



International Law: Revista Colombiana de
Derecho Internacional

ISSN: 1692-8156

revistascientificasjaveriana@gmail.com

Pontificia Universidad Javeriana
Colombia

Ortega-Jurado, Mario Fernando

PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ASUNTOS DE DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO EN COLOMBIA

International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 20, enero-junio, 2012, pp. 17-
49

Pontificia Universidad Javeriana
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82424207003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PROTECCIÓN DE LA INFANCIA
Y ADOLESCENCIA EN ASUNTOS
DE DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO EN COLOMBIA*

*PROTECTION OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN MATTERS OF
INTERNATIONAL HUMANITARIAN
LAW IN COLOMBIA*

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2011

Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2012

MARIO FERNANDO ORTEGA-JURADO**

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Mario Fernando Ortega-Jurado, *Protección de la infancia y adolescencia en asuntos de derecho internacional humanitario en Colombia*, 20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 17-50 (2012).

Código SICI: 1692-8156(201206)12:20<17:PIDIHC>2.0.TX;2-E

* Artículo resultado de una primera etapa de una investigación personal más amplia sobre las implicaciones del Derecho Internacional en materia de infancia y adolescencia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia.

** Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Nariño; Derecho de Familia, Universidad Nacional de Colombia; y en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social, Universidad Nacional de Colombia. Actualmente, cursa estudios de maestría en Derechos Humanos, Universidad Sergio Arboleda. Director de los Consultorios Jurídicos y Centro de Conciliación Eduardo Alvarado Hurtado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Docente de las asignaturas de Derecho de Familia y Legislación del Menor, y de Derecho Civil Sucesiones en la misma universidad. Reside en Pasto, Colombia.
Contacto: mfoj_profesor@hotmail.com

RESUMEN

Con el fin de comprender cuál es la repercusión que tiene el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los asuntos que involucran a la infancia y la adolescencia en materia de conflicto armado, es necesario precisar el *corpus iuris* internacional con sus diversos instrumentos, para luego evidenciar cómo estos han servido de base y fundamento en las decisiones que ha afrontado la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad sometidas a su estudio, para lo cual se destaca la aplicación del Bloque de Constitucionalidad como fuente formal del Derecho. Se evidencia que el interés y la realidad colombiana muestran un extenso análisis por parte de la Corte, demostrando el alto grado de preocupación con respecto a las diversas formas de vinculación de los niños, las niñas y los adolescentes en el conflicto armado interno, principalmente por fenómenos como el reclutamiento, para lo cual el alto tribunal acude no solo a los tratados internacionales, sino también a la costumbre internacional, la doctrina especializada, las investigaciones estadísticas y los instrumentos no vinculantes entre Estados. Se identifica un amplio marco normativo internacional y se hace un análisis estático de las sentencias de la Corte en estos asuntos.

Palabras clave autor: Infancia, conflicto armado, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos, sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

Palabras clave descriptor: Colombia. Corte Constitucional, derecho internacional humanitario, jurisdicción penal, sentencias, Derecho internacional.

ABSTRACT

In order to understand what the impact is International Humanitarian Law and International Law of Human Rights in cases involving children and adolescents in armed conflict, it is necessary to define the international corpus of its various instruments and then show how these elements have formed the basis and foundation in the decisions that had to face the Constitutional Court in constitutional rulings that have been subjected to study, for which emphasizes the application of the constitutional instrument as a formal source Law . It does show that, in the delimited area, the interest and the Colombian reality show extensive review by the Court, demonstrated a high degree of concern regarding the various forms of association of children and adolescents in conflict internal armed mainly by the recruitment figures for the High Court which goes not only to international treaties, but also to international custom, specialized teaching, research and statistics between the non-binding instruments, but which serve as parameter for final decision. This identifies a comprehensive international legal framework is a static analysis of the judgments of the Court in these matters.

