corte Penal Internacional, 2012)

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

GLOSARIO

EL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Este concepto tiene fundamento en el marco de las Naciones Unidas, y comprende la variedad de los procesos y mecanismos, utilizados en los países en donde se hayan desarrollado episodios de confrontación violenta, constituyéndose en los esfuerzos de una sociedad por resolver esta situación a fin de que se logre la reconciliación.

En un aspecto más específico el término Justicia Transicional se refiere a aquella disciplina o campo de actividades que pretende aportar soluciones y herramientas a las sociedades para enfrentar un legado de violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar en un momento determinado de la historia, puede ser reciente o más lejano; con los objetivos de alcanzar la reconciliación nacional, contribuir a consolidar la democracia, para reparar a la víctimas e instaurar una convivencia pacífica en aras que no se repitan los mismos hechos.

Nuestra Corte Constitucional ha definido la justicia transicional de la siguiente forma

“El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas define la justicia transicional como “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. (López, 2004, p. 1045 a 1047).

NIÑO O NIÑA ASOCIADO CON UNA FUERZA ARMADA O UN GRUPO

ARMADO: 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. . (López y Forer, 2004, p. 1045 a 1047).

RECLUTAMIENTO DE NIÑOS: se refiere a la conscripción o alistamiento obligatorio, forzado y voluntario de niños y niñas a cualquier tipo de grupo o fuerza armada. (López, 2004, p. 1045 a 1047).

RECLUTAMIENTO O UTILIZACIÓN ILEGAL DE NIÑOS: es el reclutamiento o utilización de niños y niñas que están por debajo de la edad estipulada en los tratados internacionales aplicables a las fuerzas o grupos armados en cuestión o dentro de las normas nacionales aplicables.(López, 2004, p. 1045 a 1047).

BICKFORD, Louis. “Transitional Justice”. En: The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity, MacMillan Reference, USA, (2004), pp. 1045 a 1047 citado Claudia López y Andrés Forer Colombia): un nuevo modelo de Justicia Transicional Editores por Pro

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Fisz. (López, 2004, p. 1045 a 1047)

Sentencias de la Corte Constitucional C-771 de (2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-052 de (2012) M.P. Nilson Pinilla Pinilla). (Pinilla, 2012, M.P.)

El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Naciones Unidas principios de Paris numeral 2.1

Naciones Unidas principios de Paris numeral 2.4

Naciones Unidas principios de Paris numeral 2.4

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

CAPITULO II

Normatividad, doctrina y jurisprudencia frente al reclutamiento y uso de menores en el conflicto.

NORMATIVIDAD Y DOCTRINA INTERNACIONALES

Referente a la normatividad internacional y la protección que gozan los niños para que estén excluidos de la participación en los conflictos armados, tenemos en primer lugar **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966, aprobado internamente mediante la (Ley 74 de 1968, ratificado el 28 de octubre de 1969 y en vigor el 23 de marzo de 1976). Tiene como finalidad “promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, y en su artículo 24.1 determina. “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”(Ley 74, 1968) autor no citado en el texto)

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

El mismo tema se contempla en **La Convención Americana de Derechos Humanos** conocida también como (Pacto de San José Adoptada el 22 de septiembre de 1969 y vigente desde el 18 de julio de 1978. Aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, ratificada el 31 de julio de 1973 y en vigor interno desde el 18 de julio de 1978). Busca establecer los derechos mínimos de los habitantes del continente americano, desarrollando los principios emanados de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en su artículo 19 señala: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”(Pacto de San José Ley 16, 1972)

La asamblea general de las naciones unidas aprobó el 20 de noviembre de 1989 **La Convención sobre los Derechos del Niño** y posteriormente sus dos Protocolos Facultativos. La convención en su artículo 38.3 establece “*Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad*” (Asamblea General 1989 autor no citado en el texto). En consecuencia la convención impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. Además, señala que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de toda persona menor de edad víctima de cualquier forma de abandono,

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

explotación o abuso, de tortura u otras formas de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o de conflictos armados. (*Convención sobre los Derechos del Niño, 1989*)

Posteriormente con la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, elevó la edad mínima para el reclutamiento voluntario y prohibió el reclutamiento obligatorio de niños y niñas menores de 18 años en las fuerzas armadas estatales, así como que cualquier miembro de las fuerzas armadas menor de 18 años participe en hostilidades. (*Asamblea General 1989 autor no citado en el texto*)

En este sentido es importante resaltar que el Estado colombiano amplió el marco de protección de dicha norma al firmar una reserva para elevar la edad de reclutamiento y utilización a 18 años, acto que fue posteriormente ratificado al entrar en vigencia el Protocolo Facultativo, el cual también contiene una reserva que establece que los niños y niñas menores de 18 años no podrán ser vinculados a agrupaciones armadas ni siquiera con la autorización de sus padres. El texto establece: “Las fuerzas militares de Colombia, en aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario para la protección del interés superior del niño y en aplicación de la ley doméstica, no reclutan a menores de edad en el rango establecido, ni siquiera con el consentimiento de sus padres. (*Asamblea General 1989, autor no citado*)

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

En relación a las formaciones armadas distintas de las fuerzas armadas estatales, prohíbe reclutar o utilizar en hostilidades a cualquier menor de edad (artículo 4). Por último, el Protocolo compromete al Estado a impedir que lo anterior suceda (artículo 2) y a garantizar la reintegración de aquellos que hayan sido víctimas de esta situación. Transcribimos a continuación los artículos pertinentes del protocolo relativo a la participación de niños en conflictos armados:

“Artículo 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades.

Artículo 2. Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Artículo 31. Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.

Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que: a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario; b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar; d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

Cada Estado Parte podrá ampliar su declaración en cualquier momento mediante notificación a tal efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual informará a todos los Estados Partes. La notificación surtirá efecto desde la fecha en que sea recibida por el Secretario General, e). La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Artículo 4 1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.

La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.”

En 1999, antes de la aprobación del Protocolo Facultativo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó el Convenio 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, cuyo artículo 3 identifica como prácticas contrarias a dicho tratado el reclutamiento de niños y niñas por grupos armados, criterio que refuerza el marco normativo internacional en la materia. (*OIT, Protocolo Facultativo, 1999,*)

En el seno de las Naciones Unidas, la aprobación de tratados internacionales que de manera expresa abordan la situación de los menores de edad que son víctimas del reclutamiento por grupos armados que toman parte en hostilidades significó un gran avance para enfrentar el problema, y a la vez puso de presente las grandes dificultades que enfrentan las autoridades estatales en cuanto a la atención, reintegración y reparación de las víctimas de estos crímenes de guerra. Así, con el objeto de suministrar herramientas a los Estados para la desmovilización y reintegración de niños y niñas desvinculados de los grupos armados, en

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

1997, durante un simposio sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas y la desmovilización y reintegración social en África, las Naciones Unidas aprobaron los Principios y Buenas Prácticas de Ciudad del Cabo. (*OIT, Protocolo Facultativo, 1999,*)

Posteriormente, en el año 2007, la ONU impulsó un proceso de actualización de dichos principios, dirigido a establecerlos como parámetros universales para cualquier situación de conflicto armado en donde niños y niñas sean reclutados y utilizados por los grupos armados. (*La ONU, 2007 autor no citado en el texto*)

Tales documentos, conocidos como “Principios y directrices sobre niños vinculados a fuerzas y grupos armados”, contienen un conjunto de disposiciones relacionadas con el proceso de reintegración y atención de los menores de edad; disposiciones que hacen especial énfasis en consideraciones de género.