Key words author: *Children, armed conflict, international humanitarian law, international criminal law, international law of human rights, judgments of the Colombian Constitutional Court.*

Key words plus: *Colombia. Constitutional Court, International Humanitarian Law, Criminal Jurisdiction, Judgments, International Law.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA INFANCIA ABORDADA DESDE EL DIH Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.- *A. Tratados Internacionales.*- 1. Convenios de Ginebra.- 2. Protocolos adicionales.- 3. Estatuto de Roma.- *B. Normas consuetudinarias.*- *C. Declaración de principios de la Ciudad del Cabo (Sudáfrica).*- *D. Principios de París.*- II. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS SEGÚN EL D.I.D.H.- *A. Tratados del D.I.D.H.*- *B. Resoluciones del Consejo de seguridad de la ONU.*- III. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA DIH E INFANCIA.- *A. Sentencia C-225 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.*- *B. Sentencia C-172 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño.*- *C. Sentencia C-203 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.*- *D. Sentencia C-575 de 2006, MP: Álvaro Tafur Galvis.*- *E. Sentencia C- 240 de 2009, MP: Mauricio González Cuervo.* IV. CONCLUSIÓN.- BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Según los reportes e informes de Human Rights Watch¹, que calcula que unos once mil niños, algunos de hasta siete años, están asociados con grupos armados, Colombia es el cuarto país del mundo –después de la República Democrática del Congo, Ruanda y Myanmar– con el mayor número de menores de edad vinculados a grupos de este tipo². Por otro lado, el Secretario General de las Naciones Unidas estima que siete mil niños están asociados con grupos armados ilegales y otros tantos están vinculados con las milicias urbanas, lo que ha llevado a expertos en la materia a afirmar que “el reclutamiento de niños menores ha sido un hecho especialmente dramático que [...] deja huellas imborrables en la memoria individual y colectiva; agrade directamente el tejido social”³³.

Por su parte, la Resolución A/59/695-S/2005/72 del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Los niños y los conflictos armados”, después de describir la dura realidad de la infancia respecto al reclutamiento por los grupos guerrilleros y paramilitares, destaca que estos han asesinado y mutilado a niños y cometido violaciones y otras formas de violencia sexual contra los infantes. Asimismo, a pesar de los avances, evidencia en los informes a las Naciones Unidas una situación grave e inaceptable de los menores en las zonas de con-

1 Human Rights Watch, *Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia* (18 de septiembre de 2003). Disponible en: http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2003/colombia_ninos.pdf

2 Según la investigación titulada “Campaña de documentación, educación y opinión pública: hacia una cultura de respeto a los derechos de los niños y las niñas en zonas de conflicto en Colombia, incidente en la formulación y aplicación de políticas públicas relacionadas con el tema”, adelantada por la trabajadora social y magíster Ana Milena Montoya Ruiz, financiada por la Comisión Europea, formulada y ejecutada por el Instituto Popular de Capacitación (IPC) y la Fundación Cultura Democrática (Fucude), organizaciones no gubernamentales de Medellín y Bogotá dedicadas a la investigación en el tema de los Derechos Humanos. Publicada en: Montoya Ruiz, Ana Milena, *Los niños y jóvenes en la guerra en Colombia. Aproximación a su reclutamiento y vinculación*. Opinión Jurídica. Enero-junio de 2008. At. 178.

3 Alejandro Aponte Cardona. Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Pág. 165. Grupo Editorial Ibáñez, Fundación Konrad Adenauer y Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

flicto, como Colombia. Por eso, con la normatividad suficiente y vigente, se propone iniciar una “era de la aplicación”. Para ello, el Consejo de Seguridad solicitó que se creara un mecanismo de vigilancia y presentación de informes, función que cumple en parte el Tribunal Internacional sobre la Infancia Afectada por la Guerra y la Pobreza⁴⁴, presidido por Faisal Sergio Tapia (fiscal general internacional de Derechos Humanos).

En el informe 2012⁵⁵ de dicho Tribunal, se afirma una realidad vergonzosa para Colombia:

El Tribunal Internacional sobre la Infancia afectada por la Guerra y la Pobreza, denuncia que en Colombia se violan los Derechos Humanos de la Infancia las 24 horas, la situación de los Derechos Humanos en Colombia es, sin duda, la peor de América Latina. Las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones, destacándose la población infantil, que siguió siendo víctima del conflicto armado en el 2011, en especial por el reclutamiento forzado de miles de niños y niñas, la toma de rehenes, el desplazamiento, homicidios, masacres, torturas, minas antipersonal y las consecuencias de las infracciones al derecho humanitario en contra de sus familias y comunidades.

Estas atrocidades son cometidas por grupos guerrilleros como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), grupos paramilitares y las bandas criminales emergentes (Bacrim).

Frente a tan grave realidad, es necesario identificar cuál es el marco de instrumentos normativos nacionales e internacionales que han servido de fundamento para tomar decisiones a la Corte

4 “Es un verdadero Tribunal Internacional de conciencia contra los Crímenes de Lesa Humanidad y el Genocidio, que está inspirado en los principios éticos e históricos del International War Crimes Tribunal, luego conocido como Tribunal Russell-Sartre, dirigido por el filósofo francés y premio Nobel Jean Paul Sartre, como presidente”. Faisal Sergio Tapia, *Reporte Internacional anual 2012 sobre la infancia afectada por la guerra. Los dos Congos de la guerra*. Disponible en <http://www.crin.org/docs/REPORTEINFANCIAMUNDIAL2012.pdf> (10 de febrero de 2012). Dicho Tribunal, si bien no tiene funciones jurisdiccionales, si pone en evidencia las lagunas de las prácticas del Derecho nacional e internacionalmente, propende a la denuncia en los casos de violación de los derechos de los infantes por causa de la pobreza y la guerra.

5 Cifras de la tragedia mundial la infancia en la guerra. Referidos a Colombia y África. En: Faisal Sergio Tapia, *Reporte Internacional anual 2012 sobre la infancia afectada por la guerra. Los dos Congos de la guerra*. Disponible en <http://www.crin.org/docs/REPORTEINFANCIAMUNDIAL2012.pdf> (10 de febrero de 2012).

Constitucional Colombiana, aplicando las distintas fuentes del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en los casos de los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentran involucrados en las hostilidades militares internas.

I. LA INFANCIA ABORDADA DESDE EL DIH Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En el Derecho Internacional Humanitario se han proferido una serie de instrumentos internacionales que hacen referencia a los diversos asuntos de la guerra o el conflicto armado interno, entre los cuales se aborda la participación de los sujetos de especial protección, incluyendo, por tanto, los casos de vinculación de los niños o adolescentes en los escenarios de beligerancia. Con el objeto de tener claridad sobre cuál es el *corpus iuris* que rige al respecto, es necesario destacar y concretar en el sistema de fuentes del Derecho Público Internacional cuáles regulan puntualmente esta materia protegiendo a dichos sujetos.

A. *Tratados internacionales* 1. Convenios de Ginebra

Los Convenios I⁶, II⁷, y III⁸ no tienen ninguna referencia directa que trate sobre los niños, las niñas o los adolescentes, a diferencia del Convenio IV⁹, que aborda en varias de sus disposiciones la condición de menores de edad o niños, como lo reflejan los artículos 14, 17, 23, 24, 38, 50, 76, 89, 94 y 132, en los que se ofrece especial protección a la población infantil como personas civiles que no participan en las hostilidades.

6 Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949).

7 Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (1949).

8 Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949).

9 Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949).

2. Protocolos adicionales

El Protocolo I¹⁰ regula sobre infantes lo siguiente: en el artículo 70 establece que para las acciones de socorro humanitario, en la dinámica de un conflicto, se dará prelación entre otros a los niños; el artículo 77 regula la protección especial para los niños por las partes en conflicto, la prohibición para participar en las hostilidades, la protección en caso de participar directamente en los enfrentamientos y ser capturado por la contra parte y la proscripción de la pena de muerte para menores de 18 años.

Por su parte el Protocolo II¹¹, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en el artículo 4 instituye las garantías fundamentales sobre el reclutamiento y utilización de niños en estos conflictos y, establece:

- a) Recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral;*
- b) Se tomarán todas las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;*
- c) Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;*
- d) La protección especial prevista en este artículo seguirá aplicándose a los niños menores de quince años incluso si participan directamente en las hostilidades;*
- e) Se tomarán medidas, si procede y si es posible con el consentimiento de los padres o de las personas que tengan la guarda de los niños, para trasladar temporalmente a estos de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura.*

10 Fue aprobado el 8 de junio de 1977 y entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, pero para Colombia el 1 de marzo de 1994, en virtud de la no aprobación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991. Ley 11 de 1992.

11 Fue aprobado el 8 de junio de 1977 y entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, pero para Colombia, el 15 de febrero de 1996, en virtud de la Ley 171 de 1994, revisado mediante la Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 18 de mayo de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>

3. Estatuto de Roma¹²

En su artículo 8, tipificó entre los crímenes de guerra lo referente al reclutamiento, el alistamiento o la utilización de menores de quince años en hostilidades militares. Literalmente, establece:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: [...]

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...]