Sobre la condición de víctimas que revisten los niños y las niñas reclutados por grupos armados, los Principios de París establecen “*Los niños o niñas acusados de delitos según el derecho internacional supuestamente cometidos mientras estaban vinculados con grupos o fuerzas armadas deberán ser considerados en primer lugar como víctimas de delitos contra el derecho internacional; no solamente como perpetradores. Por tanto, deberán ser tratados de acuerdo con las normas internacionales en un marco de justicia restaurativa y rehabilitación social, en concordancia con el derecho internacional que ofrece a la infancia una protección*

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

especial a través de numerosos acuerdos y principios. En donde sea posible, se deben buscar alternativas a los procesos judiciales en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño y otros estándares internacionales para la justicia juvenil”. (OIT, Protocolo Facultativo, 1999,)

CONVENIOS DE GINEBRA Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES. Con lo cual ha asumido obligaciones especiales respecto a su cumplimiento en el territorio nacional, en especial frente a la protección de la población civil. En cuanto a la protección de niños y niñas, son de especial relevancia el artículo 24 del Convenio IV sobre Protección de personas civiles en tiempos de guerra, el artículo tercero, común a los cuatro Convenios de Ginebra, y los Protocolos Adicionales I y II de dichos Convenios. Además, los niños y las niñas tienen derecho a que les sean aplicables las demás normas que se establezcan a favor de combatientes y víctimas de los conflictos.

Los Protocolos Adicionales prohíben de manera general la participación de menores de 15 años en los conflictos armados, y establecen una mayor protección en el caso de confrontaciones de carácter no internacional, por cuanto se prohíbe no solamente la participación directa sino también la participación indirecta de la infancia en las hostilidades.

EL ESTATUTO DE ROMA, DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. El cual tipifica como crimen de guerra reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; en efecto en su artículo 8 crímenes de guerra numeral VII *“Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”*

Conforme al análisis doctrinario y jurisprudencial dicho crimen tiene por elementos:

Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.

Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.

Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.

Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

En cuanto a la doctrina internacional, diferentes órganos de las Naciones Unidas se han ocupado del tema. Al respecto, cabe destacar (las resoluciones 1265 de 1999, 1314 de 2000, 1379 de 2001 y 1460 de 2003 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), referentes a los niños comprometidos en conflictos armados, en las cuales “se condenan fuertemente las acciones en contra de la niñez en situaciones de conflicto armado, incluyendo la muerte y los actos contra la integridad física, la violencia sexual, el secuestro y la desaparición forzada, el uso de los niños en los conflictos. Igualmente los ataques a lugares donde hay niños, como hospitales y escuelas, y urge a todos los actores del conflicto a que pongan fin a tales prácticas y cumplan con el DIH”. Recientemente, el Consejo de Seguridad expidió, en el mismo sentido, las resoluciones 1539 de 2004, 1612 de 2005 y 1882 de 2009.

Particularmente, la Resolución 1612 constituye un avance importante en materia de protección de la niñez afectada por los conflictos armados. Dicha resolución establece un sistema de vigilancia y presentación de informes en países que enfrentan situaciones de conflicto armado en los cuales niños y niñas son víctimas de reclutamiento. El documento establece la creación de un Equipo Especial del país conformado por las agencias de las Naciones Unidas y ONG, el cual lleva a cabo las tareas de monitoreo en el territorio con base en violaciones de los derechos humanos y en las infracciones del Derecho Internacional Humanitario establecidas en la misma, a saber: asesinato y mutilación de niños; reclutamiento y utilización de niños soldados; ataques contra escuelas y hospitales; violación de niños y su sometimiento a otros graves actos de violencia sexual; secuestro de niños y niñas y denegación de acceso a la asistencia humanitaria. Este mecanismo fue aprobado en diciembre de 2008 y el

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Equipo Especial de País se puso en marcha en febrero de 2009. (Las Naciones Unidas y ONG, 2008)

El Consejo de Seguridad aprobó recientemente la (Resolución 1882 de 2009), la cual reitera la importancia de la implementación de las resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad y solicita al Secretario General que en los anexos de sus informes sobre los niños y los conflictos armados incluya también a las partes en un conflicto armado que, en contravención del derecho internacional aplicable, practiquen habitualmente actos para causar la muerte y la mutilación de niños, así como actos de violación y otros actos de violencia sexual contra los niños en situaciones de conflicto armado.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

En este capítulo, y como eje fundamental del mismo vale la pena realizar la reseña jurisprudencial del caso de Thomas Lubanga Dyiloque se constituye en la primera sentencia que el órgano de justicia penal internacional impone por el delito de reclutamiento de menores, por hechos sucedidos en la República Democrática del Congo entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003. (*Lubanga, Sentencia, 2003*)

Corresponde entonces dar un vistazo a la decisión de la Sala de Primera Instancia de la CPI del 14 de marzo de 2012, sobre la cual de una manera breve se analiza su estructura, los

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

antecedentes procesales, la participación de las víctimas, el contexto descrito por la sentencia, y la manera como lo construyó la Corte Penal Internacional, su utilidad, así como los elementos del delito de reclutamiento forzado y la forma de acreditarlos, los intermediarios en el proceso y, finalmente, la responsabilidad penal.

En segundo lugar, sobre la determinación de la pena a imponer se exponen las consideraciones de la Sala de Primera Instancia en la decisión de 10 de julio de 2012, que culmina con la pena de catorce (14) años de prisión para Thomas Lubanga Dyilo, por el delito de reclutamiento forzado. En la reseña se explican los elementos que tuvo en cuenta la CPI para determinar la pena y las circunstancias de agravación y atenuación punitiva. (Lubanga, Sala de Primera Instancia (2012))

Es de anotar que la decisión fue adoptada de manera unánime por tal corporación; sin embargo, dos de sus tres jueces, Adrian Fulford y Elizabeth Odio Benito, suscribieron opiniones separadas y/o disidentes. La opinión separada del juez Adrian Fulford versó sobre las consideraciones de la Sala sobre la autoría y participación del condenado. Por su parte, la opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito se refirió a: la definición legal de los elementos del crimen de reclutamiento forzado, el doble estatus de las víctimas que a su vez son testigos, y, el valor probatorio de los vídeos. (Fulford, y Odio s.f.)

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Como antecedentes procesales de la sentencia se remonta a marzo de 2004, cuando el propio presidente de la República Democrática del Congo refirió al Fiscal de la CPI la situación de conflicto en su país, tras proferirse orden de captura en contra de *Lubanga* el 10 de febrero de 2006, durante operaciones realizadas los días 16 y 17 de marzo del mismo año, se llevó a cabo su captura en la República Democrática del Congo, su reclusión en La Haya, y, finalmente, se le sometió a instancias de la CPI. El 28 de agosto de 2006, la Fiscalía formuló cargos en contra del procesado. (Lubanga, La Haya, de 2006)

Según dicho organismo, el acusado, junto con otros, habría reclutado, enlistado y usado a menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 en la República Democrática del Congo. Tras las audiencias realizadas entre los días 9 y 28 de noviembre de 2006, el 29 de enero de 2007, la Sala de Primera Instancia de la CPI consideró que existían pruebas suficientes para determinar que el acusado habría incurrido en el delito de reclutamiento forzado y, por lo tanto, profirió la decisión de confirmación de cargos. La etapa probatoria se surtió entre el día 28 de enero de 2007. (La Sala de Primera Instancia CPI, 2007).