*xxvi) **Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;** [...]*

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

*vii) **Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades** (negrillas fuera del texto original).*

B. Normas consuetudinarias¹³

Si bien la existencia de los tratados internacionales, que son expresión del Derecho Internacional positivizado, han desplazado en gran parte su manifestación consuetudinaria, fuente principal¹⁴ del Derecho Internacional, siguen manteniendo el valor

12 Colombia suscribió el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998, y lo incorporó en su legislación interna mediante un acto legislativo reformativo de la Constitución aprobado por el Congreso de la República el 16 de mayo de 2002, el cual fue sancionado por el presidente de la República el 5 de junio del mismo año. Mediante la Ley 742 de 2002 se aprobó el Estatuto, el cual fue revisado en la Sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda: 30 de julio de 2002). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>), por la Corte Constitucional, siendo ratificado el 5 de agosto de 2002.

13 El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define el Derecho Internacional consuetudinario como “una práctica generalmente aceptada como derecho”. Esta práctica debe ser “extendida, representativa y virtualmente uniforme”, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

14 Rodrigo Uprimny Yepes, Inés Uprimny Yepes, Óscar Parra Vera. Derechos humanos y derechos internacional humanitario. Pág. 95. 2ª. edición. Imprenta Nacional de Colombia. (2008).

normativo¹⁵, y en materia de conflicto armado se concretan en su intención de aminorar los efectos en la salud, la integridad y la dignidad de las personas.

Por esta razón, la doctrina internacional especializada define el Derecho Internacional Humanitario como:

un conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a escoger libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra) (negritas fuera del texto original)¹⁶.

De esta forma se ofrece una mayor protección tanto a la población civil como a las víctimas, principalmente durante las hostilidades no internacionales o el conflicto armado interno¹⁷, que es el ámbito donde mayor aplicabilidad tendrían las normas consuetudinarias¹⁸, porque la normatividad codificada es más escasa en este tipo de casos que en los de carácter internacional.

En el tema de infancia, que es el objeto de esta reflexión y análisis, se encuentran también normas que tienen la categoría de consuetudinarias¹⁹:

15 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Manual de calificación de conductas violatorias, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. I. Pág. 31. Quebec World. (2004).

16 Christophe Swinarski, *Derecho internacional humanitario*, Revista dos Tribunais. 1990. At. 28.

17 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda estableció como presupuestos necesarios para que se configure un conflicto armado interno, por un lado, apreciar la intensidad del conflicto, y por otro, la organización de las partes. Así, los presupuestos se reflejan en cuatro elementos: (i) que exista un conflicto en el territorio de una alta parte entre sus fuerzas armadas y las fuerzas armadas disidentes; (ii) que las fuerzas armadas disidentes estén organizadas bajo la dirección de un mando responsable; (iii) que las fuerzas armadas disidentes ejerciesen control sobre una parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y (iv) que las fuerzas armadas disidentes fueren capaces de respetar los presupuestos del Protocolo II. Esto, conforme al Fallo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, Sentencia del 2 de septiembre de 1998.

18 Departamentos Jurídicos del CICR México y CICR Bogotá. Estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario. Pág. 5. Comité Internacional de la Cruz Roja. (2009).

19 Estas normas se lograron identificar gracias al trabajo adelantado y presentado por el Comité Internacional de la Cruz Roja que, después de una investigación sobre más de ciento cincuenta países, arrojó unos resultados que evidenciaron las normas consuetudinarias existentes del Derecho Internacional Humanitario. Ver nota 15.

Sobre personas privadas de la libertad: Norma 120. Los niños privados de libertad serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén reclusos con su familia como unidad familiar [CAI/CANI]²⁰.

Otras personas especialmente protegidas: Norma 135. Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales [CAI/CANI]; Norma 136. Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños [CAI/CANI]; Norma 137. No se permitirá que los niños participen en las hostilidades [CAI/CANI].

C. Declaración de Principios de la Ciudad del Cabo (Sudáfrica)

Del 27 al 30 de abril de 1997 en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, se realizaron unas reuniones referentes a la prevención del reclutamiento de los niños soldados en África junto a su desmovilización y reintegración. Como producto de dicho trabajo se recomendó a los gobiernos y a la comunidad internacional en general (sin tratarse de disposiciones vinculantes en estricto sentido), tomar medidas adecuadas para poner fin al reclutamiento infantil.