En relación con el concepto de víctimas, la Sala acogió el concepto amplio de víctima previsto en el principio octavo de los “Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas y violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

reparaciones” a).(Derechos a las víctimas,2008) Según dicho artículo, víctima es todo aquel que hubiere sufrido un daño personal, individual o colectivo, directo o indirecto, físico o mental, emocional o económico No obstante, a reglón seguido, en aplicación de los criterios establecidos en la decisión de apelación de los recursos en contra de la decisión sobre la participación de las víctimas del 18 de enero de 2008, la Sala reiteró que sólo serían víctimas quienes hubieren sufrido un daño como consecuencia de los crímenes cometidos por el acusado y de competencia de la corporación, es decir, deberá demostrarse que existe “un vínculo causal directo y genuino entre el daño sufrido y los crímenes cometidos en la decisión que contiene los cargos”. Las víctimas fueron, entonces, los niños reclutados, sus padres y una escuela. (Sala Reitera víctimas, 2008)

En una opinión separada y disidente, la Jueza Odio Benito disintió del tratamiento que la Sala otorgó a las víctimas que además tenían el estatus de testigos. En su opinión, la decisión de la Sala de excluir las víctimas cuando sus testimonios resultaron contradictorios es injusta por cuanto el valor probatorio de su testimonio no debería afectar su estatus de víctima. Es más, según la Jueza Odio Benito, excluir a las víctimas cuyos testimonios resultaron contradictorios implicó, per se, un trato discriminatorio. En su opinión, para aquellas víctimas que además ostentaban la condición de testigos se aplicó el estándar probatorio “más allá de toda duda razonable”, el cual no se aplicó para aquellas víctimas que no sirvieron de testigos y que, por lo tanto, no fueron objeto de examen probatorio por las partes y la Sala. En nuestra opinión se comparten las consideraciones de la Jueza disidente, ya que siempre que una misma persona reúne las calidades de testigo y víctima, el análisis probatorio que realice el juez en relación con el testimonio debe distinguirse del relativo a la condición y calidades

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

requeridas para ostentar la condición de víctima. En otros términos, el grado de credibilidad que merezca su testimonio en nada debe afectar la condición de víctima. (Odio, s.f.)

La Sala de Primera Instancia, construyó un contexto que resultó importante en tanto permitió determinar los límites geográficos y temporales del conflicto armado en el cual Lubanga incurrió en reclutamiento forzado y conocer cuáles fueron los motivos y causas socio-económicas del surgimiento de dicho conflicto, acreditando la naturaleza y condiciones relativas a la existencia del conflicto armado, además de establecer la responsabilidad penal a Thomas Lubanga Dyilo, y, finalmente acreditar el dolo de segundo grado, es decir, que el condenado era consciente de que el reclutamiento forzado “se produciría en el curso normal de los acontecimientos” (Lubanga, s.f.)

Naciones Unidas principios de Paris numeral 3.6

También en la sentencia la Sala afirma que el hecho de que se haya reemplazado la palabra recruitment (que aparece en los PA y en la CDN) en el Estatuto por las de conscription y enlistment, deja fuera de duda que la prohibición no solo alcanza al reclutamiento forzoso. Esto es relevante para dar respuesta a la pregunta de si un reclutamiento coincidente con la voluntad del niño es abarcado por los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii ECPI.

En cuanto a la variante de la utilización de niños menores de 15 años, la Sala ha expresado su parecer en relación con la interpretación de la participación activa en las hostilidades.

Es de anotar que la participación activa abarca, según comparte la Sala, no solo las actividades de combate propiamente, sino también otras actividades o roles de apoyo. Quedan

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

excluidas del concepto de participación las actividades que claramente no están relacionadas con las hostilidades, como la entrega de comida o el trabajo doméstico. Según la decisión, la participación directa en las hostilidades requerida por el artículo 77.2 del PA I (protocolo adicional I) no es necesaria. La Sala considera que esta conclusión se deriva de la diferencia entre los términos activo y directo. A este respecto, puede acotarse, esta interpretación se deriva más bien del hecho de que el artículo del PA II (protocolo adicional II) se refiere a cualquier participación, directa o indirecta, además de los fines de protección de la criminalización del reclutamiento o el alistamiento de niños soldados.

Teniendo en cuenta este aspecto, se afirma que debería considerarse participación en hostilidades toda actividad, directa o indirecta, que exponga a los niños a los riesgos de los conflictos armados, incluyendo aquellos peligros que se originan en el seno de los propios grupos, siempre que se respete el principio de los niños están expuestos como miembros de un grupo armado. La Sala expresa: [...] todas estas actividades, que cubren tanto la participación directa como la indirecta tienen una característica subyacente común: el niño afectado es, por lo menos, un blanco potencial. En consecuencia, el factor determinante en la decisión de si un rol “indirecto” debe ser tratado como participación activa en hostilidades es si el apoyo prestado por el niño a los combatientes lo expuso a él o ella a un peligro real como un blanco potencial.

Otro aspecto que analiza la sentencia es el hecho que la existencia de un conflicto armado constituye un presupuesto para la configuración del crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños soldados.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

No existe propiamente una definición de este concepto en el derecho internacional, por lo que sus contornos se derivan de algunas disposiciones del DIH. En este sentido, se deriva que, además de los casos de guerra declarada, existen otros conflictos armados. Del artículo 1.2 del PA II, asumido en el artículo 8.2.d y f del ECPI, puede concluirse que no constituyen un conflicto armado las situaciones internas de tensión y de disturbios. La idea de conflicto armado refiere luego al recurso a la fuerza o a la violencia armada entre actores (estatales o no estatales) como medio para dirimir diferencias. El artículo 8 del ECPI adopta un enfoque dualista, en el sentido de que discrimina prohibiciones que rigen en un conflicto armado internacional de aquellas relativas a un conflicto de carácter no internacional. Las conductas descritas deben estar en una relación funcional con el conflicto. Así, si se produce un reclutamiento desvinculado de todo conflicto armado por ejemplo, en cumplimiento de un servicio militar obligatorio— que incluye a niños menores de 15 años, este no entraría en consideración como crimen de guerra.

Entonces tenemos que un conflicto armado internacional representa cada enfrentamiento entre Estados, que conduce a un empleo inmediato de la fuerza entre sus fuerzas armadas. No es necesario que exista una especial medida o intensidad en la violencia o el uso de la fuerza, ni que el enfrentamiento lleve el título de “guerra”.

En el caso del conflicto armado no internacional es aplicable el artículo 8.2.e.vii E.C.P.I. Este tipo de enfrentamiento se describe en el artículo 8.2.s.f. ECPI como aquel “que tiene lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

La primera parte de esta disposición, basada en el artículo 1.2 PA II, excluye situaciones de tensión internas y de disturbios interiores. En este sentido, existe un conflicto armado no internacional cuando se da un enfrentamiento con las armas de cierta intensidad y duración que involucra a las fuerzas armadas nacionales y a grupos armados que cuentan con cierta estructura jerárquica o cuando existe un enfrentamiento armado entre grupos de esa naturaleza. Las partes en un conflicto no internacional serán por lo general el Gobierno enfrentado a fuerzas armadas disidentes o a grupos insurgentes armados y organizados. El conflicto también puede tener como autores a dos grupos de esta naturaleza.

La Sala se plantea el interrogante si en los casos de reclutamiento se presupone el propósito de la utilización de los niños en las hostilidades. El tribunal ha negado con razón esta interpretación y considerado al reclutamiento y a la utilización de niños como “delitos separados”, aunque sea más adecuado hablar de conductas alternativas o variantes, que cada cual por sí realiza el tipo.

En la sentencia emitida por el Tribunal Penal Internacional contra Lubanga, la Sala llegó a la conclusión siguiente: Lubanga y sus coacusados acordaron y participaron en un plan común para crear un ejército con el propósito de establecer y mantener un control político y militar sobre Ituri, lo que *resulto* en el curso normal de los acontecimientos en la conscripción y el enlistamiento de niños y niñas menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades.

Como consecuencia de lo anterior fueron declarados responsables del delito del artículo 8.2.e.vii en conexión con el artículo 25.3.a del Estatuto de Roma.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Cuanto al aspecto subjetivo la sala considera que el acusado y al menos otro coautor tenían la intención de reclutar, alistar o usar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades o tenían conocimiento de que al implementar su plan común, esta consecuencia “ocurriría en el curso ordinario de los acontecimientos”; (Texto traducido tomado de Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 34) y (ii) el acusado tenía conocimiento de que estaba proveyendo una contribución esencial a la implementación del plan común, de donde se deduce que existió un dolo directo no un dolo eventual.

El nivel de participación en la conducta punible, la Sala condenó a Lubanga como coautor del delito del 8.2.e.vii del Estatuto, recurriendo así a una de las formas de responsabilidad individual previstas en el artículo 25 de este mismo cuerpo legislativo, específicamente la prevista en el artículo 25.3.a, que presupone la comisión de un delito con otro. Como bien lo sabemos por la cátedra de derecho penal del profesor Universitario Camilo Montoya la coautoría está determinada esencialmente por la división funcional de las tareas entre los distintos perpetradores y su vinculación entre sí a través de un acuerdo o plan común. Siguiendo las enseñanzas del profesor mencionado anteriormente tenemos que en caso de la coautoría, el plan común se entendió siempre en la doctrina como el acuerdo de voluntades entre los distintos coautores para realizar conjuntamente el delito repartiéndose las tareas para ello constituyendo estas tareas una contribución esencial al logro de los objetivos del plan.

El marco jurídico aplicable para la sentencia que trata el presente trabajo es el E.C.P.I., regula en la parte VII todo lo relativo a las penas; se trata de los artículos 77 a 80. Por su parte, las RPP contienen un capítulo 7, “De las penas”, que reglamenta estos preceptos desde la regla 145 hasta la Regla 148.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

El artículo 77 lista las penas que puede imponer la CPI. Estas se limitan a una pena de prisión de hasta 30 años, sin especificar una punibilidad mínima. De forma excepcional se podrá imponer la prisión vitalicia “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Además de la prisión se podrá imponer una multa o el decomiso de los bienes que hayan procedido directa o indirectamente de la comisión del crimen. Sin embargo, la pena de muerte quedó excluida del régimen de la CPI.

Como base para determinar la finalidad de la pena es el Preámbulo del ECPI. En particular, se refiere a tres párrafos que apuntan a que la prevención general sea uno de los objetivos que busque la pena. Esto se deduce del hecho de que estos párrafos hablan de combatir la impunidad y de forjar una corte permanente para las generaciones futuras.

La corte en la condena de Thomas Lubanga Dyilo destaca su no participación directa en la ejecución material de los crímenes, pese a lo cual fue calificado como coautor. La CPI no lo consideró un autor mediato, tampoco un partícipe. Optó entonces por una vía intermedia, al calificarlo como un coautor que no concurre a la ejecución material de los crímenes (autor intelectual).

Un aspecto importante de la sentencia es que se deben tener en cuenta las circunstancias de agravación o atenuación punitivas en las cuales ha incurrido el autor o partícipe del delito.

En cuanto a la determinación de la condena, se expresa que debe ser proporcional al crimen, de allí que no sea necesario establecer un límite mínimo, un punto de partida en cuanto a la pena. Además, la privación de libertad no puede exceder los 30 años, salvo que la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado justifiquen la

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

cadena perpetua. Igualmente, afirma la decisión que debe imponerse una pena por cada uno de los crímenes, especificando el período total de reclusión. Al respecto, dispone el artículo 78.3 del Estatuto que “la pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas”. En consecuencia, la Corte condena a Lubanga a la pena de prisión de 13 años por el delito de reclutamiento de niños menores de quince años; a una pena de 12 años de prisión por el crimen de alistamiento de niños menores de quince años, y a una pena de 14 años de prisión por utilización de niños menores de quince años en las hostilidades. La sentencia opta, en definitiva, por castigar con la pena más grave de las tres mencionadas; 14 años.

En la decisión que establece los principios y procedimientos de las reparaciones en el caso *Lubanga*, la Sala de Primera Instancia dispuso que cualquier daño y perjuicio que pretendiera ser alegado debió haber sido ocasionado como resultado del crimen de alistamiento y reclutamiento de menores de 15 años y de haberlos utilizado activamente en las hostilidades. Esto último, en atención a lo dispuesto en la regla de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que define la víctima persona natural como aquella que “haya sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”

El caso *Lubanga* marca un hito en el derecho penal internacional, dado que por primera vez un individuo que comete crímenes internacionales es obligado a reparar el daño a las víctimas. El sistema penal internacional diseñado en el Estatuto de Roma otorga merecida relevancia a la víctima, y por eso la primera sentencia de reparación justifica un análisis pormenorizado de las formas de reparación según los tipos de víctimas que pueden beneficiarse de esta reparación.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

La corte reconoce a la reparación como un derecho humano fundamental con amplio sustento jurídico y coherente con la necesidad de ir más allá del concepto de la justicia retributiva, para trascender a decisiones que incluyan la más amplia participación de las víctimas, entre otros argumentos conceptuales favorables a la reivindicación de las personas agraviadas. Sin embargo, paradójicamente, dicha resolución no concreta una sola medida de reparación inmediata; se limita a establecer las directrices y los principios generales para que otros organismos de la misma Corte emitan las órdenes de reparación en un momento posterior, indeterminado y después de agotar un proceso amplio, complejo y extenso que, en la práctica, restaría efectividad a las medidas de reparación.

Finalmente la decisión de la Corte fue la de delegar en el Fondo Fiduciario la facultad de nombrar con relativa autonomía a los integrantes del equipo multidisciplinario de expertos cuyas tareas relativas a la evaluación de los daños a las víctimas, los efectos en sus familiares y comunidades, la individualización de los beneficiarios de las reparaciones, la identificación de fuentes de financiación y otros aspectos cruciales del proceso de desagravio requieren saberes especializados y multidisciplinarios que los funcionarios de la Corte por sí mismos no pueden ejercer; y por otro lado, es totalmente razonable que la Sala previamente decida que cierto tipo de expertos deben ser parte de ese equipo multidisciplinario, limitando la autonomía del Fondo Fiduciario en este ámbito, dado que la Corte debe garantizar que se cumplan las disposiciones del ECPI sobre la atención especializada en materia de género y violencia sexual, especialmente contra niños y niñas. Al respecto debe tomarse en cuenta que, según el artículo 43.6 ECPI, bajo el mando de la Secretaría debe funcionar una Dependencia de Víctimas y Testigos que, entre otras cosas, tome medidas que tengan en cuenta las

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

cuestiones de género para facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento, además que debe contar con peritos en esas materias, por lo que la Corte, por medio de la Secretaría, puede contar de antemano con un banco de datos.

NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

La Constitución Política de 1991 consagra un marco normativo que protege a la niñez y garantiza sus derechos fundamentales de acuerdo con los parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, planteados anteriormente. (*La Constitución Política, 1991,*)

El artículo 44 de la Carta establece que niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un desarrollo armónico, y el inciso tercero del mismo artículo contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que el Estado, la sociedad y la familia tienen el deber de protegerlos. En concordancia, el artículo 13 contempla el deber de prestar protección especial a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta y sancionar los abusos que contra ellos se cometan.

Por su parte, los artículos 93 y 94 remiten a las normas internacionales para la protección de los derechos no expresados taxativamente en la Constitución y para dar contenido a

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

aquellos contemplados expresamente. En desarrollo de la aplicación sistemática de estas normas, al interpretar el artículo 44 en armonía con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se entienden la prohibición del reclutamiento de niños y el establecimiento de los 18 años como mayoría de edad.

En el ordenamiento jurídico interno, la vinculación de niños y niñas está tipificada en la (Ley 599/2000 Código Penal), cuyo artículo 162 establece: *“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 (96) a diez (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*

La Ley 1098 (*Ley de Infancia y Adolescencia 2006*) establece la protección de todo niño o niña frente al reclutamiento o la utilización por parte de grupos armados, así como señala la obligación del Estado de proteger a la niñez frente a estos actos. Además, ordena la remisión de los niños y niñas desvinculados, sin excepción, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en su calidad de víctimas de reclutamiento ilícito.