Las recomendaciones en materia de prevención en el reclutamiento de niños por fuerzas armadas, nacionales o no, fueron:

- 1. Se debería fijar en 18 años la edad mínima de participación en hostilidades y de cualquier forma de reclutamiento en las fuerzas armadas o en grupos armados.*
- 2. Los gobiernos deberían adoptar y ratificar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño que eleve la edad mínima de 15 a 18 años.*
- 3. Los gobiernos deberían ratificar y aplicar los tratados regionales e internacionales pertinentes, e incorporarlos en la legislación nacional.*
- 4. Los gobiernos deberían aprobar leyes sobre el reclutamiento voluntario y obligatorio que fijasen la edad mínima en 18 años, así como establecer procedimientos de reclutamiento adecuados y los medios para aplicarlos. Los responsables del reclutamiento ilegal de niños deberían ser enjuiciados.*

20 Las siglas CAI indican las normas consuetudinarias aplicables en los conflictos armados internacionales, y CANI las que se aplican en los conflictos armados no internacionales. Es la forma como se designan en los documentos presentados por el CICR.

5. *Debería establecerse un tribunal penal internacional permanente cuya jurisdicción abarcara, entre otras cosas, el reclutamiento ilegal de niños.*
6. *Deberían concertarse acuerdos por escrito entre todas las partes en un conflicto o con todas ellas en que figurase un compromiso sobre la edad mínima para el reclutamiento.*
7. *La vigilancia, la documentación y las campañas en favor de la infancia son fundamentales para eliminar el reclutamiento de niños e informar al respecto a los distintos programas. Deberían fomentarse y apoyarse los esfuerzos comunitarios para impedir el reclutamiento de niños.*
8. *Deberían elaborarse programas para impedir el reclutamiento de niños, a fin de responder a las necesidades y aspiraciones expresadas por estos.*
9. *En los programas destinados a los niños debería prestarse especial atención a los que corren más riesgo de ser reclutados, a saber, los niños de las zonas de conflicto; los menores (y especialmente los adolescentes) separados de sus familiares o que no tienen familia, incluidos los niños colocados en instituciones; otros grupos marginados, como los niños de la calle, los pertenecientes a algunas minorías, los niños refugiados y los desplazados internos; y los niños económica y socialmente desfavorecidos.*
10. *Debería hacerse todo lo posible para mantener o reunir a los niños con sus familiares o colocarlos en una estructura familiar.*
11. *Debería garantizarse la inscripción de los nacimientos, incluso en el caso de los niños refugiados y los desplazados internos, así como el suministro de documentos de identidad a todos los niños, especialmente a los que corren más riesgo de ser reclutados.*
12. *Debería garantizarse que todos los niños, incluidos los niños refugiados y los desplazados internos, tuvieran la posibilidad de recibir educación, incluso enseñanza secundaria y formación profesional.*
13. *Es preciso adoptar medidas especiales de protección para impedir el reclutamiento de los niños que están en campamentos de refugiados o desplazados internos.*
14. *La comunidad internacional debería reconocer que los niños que salen de su país de origen para evitar el reclutamiento ilegal o la participación en hostilidades necesitan protección internacional. Los niños que no son nacionales del país en que combaten también necesitan protección internacional.*
15. *Debería controlarse la fabricación y el tráfico de armas, especialmente las pequeñas. No debería suministrarse armas a las partes en un conflicto armado que recluten niños o les permitan participar en las hostilidades.*

D. Principios de París

Al igual que el anterior, este instrumento, aunque carece de fuerza vinculante en estricto sentido, contiene criterios relevantes en el ámbito internacional por tratarse de un parámetro orientador frente a asuntos de gran importancia, como la vinculación de los niños en el conflicto armado.

Estos principios tienen como punto de partida los de Ciudad del Cabo, pero se actualizan en la experiencia mundial recogida con posterioridad y se basan en “un enfoque de derechos de la infancia al problema de estos niños y niñas vinculados a fuerzas o grupos armados, los Principios resaltan el imperativo humanitario de buscar la liberación incondicional de dichos grupos o fuerzas [...]”²¹.

Los principios generales establecidos en París giran en torno a los parámetros reconocidos por la Convención de los Derechos de Niño de 1989 y se sintetizan en los siguientes: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; niñez y justicia; el derecho a ser liberados de grupos o fuerzas armadas; la y participación y el respeto por los puntos de vista de los niños y las niñas.

Asimismo, se destaca la distinción de género, estableciendo que el tratamiento de los niños es diferente al de las niñas en el reclutamiento por grupos o fuerzas armadas disidentes. También aborda el tema del desplazamiento forzado interno, el cual facilita los casos de reclutamiento y los temas de la niñez en calidad de refugiados, que por encontrarse en situación de vulneración de sus derechos, justifican el otorgamiento del estatus de refugiado, aunque deben verificarse los demás requisitos establecidos en Convención de Refugiados de 1951²².

21 Unicef. Los Principios de París. Pág. 5. Ed. Coalico. (2007).

22 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 1, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor el 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, Serie Tratados de Naciones Unidas 2545, vol. 189, pág. 137.

II. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS SEGÚN EL DIDH

El tema de la infancia en el desarrollo del Derecho Internacional y Nacional necesariamente vincula tanto al Derecho Internacional Humanitario como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos²³, de ahí que no sería completo su abordaje si únicamente se relaciona el DIH, puesto que se necesita establecer un completo *corpus juris* internacional en atención al evidente interés universal por la protección de los niños. A continuación, se da relevancia a los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado en esta materia.

A. *Tratados del DIDH*

Se destacan los siguientes convenios internacionales:

- La Convención Americana de Derechos Humanos: en su artículo 19 consagra: “Todo niño²⁴ tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.
- La Convención sobre los Derechos del Niño²⁵, en el artículo 36 establece: “los Estados partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”, y en los artículos 38 y 39, dice: “i) respetar los preceptos del DIH; (ii) prevenir la participación de los menores en hostilidades; (iii) no reclutar menores de 15 años en las fuerzas armadas estatales; y (iv)

23 Unicef. Acción humanitaria de Unicef Alianza en favor de los niños en situación de emergencia. Págs. 1-4. Ed. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2010).

24 Según la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 1, se entiende por menor a toda persona de menos de 18 años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

25 La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Colombia, al ratificar la Convención, hizo una reserva, por la cual considera que la edad mínima para que la persona pueda participar directamente en las hostilidades es de 18 años.

promover la reintegración social de los niños que participen en conflictos armados”.

- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los menores en los conflictos armados²⁶, que entró en vigencia para Colombia el 25 de mayo de 2005²⁷, el cual establece lo siguiente: “(i) el aumento en la edad mínima para el reclutamiento obligatorio por parte de las fuerzas armadas de los Estados a los 18 años²⁸. En segundo lugar, (ii) autoriza el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas de los países miembros a menores de 18 años, pero establece medidas de salvaguardia que garanticen que el reclutamiento será efectivamente voluntario²⁹ por parte de los Estados parte. Y (iii) prohíbe sin excepción alguna, el reclutamiento y utilización de menores de 18 años en conflictos bélicos por los grupos armados no estatales” (C-240 de 2009).
- En el Convenio 182, relativo a las peores formas de trabajo infantil³⁰, se estableció la acción inmediata de los Estados parte para la eliminación y prohibición, entre otros, del reclutamiento forzoso u obligatorio de niños (artículo 3), para utilizarlos en conflictos armados. En el artículo 1 de ese Convenio, se establece el deber de todos países firmantes de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la

26 Este Protocolo Facultativo fue aprobado por Colombia mediante la Ley 833 del 10 de julio de 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”, y revisado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-172 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 2 de marzo de 2004). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-172-04.htm>.

27 Este texto fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000 y entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

28 El artículo 2 del Protocolo Facultativo reza: “Los Estados Partes velarán por que no se reclute *obligatoriamente* en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”.

29 Artículo 3 del Protocolo Facultativo.

30 Este convenio fue adoptado el 16 de junio de 1999 y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. Colombia lo ratificó mediante la Ley 704 de 2001, por medio de la cual se aprueba el “Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, y la constitucionalidad del convenio fue revisada en la Sentencia C-535 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería: 16 de julio de 2002). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-535-02.htm>.

prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

Estos instrumentos internacionales de derechos humanos están ratificados por nuestro país, forman parte del Derecho Interno e incorporan obligaciones para los Estados parte relacionadas con asegurar la protección de los menores en situación de conflicto armado. Y como lo ha sostenido la Corte Constitucional³¹, forman parte del bloque de constitucionalidad y se constituyen en parámetro de constitucionalidad de las normas legales relacionadas.

B. Resoluciones del Consejo de seguridad de la ONU³²

Las resoluciones 1261 del 25 de agosto de 1999; 1314 del 11 de agosto de 2000; 1379 del 20 de noviembre de 2001; 1460 del 30 de enero de 2003; y 1539 del 22 de abril de 2004, entre otras, establecen un marco general para la protección de los niños afectados por los conflictos armados³³, que se resumen en la tabla 1, resaltando algunos de los puntos de protección de la infancia en los conflictos armados:

31 Como en la Sentencia C-240 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo: 1 de abril de 2009). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-240-09.htm>.