En su artículo 41, numeral 29, consigna que, frente a los niños y niñas, el Estado deberá “asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica o a la mendicidad

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares”. (*Ley de Infancia y Adolescencia 2006*)

Respecto de los procesos adelantados a niños y niñas desvinculados, esta ley establece en su artículo 175 que ellos podrán ser objeto de aplicación del principio de oportunidad; actuación procesal de la Fiscalía para cesar la persecución penal por la comisión de un delito en los siguientes términos:

“La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición, hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley, cuando:

Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitía al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.

Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.”

Dicho artículo es explícito en señalar en su párrafo final que el principio de oportunidad no podrá ser aplicado a delitos de lesa humanidad, infracciones al DIH o hechos de genocidio cometidos por niños y niñas. En ese último caso, si bien es cierto que crímenes de tal naturaleza deben ser investigados y sancionados conforme a los parámetros penales más altos –dada su condición de atentado contra la humanidad–, también lo es que, en el conflicto armado interno, una cantidad considerable de niños y niñas víctimas de reclutamiento ilícito se ha visto involucradas en este tipo de conductas. Así, esta provisión, de carácter excepcional, podría convertirse en la regla general aplicable a los niños y niñas desvinculados de los grupos armados, desconociendo las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia.

La sentencia C- 172/04 que refiere sobre la revisión de constitucionalidad de la ley 833 del 10 de julio de 2003 “El protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativos a la participación de niños en conflictos”, como población vulnerable, indefensa se debe respetar su dignidad, el derecho a la familia, los niños y niñas se encuentran en proceso

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

de formación debiendo el Estado garantizar la vida, salud, educación, integridad personal y bienestar, el libre desarrollo de su personalidad y recreación.

Los niños y niñas son reclutados o alistados siendo menores de 15 años obligándoles a participar solo con su inclusión en actividades hostiles propias del desarrollo de un conflicto armado interno o internacional en un Estado.

En la sentencia se enfatiza en el interés superior de los niños y niñas que debe ser considerados de manera primordial ante decisiones que los afecten la cual no fue llevada al debate en el Congreso de la Republica considerando no solo el carácter prevalente y especial si no también considerando la ley 12 de 1991 sobre los derechos mínimos que los Estados deben garantizarles acorde a un desarrollo integral como personas.

Si bien es cierto que este mecanismo procesal puede ser aplicado bajo los preceptos que la Corte Constitucional señaló en su (*Sentencia C-203 de 2005*), también lo es, que la falta de regulación de un tema tan complejo ocasionará que muchos operadores de justicia no lo apliquen, pues es facultativo decidir si el caso amerita o no ser perseguido penalmente.

Esta discrecionalidad puede eventualmente acarrear tratos discriminatorios y contrarios al debido proceso, razón por la cual el principio de oportunidad debe interpretarse de manera tal que se reafirme la obligación del Estado de proteger a niñas y niños víctimas de reclutamiento ilícito y de garantizarles sus derechos. Las personas menores de 18 años que se encuentren en estas condiciones deben someterse a un tratamiento que busque la restitución de sus derechos, su educación y su sustracción total del derecho penal, debido a su calidad de víctimas.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

La (*Ley 418 de 1997*): Establece la negociación con grupos armados a los cuales el gobierno les reconozca carácter político. Autoriza el nombramiento de delegados para iniciar los diálogos y la suspensión de órdenes de captura y reitera la condición de víctimas de los niños y niñas reclutados por grupos armados.

Algunas disposiciones especiales sobre los niños y niñas son las siguientes:

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 le aplazarán su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad, excepto que voluntariamente y con la autorización expresa y escrita de sus padres opten por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional. (*Ley 48, 1993, Congreso de la República*)

En este último caso los menores reclutados no podrán ser destinados a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra ni empleados en acciones de confrontación armada.

Artículo 14. Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quien con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Parágrafo. Los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley que incorporen a las mismas a menores de dieciocho (18) años no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley.

Establece disposiciones especiales para la desmovilización de grupos armados organizados al margen de la ley.

Esta ley determina que los desmovilizados que se han acogido no podrán recibir los beneficios contemplados en su contenido especialmente, la pena alternativa, que oscila entre cinco y ocho años si no entregan la totalidad de los niños reclutados. Sin embargo, más adelante, en el artículo 64, establece que la entrega de menores de edad por parte de miembros de grupos armados al margen de la ley no será causal de pérdida de beneficios a la que se refiere dicha ley.

Artículo 10.3: requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva

“Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Artículo 64. Entrega de menores. La entrega de menores por parte de miembros de grupos armados al margen de la ley no será causal de la pérdida de los beneficios a que se refieren la presente ley y la Ley 782 de 2002.

Respecto a la Ley de Justicia y paz, desde el proceso de debate en el Congreso de la República hasta su implementación, diversos sectores de la sociedad civil y organismos de derechos humanos nacionales e internacionales se han pronunciado con preocupación frente a asuntos como el requisito de la confesión, las penas impuestas y los requisitos de elegibilidad. ('Ley de Justicia y Paz' 2005).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se refirió a su contenido en los siguientes términos:

“En lo que respecta a la obligación del Estado colombiano de asegurar la verdad, la justicia y reparación para las víctimas del conflicto armado, el 22 de julio de 2005 el Presidente Uribe autorizó la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, conocida como la ('Ley de Justicia y Paz' 2005).

La CIDH, en su informe, observó que entre los objetivos de la norma no se cuenta el establecimiento de la verdad histórica sobre lo sucedido durante las últimas décadas

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

del conflicto ni sobre el fomento del paramilitarismo y el grado de involucramiento de los diversos actores en la comisión de crímenes contra la población civil. La CIDH también señaló que las disposiciones de la ley no establecen incentivos para que los desmovilizados confiesen en forma exhaustiva la verdad sobre su responsabilidad en la comisión de nuevos crímenes que aún no han sido investigados, a cambio de los importantes beneficios judiciales que recibirán. Consecuentemente, el mecanismo establecido no constituye garantía de que los crímenes perpetrados sean debidamente esclarecidos y, por lo tanto, en muchos casos sus autores podrán gozar de impunidad. Asimismo, la CIDH observó que los mecanismos institucionales creados por la Ley de Justicia y Paz no parecen contar con la fortaleza necesaria para afrontar con efectividad la tarea de esclarecer judicialmente los numerosos crímenes cometidos por los actores armados durante los últimos años.” (‘Ley de Justicia y Paz’ 2005).

La CIDH expresa su preocupación por la situación de derechos humanos en Colombia, (Comunicado de Prensa No. 16 de 2006).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782, en el cual se regula el procedimiento de indulto para niños desvinculados, la (Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-203 de 2005), consideró que los niños y niñas

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

vinculados a los grupos armados son víctimas del delito de reclutamiento, razón por la cual: primero, el sujeto activo de este crimen no puede excusarse en que la incorporación fue voluntaria; segundo, deben recibir la atención prioritaria del Estado para efectos de protección, rehabilitación y resocialización; y, tercero, el Estado tiene el deber de hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes les permitieron su ingreso en el grupo armado.

No obstante, en la misma sentencia la Corte Constitucional afirmó también que, si bien los niños, niñas y adolescentes desvinculados “son considerados víctimas del conflicto (...) dicha condición no los exime per se de toda responsabilidad penal”. (*Sentencia, C-203 de 2005*)

Se considera desproporcionado el tratamiento judicial que reciben los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales, pues, como fue afirmado por la Defensoría del Pueblo, “mientras la ley faculta que el sujeto activo del delito de reclutamiento no pierda sus beneficios por reclutar menores de edad, permite que los menores de edad que reclutó sean considerados y tratados como infractores de la ley penal”. No obstante, teniendo en cuenta que los actos cometidos por los niños y niñas desvinculados pudieron, eventualmente, causar daño a otras personas, convirtiéndolas también en víctimas, el alto Tribunal determinó que debe haber un proceso judicial por dichos delitos, en razón de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de estas últimas. (*Sentencia, C-203 de 2005*)

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

De cualquier forma, este proceso, además de compartir la totalidad de las garantías propias de los procesos adelantados a menores que han incurrido en infracciones penales, debe estar rodeado de especiales garantías apropiadas a su condición de niños desvinculados, en su calidad de víctimas del conflicto armado, especialmente protegidos por el Derecho Internacional.

Igualmente señaló que el grado de responsabilidad penal de cada niño implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención a su corta edad, su nivel de desarrollo psicológico y su condición de víctima del delito de reclutamiento forzado, entre otro conjunto de factores que incluyen: (a) Las circunstancias específicas de la comisión del hecho; (b) Las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra; (c) El grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del niño y que impartieron las órdenes; (d) La responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta entre otras cosas bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos.

En todo caso, la Corte concluyó que esos niños y niñas deben ingresar al programa especial de desmovilización y reinserción, y advirtió que las finalidades del mismo deben ser de carácter tutelar, educativo y protector. Hizo un llamado a que se establezca “una cercana cooperación entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas del ICBF

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

encargadas de desarrollar el proceso de protección resocializadora, al cual debe ingresar sin excepción todo menor combatiente desmovilizado”.

En otra sentencia, la Corte Constitucional al considerar la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 418 de 1997 y del artículo 162 de la (Ley 599 de 2000), consideró que “*La conducta prohibida por las normas internacionales, de utilización de niños con ocasión de un conflicto armado, esto es, la participación directa o indirecta de los menores en hostilidades o en acciones armadas, aun de manera voluntaria, encaja perfectamente en las hipótesis previstas en los citados preceptos. En la práctica, la admisión de menores en grupos armados ilegales los expone a esa utilización, a hacerlos partícipes en su accionar. Por tanto, de manera acorde con los convenios internacionales de derechos humanos y la protección debida a los niños, la utilización de menores en acciones de grupos armados al margen de la ley configura un delito y por ende, no puede considerarse que el legislador haya omitido un deber de rango superior*”(González, Sentencia C-240 de 2009)

Corte Constitucional, comunicado No 16, (Sentencia C-240 de 2009, Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo).

Por su parte los magistrados Gabriel Mendoza, Humberto Sierra y Luis Ernesto Vargas, expresaron en su salvamento de voto que “las normas acusadas no contemplan la hipótesis de utilización de niños en hostilidades o acciones armadas, razón por la cual se configuraba una

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

clara omisión legislativa de carácter relativo que conducía a una declaración de exequibilidad condicionada. Solo así se respetaría la prohibición establecida en diversos convenios internacionales de derechos humanos, de utilizar niños en conflictos armados, ya que siempre deben ampararse de ‘cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral’ (Mendoza, *Sierra y Vargas*, 2009)

En el marco del seguimiento a la (*Sentencia T-025 de 2004*), que declaró el estado de cosas inconstitucional que reviste la condición de las personas en situación de desplazamiento, la Corte Constitucional ha emitido un conjunto de autos tendientes a exigir al Estado una política pública que responda a los estándares internacionales y a la gravedad de la situación.

Corte Constitucional, comunicado No 16, sentencia C-240 de 2009, salvamento de voto.

En el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, que declaró el estado de cosas inconstitucional que reviste la condición de las personas en situación de desplazamiento, la Corte Constitucional ha emitido un conjunto de autos tendientes a exigir al Estado una política pública que responda a los estándares internacionales y a la gravedad de la situación.

(*Sentencia T-025, 2004*).

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

CAPITULO III

Naturaleza y límites de la justicia transicional.

La justicia transicional constituye una concepción democrática de la justicia que “analiza la forma como sociedades afectadas por masivas violaciones, causadas por una guerra civil, un conflicto armado o por regímenes dictatoriales pueden hacer tránsito a regímenes democráticos en los que se pueda garantizar una paz duradera” no es entonces un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho.

En este marco cuando se cometen violaciones masivas de los derechos humanos, las víctimas tienen el derecho, oficialmente reconocido, a ver castigados a los autores de los mismos, a conocer la verdad y a recibir reparaciones.

Como las violaciones de derechos humanos sistemáticas no solo afectan a las víctimas directas sino al conjunto de la sociedad, además de cumplir con los compromisos frente a las

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

víctimas los Estados deben asegurarse de que las violaciones no vuelvan a suceder, y, en el marco de una justicia transicional, deben especialmente adoptar las medidas para lograr este objetivo.

En el caso de los niños víctimas del reclutamiento, la verdad, la justicia y la reparación de esta infancia, son elementos constitutivos de la justicia en sentido amplio que pueden ser alcanzados en los escenarios de justicia transicional, a través de mecanismos judiciales y no judiciales (comisiones de verdad, formas de reparación más allá de la derivada de proceso penal, como reparaciones simbólicas, garantías de no repetición y medidas de satisfacción). La justicia, en estricto sentido, como el derecho a que las violaciones graves a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario sean investigadas, juzgadas y sancionadas de forma acorde con la calidad de los derechos de la infancia, se dará a través de mecanismos judiciales.

Como lo vimos en el capítulo anterior es que la niñez que fue reclutada para participar o ser usada en el conflicto, debe ser considerada como víctima y como tal tiene derecho a participar en estos mecanismos judiciales y no judiciales de los procesos transicionales, debe ser parte de sus marcos normativos, de su definición e implementación, luego al momento que se discuta la ley estatutaria los menores víctimas tienen que tener un mecanismo de participación en su discusión, la experiencia como víctimas de la guerra legitima su participación y le da un

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

significado especial a sus propuestas además que se concreta su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Ahora bien los elementos que componen las políticas de justicia transicional no constituyen una lista azarosa, sino que están interrelacionados práctica y conceptualmente. Los más determinantes son: primero las acciones penales, sobre todo contra los criminales considerados de mayor responsabilidad. Segundo las reparaciones que los Gobiernos utilizan para reconocer los daños sufridos y tomar medidas para abordarlos. Esas iniciativas suelen tener un componente material (como los pagos monetarios o los servicios sanitarios), así como aspectos simbólicos (como las disculpas públicas o los días del recuerdo). Tercero la reforma de instituciones públicas implicadas en los abusos como las fuerzas armadas, la policía y los tribunales, con el fin de dismantelar, con los procedimientos adecuados, la forma estructural de los abusos y evitar tanto la repetición de violaciones de derechos humanos graves como la impunidad. Cuarto las comisiones de la verdad u otras formas de investigación y análisis de pautas de abuso sistemáticas, que recomiendan cambios y ayudan a comprender las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos graves.

Pero en materia de justicia transicional no se está ante una lista cerrada. Cada país va incorporando nuevas medidas. La memorialización, (Centros de memoria histórica, s. f) por ejemplo, que se compone de diversas iniciativas destinadas a mantener viva la memoria de las víctimas mediante la creación de museos y monumentos, y otras medidas simbólicas como el cambio de nombre de los espacios públicos, se ha convertido en parte importante de la justicia transicional en la mayoría de los países del mundo.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

A pesar de que las medidas de justicia transicional se asientan en sólidos compromisos jurídicos y morales, los medios para satisfacerlos son muy diversos, de modo que no hay una fórmula única para todos los contextos.