32 Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU tienen fuerza vinculante para los miembros de la organización conforme a lo establece el capítulo VII de la Carta de la Naciones Unidas. Además, según el artículo 25 *ibídem*, los miembros convinieron en aceptar y cumplir estas decisiones.

33 Unicef. *En situaciones de emergencia*. Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/emerg/index_childsoldiers.html.

TABLA 1.

**MARCO GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS
AFECTADOS POR LOS CONFLICTOS ARMADOS**

Nro.	Resolución	Tema tratado
1	1261 de 1999	“ Condena enérgicamente la selección de niños como blancos de ataque en conflictos armados, incluida la muerte y mutilación, los actos de abuso sexual, el raptó y el desplazamiento forzado, el reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados en violación del derecho internacional, y los ataques a objetivos protegidos en virtud del Derecho Internacional, incluidos los lugares en que suele haber un número considerable de niños, como escuelas y hospitales, y exhorta a todas las partes interesadas a que pongan fin a tales prácticas” (negrillas fuera del texto).
2	1314 de 2000	“Observa que los ataques dirigidos deliberadamente contra la población civil u otras personas protegidas, entre ellas los niños, y las violaciones sistemáticas, flagrantes y generalizadas del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos, incluido el relativo a los niños en situaciones de conflicto armado, pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y, al respecto, reafirma que está dispuesto a ocuparse de esas situaciones y, cuando sea necesario, adoptar las medidas pertinentes”.
3	1379 de 2001	“Expresa su disposición a incluir explícitamente medidas para la protección de los niños cuando examine los mandatos de las operaciones de mantenimiento de la paz, y reafirma, a este respecto, su disposición a continuar incluyendo, cuando corresponda, asesores de protección de los niños en las operaciones de mantenimiento de la paz”.

Nro.	Resolución	Tema tratado
4	1460 de 2003	“Reitera su determinación de seguir incluyendo en los mandatos de las operaciones de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz disposiciones concretas para la protección de los niños, en particular disposiciones en que se recomienda, según el caso, el nombramiento de asesores sobre protección del niño, y la formación de personal de las Naciones Unidas y personal asociado en materia de protección y derechos del niño”.
5	1539 de 2004	“Expresa su intención de adoptar medidas apropiadas, en particular cuando examine actividades subregionales y transfronterizas, para poner coto a los vínculos existentes entre el comercio ilícito de recursos naturales y de otro tipo, el tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras, el secuestro y el reclutamiento transfronterizos y los conflictos armados, que pueden prolongar los conflictos armados e intensificar sus repercusiones en los niños, y por consiguiente pide al Secretario General que proponga medidas eficaces para controlar este comercio y tráfico ilícito”.

III. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA DIH E INFANCIA

A continuación, se aborda el aporte central de este trabajo, en el que se tienen como referentes fundamentales los fallos de la Corte Constitucional de Colombia. Este tribunal ha proferido cinco sentencias relevantes en materia de examen de constitucionalidad. En dichos fallos ha tratado diversos temas que son de gran utilidad para la comprensión sobre el ámbito de aplicación e importancia del Derecho Internacional Humanitario y la situación del conflicto armado interno que ha propiciado un contexto irregular de grave violación de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Asimismo, el análisis estático realizado sobre los fallos y el marco normativo internacional tratado anteriormente permiten evidenciar cómo el Derecho

Internacional se ha “trasplantado” a la legislación interna³⁴ desde la visión constitucional, especialmente con respecto a al DIH y los casos que involucran a la infancia y adolescencia.

Sin embargo, antes de pasar al estudio de cada sentencia, es necesario destacar la importancia aplicativa del Bloque de Constitucionalidad para estos casos. Como lo ha sostenido la doctrina especializada³⁵, según la Corte Constitucional, la forma para “conferir un tratamiento jurídico especial al derecho internacional de los derechos humanos” es por medio del Bloque de Constitucionalidad, lo que ha posibilitado una incorporación vigorosa de dicho derecho en la práctica jurídica y judicial. De esta forma, se supera la clásica discusión entre las teoría monista y dualista para apreciar el vinculatoriedad de los tratados internacionales y del derecho internacional público.

La misma Corte Constitucional, en una de las sentencias que es objeto de análisis en el presente trabajo, la C-225 de 1995, abona la imperatividad del Derecho Internacional Humanitario, al establecer: “esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, ha considerado que las normas de Derecho Internacional Humanitario son parte integrante del *ius cogens*”.