Como ya lo hemos afirmado la justicia transicional busca alcanzar la paz en países que han vivido conflictos armados internos o la democratización en aquellos que han tenido regímenes dictatoriales. Al respecto utiliza mecanismos judiciales para el sometimiento de los perpetradores de delitos internacionales o de lesa humanidad o crímenes de guerra como el caso del reclutamiento de menores y mecanismos no judiciales, entre ellos las comisiones de verdad o de reconciliación, el fortalecimiento de las instituciones del Estado de derecho, la memorialización, la rendición de cuentas. Estos procesos deben correr paralelos a las políticas sociales que resultan centrales, ya que hacen posible la integración social y la exclusión de la discriminación y la pobreza, factores que en muchas ocasiones han sido determinantes de la violencia y que aseguran a su vez resultados estables y duraderos. Los procesos transicionales “enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”

De esta manera el debate central de la justicia transicional se da en torno a la búsqueda del balance entre estos dos valores. Según Paula Saffon, teorías como la de Martha Minow consideran que “los mecanismos básicos de la justicia transicional constituyen un camino intermedio para hacer frente a los horrores del pasado, un camino que evita caer tanto en la venganza como en el perdón de los victimarios” (*Saffon y Minow 2011, p. 26*).

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

En el libro Reclutamiento de niños y niñas como crimen internacional de las FARC en Colombia Luis Andrés Fajardo Arturo refiere a la utilización, testimonios, reclutamiento de menores de 18 años como la forma de destruir la posibilidad de proteger especialmente a estos menores según exigencias de la Corte Penal Internacional.

Los testimonios de los reclutados o en forma forzada, mediante engaños e inclusive en forma voluntaria en los diferentes departamentos, los análisis estadísticos de los niños y niñas rescatados de las Farc, la revictimación escribe Fajardo Luis “Estos menores y sus familias se ven obligados a trasladarse de un lugar a otro por la presión, coacción y amenaza ejercida por parte de los grupos al margen de la ley como las Farc.”. (p.199).

Consideradas las referencias sobre la justicia transicional, el análisis de caso de Charles Taylor donde tenía influencia sobre los rebeldes siendo cómplice y colaborador es responsable aunque no como autor comparado con la situación en Colombia cuya responsabilidad es como autor por el mando y control ejercido.

La presencia de la infancia en el marco normativo de la justicia transicional era un tanto marginal, y se incluyó en distintas disposiciones, pero sin que se definieran en términos concretos y especiales de acuerdo con sus necesidades. Pero la Corte Constitucional ha abordado los derechos de las poblaciones con necesidades especiales, en el campo del conflicto armado interno, en sus autos de seguimiento a la Sentencia t-025 de 2004, en tanto los autos no se limitan al desplazamiento sino que ven el entorno de violencia; entonces a partir de los autos de la Corte Constitucional se desarrolló un trabajo en diferentes mesas de seguimiento (niñas y niños, mujeres, pueblos indígenas, entre otras). La necesidad de un enfoque múltiple que tenga en cuenta las diferentes perspectivas en cada uno de los escenarios

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

de justicia fue una de las conclusiones de estas mesas. Por tratarse de sujetos de especial protección constitucional y por la magnitud de sus violaciones, esto es, derechos especialmente cualificados y enormemente vulnerados, la fórmula debe reflejar ambas dimensiones de esta infancia en el conflicto armado interno. Para ello, se debe partir del carácter prevalente de los derechos de la infancia, de manera que el enfoque diferencial prime frente a los restantes. La garantía de los derechos de las niñas y los niños debe ser la consideración básica en la definición de un enfoque que permita la inclusión de todas las poblaciones. (Saffo y Minow, 2011, p.26).

Para el caso colombiano el proceso de justicia transicional se enmarca dentro del artículo transitorio 66 que incorporó el Acto Legislativo 1 de 2012, cuerpo reformativo de la Constitución “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” Es decir, esta disposición constitucional hace parte de una serie de medidas de carácter excepcional, pensadas para facilitar la terminación del conflicto armado interno y alcanzar la paz (de forma estable y duradera), según lo prescribe el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012. Tal como lo dicho la Corte constitucional. El carácter excepcional de estas medidas implica primero que las mismas no reemplazan el régimen constitucional existente, que continúa vigente, y que, en consecuencia, es aplicable como regla general y segundo que las reglas relativas a la posibilidad de participar en política aunque con consecuencias permanentes, únicamente tendrán efectos respecto de quienes se desmovilicen ya sea de forma colectiva o de forma individual en el marco de un proceso de paz o siguiendo las condiciones

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

previstas por el Gobierno (parágrafo 1° del artículo transitorio 66 de la Constitución). El artículo transitorio 67 de la Constitución establece reglas previstas para el evento en que se realicen acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley que hagan parte del conflicto armado interno, las cuales serán aplicables una vez se haya cumplido la pena impuesta y se cumplan las demás condiciones establecidas en el inciso quinto del artículo transitorio 66 de la Constitución. Luego los autores del delito de desplazamiento forzado que participen del proceso de paz solo podrán participar en política una vez hayan cumplido con la pena impuesta. (Saffo y Minow, 2011, p.26).

En este sentido, se aprecia que el precepto transitorio involucra tres distintos contenidos normativos. Un primer contenido alude a la posibilidad que, en el marco de los instrumentos de justicia transicional que tienen como objetivo la terminación del conflicto armado interno y la búsqueda de la paz de acuerdo con el título del Acto Legislativo 1 de 2012 y el primer inciso del artículo transitorio 67, se permita la participación en política de quienes tomaron parte en el conflicto armado que ha tenido lugar en el Estado colombiano.

Es decir: el artículo transitorio 67 de la Constitución permitiría que quienes alguna vez pertenecieron a un grupo armado que tomó parte en el conflicto interno se inscriban como candidatos a cargos de elección popular, sean electos o sean nombrados en cargos públicos, es decir, que les sean reconocidas las garantías previstas en el artículo 40 de la Constitución. Con este propósito, por previsión expresa de la disposición constitucional, se establece que la determinación de los delitos que se consideren conexos a los delitos políticos para los precisos efectos de garantizar dicha participación en política, la realizará una ley estatutaria específicamente expedida para ese propósito. La segunda regla normativa incluida en el

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

artículo transitorio 67 de la Constitución, que se traduce en una limitación a la libertad de configuración del legislador estatutario, y que se aprecia como un contenido relacionado y derivado directamente de la primera restricción, consiste en que aquellas conductas que sean consideradas delitos conexos al delito político por parte de la ley estatutaria para los exclusivos efectos de permitir la participación en política, no podrán tener la connotación de crímenes de lesa humanidad o constituir genocidio, cuando éstos se hubieren cometido de forma sistemática. Una tercera regla, que en este caso constituye la consecuencia de la restricción anteriormente descrita, consiste en que no podrán participar en política quienes hayan sido seleccionados y condenados por dichos delitos. Es decir, el artículo transitorio 67 de la Constitución establece que se avalará la participación en política de quienes, habiendo pertenecido a grupos armados que tomaron parte en el conflicto armado interno, se hayan desmovilizado en el marco de los instrumentos de justicia transicional previstos para estos grupos. Con este objetivo, una ley estatutaria determinará qué delitos se considerarán conexos al delito político. Así mismo, advierte el acto legislativo, que la regulación estatutaria por medio de la cual se dé cumplimiento al mandato constitucional previsto en la disposición transitoria no podrá consagrar como delitos conexos al delito político los crímenes de lesa humanidad, ni de genocidio que hayan sido cometidos de manera sistemática. Con la consecuente restricción a la participación política de quienes sean seleccionados y condenados por la comisión de los mismos. (Tapias, 2006, p. 12).

De Gamboa Tapias Camila, justicia transicional teoría y praxis editorial universidad del rosario Bogotá, septiembre de (Tapias, 2006, p. 12).

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Rincón, Tatiana. Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional.

Universidad del Rosario, Bogotá, (Rincón, 2010).

En la sentencia C-577/14. En el cual se presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) y el artículo 3° del Acto Legislativo 1 de 2012 estableciendo instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política, que estos artículos son esfuerzos como parte de un plan integral para aplicación de la justicia transicional para el logro de una paz y que “la Constitución debe ser leída a la luz de la ampliación de la democracia y la vigorización de la participación política” con una responsabilidad del legislador de definir cuáles son los delitos conexos al delito político.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

Los estándares internacionales en la tipificación del delito de reclutamiento de menores son pautas que se deben seguir para llevar a cabo las negociaciones con el grupo de las FARC en Colombia para que el proceso de Paz con justicia transicional reglamenten el marco jurídico para la Paz sin que se presenten posteriores inconvenientes por las penas impuestas que lleguen a generar impunidad.

Al verificar conceptos en la normatividad Penal Internacional para considerar los parámetros jurídicos en la tipificación del delito de reclutamiento de menores que permitan ser utilizados en el conflicto Armado en Colombia se observa que no se puede excluir el control de la justicia internacional en este tipo de delito, si no se tienen consideraciones mínimas en las penas a imponer.

El reclutamiento para la participación de niños y niñas en el Conflicto Armado contemplado por las FARC señalado en el diario “Resistencia de Marquetalia” donde manifiestan que los jóvenes de 10 años en adelante pueden desempeñarse en ese grupo, desconocen el Derecho Internacional Humanitario artículo 77 del protocolo I “protección de los niños” y el artículo 4 del protocolo II “Garantías Fundamentales” adicionales a los protocolos de Ginebra.

La sentencia de imposición de pena del caso Lubanga constituye un hito de importancia cuando la ley regule el marco jurídico para la paz referente a los autores del

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

delito de reclutamiento de menores considerando que resuelve varias de las dudas frente a los aspectos esenciales de dicha conducta en el marco de una justicia transicional, el primer aspecto la existencia de un conflicto armado constituye un presupuesto para la configuración del crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños soldados; sea el conflicto de guerra declarada o conflicto interno, un segundo tema a mencionar es el concepto de víctima el cual para la corte penal internacional, en la sentencia la Sala reiteró que sólo serían víctimas quienes hubieren sufrido un daño como consecuencia de los crímenes cometidos por el acusado y de competencia de la corporación, es decir, deberá demostrarse que existe “un vínculo causal directo y genuino entre el daño sufrido y los crímenes cometidos en la decisión que contiene los cargos”. Las víctimas fueron, entonces, los niños reclutados y sus padres, el tercer aspecto importante refiere que para este tipo de delitos es menor quien no supere los 15 años de edad y además que la prohibición no solo alcanza al reclutamiento forzoso, ya que incluye también el reclutamiento coincidente con la voluntad del niño el cual también es abarcado por los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii ECPI, cuarto puede existir autor directo y coautores, quinto en los casos de reclutamiento se presupone el propósito de la utilización de los niños en las hostilidades. El tribunal negó esta interpretación y consideró al reclutamiento y a la utilización de niños como “delitos separados”, aunque sea más adecuado hablar de conductas alternativas o variantes, un sexto aspecto referente a la finalidad de la pena que la constituye el Preámbulo del ECPI. En particular, se transcriben tres párrafos que apuntan a que la prevención general sea uno de los objetivos que busque la pena. Esto se deduce del hecho de que estos párrafos hablan de combatir la impunidad y de forjar una corte permanente para las generaciones futuras. séptimo aspecto se deben tener en cuenta las circunstancias de agravación o atenuación punitivas en las cuales ha incurrido el autor o participe del delito,

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

octavo el criterio del quantum de la pena a imponer en donde la Corte condena a Lubanga a la pena de prisión de 13 años por el delito de reclutamiento de niños menores de quince años; a una pena de 12 años de prisión por el crimen de alistamiento de niños menores de quince años, y a una pena de 14 años de prisión por utilización de niños menores de quince años en las hostilidades. La sentencia opta, en definitiva, por castigar con la pena más grave de las tres mencionadas: 14 años, décimo marca un referente en el derecho penal internacional, por primer vez un individuo que comete crímenes internacionales es obligado a reparar el daño a las víctimas. Para esto la corte delegó en el Fondo Fiduciario la facultad de nombrar con relativa autonomía a los integrantes del equipo multidisciplinario de expertos cuyas tareas relativas a la evaluación de los daños a las víctimas, los efectos en sus familiares y comunidades, la individualización de los beneficiarios de las reparaciones, la identificación de fuentes de financiación de la misma. (Lubanga, marco hito en el Derecho Penal, s.f).

En Colombia se debe establecer claramente dosificación de penas para que en la justicia transicional aplicable a las Farc se consoliden normas en el ordenamiento jurídico interno permitiendo que los tipos penales sobre la incorporación de niños y niñas tengan en consideración el derecho internacional humanitario como modo de estandarización de un mínimo y un máximo para la imposición del castigo.

Internacionalmente la pena impuesta para el delito de reclutamiento de menores tiene un máximo de 30 años pero no estipula el mínimo en el caso de Lubanga impuso 14 años, en el Código penal Colombiano se contempla entre 8 y 15 años al presentarse como beneficio para adelantar el proceso de Paz con la Justicia transicional deberá estar limitada por la pena más baja que son los 8 años considerando rebajas de pena en el proceso.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Referencias

Colombia, Congreso Nacional de la República (2005, 26 de diciembre), “Ley 74 del 26 de

Diciembre de 1968, por medio de la cual se aprueba los pactos internacionales de

Derechos Económicos, sociales y culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como

el protocolo facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las

Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de Diciembre de 1966.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1972, 30 de diciembre), “Ley 16 del 30 de

Diciembre de 1972, por medio de la cual se aprueba que el estado se compromete a

respetar los derechos y libertades reconocido en ella, y garantiza su libre pleno

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por

motivo de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas de cualquier índole, origen

nacional o social, posición económica, nacimiento o posición económica, nacimiento o

cualquier otra condición social. .

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Colombia, Congreso Nacional de la República (1991, 22 de enero), “Ley 12 del 22 de enero

de 1991, por medio de la cual se aprueba la convención sobre los derechos del Niño,

adoptada por la Asamblea General de la Naciones unidas el 20 de noviembre de 1899.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1991, 26 de diciembre), “Ley 418 del 26 de

Diciembre 1997, por medio de la cual se aprueba unos instrumentos para la búsqueda

de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2003, 10 de julio), “Ley 833 del 10 de julio

2003, por medio de la cual se aprueba el protocolo facultativo de la convención sobre

los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados,

adoptado en Nueva York, el 25 de mayo del 2000.

Colombia, Congreso de la republica (2012, 31 de julio), “acto legislativo número 01 del 31

julio de 2012, por el cual se establece instrumentos jurídicos de justicia transicional, en el

marco del artículo 22 de la constitución política.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Corte Penal Internacional (2007, febrero), “*Sentencia ICC-01/04-01*”, M. P. Sang hyun song.

Colombia, Corte Constitucional (2004, marzo), “*Sentencia C – 172*”, M. P. Triviño Córdova, J. G, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2005, marzo), “*Sentencia C – 203*”, M. P. Cepeda Espinosa, M. J, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2005, octubre), “*Sentencia C – 771*”, M. P. Pinilla Pinilla, N Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2004, enero), “*Sentencia T – 025*”, M. P. Cepeda Espinosa, M. J Bogotá.

Colombia (2006), *Código Infancia y adolescencia*, Bogotá, Temis.

Colombia (2013), *Código Penal*, Bogotá, Temis.

Colombia (1991) Constitución Política, Temis.

Convenio sobre los derechos del niño de 1983. (2006).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)

Fajardo, L. A. (2014). Reclutamiento de niños y niñas como crimen internacional en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

OIT organización internacional del trabajo. (1998).

Organización de las Naciones Unidas.

DELITO RECLUTAMIENTO DE MENORES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas.

Pacto de San José adoptado el 22 de septiembre de 1969.