En cuanto a la jerarquización del DIH en el ordenamiento interno colombiano y la aplicación del bloque de constitucionalidad, dicho Tribunal Constitucional argumenta:

se concluye que los convenios de Derecho Internacional Humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del Derecho Internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del

34 Jorge González Jácome. *El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial*. International Law. 2006. At. 295.

35 Rodrigo Uprimny Yepes, Inés Uprimny Yepes, Óscar Parra Vera. *Derechos humanos y derechos internacional humanitario*. Págs. 71-73. 2ª. edición. Imprenta Nacional de Colombia. (2008).

incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del Derecho Internacional Humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4 que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4 y 93 de nuestra Carta [...] la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

Por tanto, el DIH, a pesar de su gran trascendencia en el derecho por su alto valor en propender al respeto de la dignidad humana, no puede ser considerado como norma supraconstitucional, puesto que en Colombia no se aplica dicho concepto, pero sí tiene el máximo nivel jurídico, esto es, el constitucional. Esto implica que dichas normas tampoco pueden ser consideradas como un derecho de grada inferior, puesto que eso iría en contravía de la noción de bloque, por ello deben entenderse como del máximo nivel, el rango constitucional, igual a los derechos consagrados en el texto de la Constitución Política de 1991.

A continuación, se pasa a estudiar cada uno de los fallos, destacando los ítems más importantes que permiten sintetizar los argumentos y subargumentos³⁶ que la Corte Constitucional

36 Según el jurista y doctrinante Pablo Raúl Bonorino, “para evaluar la fuerza del argumento central es importante reconstruir los subargumentos (y los subargumentos) pues de ellos depende la verdad de sus premisas. Si los subargumentos [...] son sólidos, dicha solidez se traslada al argumento central. Pero si alguno de ellos –no importa lo alejado que esté del argumento central– es débil, esa debilidad se transmite a la tesis central de la argumentación. En una argumentación, los argumentos que la componen forman un sistema, no un mero conjunto”. Pablo Raúl Bonorino. Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas. Págs. 39-40. 2ª. Edición. Imprinta Nacional de Colombia. (2008).

ha empleado para resolver los problemas jurídicos que se han planteado ante su jurisdicción.

De cada fallo se destacarán los siguientes puntos:

- *Denominación*³⁷.
- *Descripción de la norma demandada.*
- *Problema jurídico abordado referente a la infancia*³⁸.
- *Ratio decidendi*³⁹.
- *Subargumentos relevantes*⁴⁰.
- *Decisión.*

*A. Sentencia C-225 de 1995, M.P.
Alejandro Martínez Caballero*

- **Descripción de la norma:** Se revisa la constitucionalidad del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. En algunos artículos, este convenio hace referencia a situaciones relacionadas con la infancia, y son aquellas partes las que nos interesa destacar.

37 Para el caso de las sentencias de la Corte Constitucional, tiene tres tipos de fallos: las sentencias T (tutela), las C (constitucionalidad) y las SU (sentencias unificadoras o integradoras). En el presente trabajo únicamente se estudiaron sentencias tipo “C”.

38 En varias sentencias la Corte ha tenido que abordar varios problemas jurídicos, algunos no interesan para el objeto de la investigación adelantada, por esto no se hará referencia a esos cuestionamientos.

39 “es *ratio* aquel argumento que consciente y explícitamente le permite a la Corte llegar a la decisión; el *obiter*, de otro lado, son argumentos incidentales, secundarios, subdesarrollados o, incluso, meramente sugeridos que no se requieren para la conclusión alcanzada. [...] *ratio decidendi* hace referencia a aquellos apartes del fallo que, luego de plena consideración por parte de la Corte sobre el fundamento de las normas acusadas, guardan unidad de sentido, están inescindiblemente unidos, con el dispositivo o parte resolutive de la sentencia”. Diego López Medina. El derecho de los jueces. Págs. 223-224. 2ª Edición. Legis. (2006).

40 Teniendo en cuenta posiciones como la del Dr. Edgardo Villamil Portilla, según la cual “la decisión final es la articulación o conjugación de muchas decisiones parciales con sus propias dinámicas y, en no pocas ocasiones, guiadas por intereses fragmentarios. La sentencia es el lugar de todas las decisiones parciales y, necesariamente, esas decisiones fraccionales influyen y afectan de modo determinante el sentido de la decisión porque son parte de ella misma. La suma de decisiones fraccionales generan un plus mediante una especie de sinergia que contribuye a la decisión final”. Edgardo Villamil Portilla. Estructura de la sentencia judicial. Pág. 108. 2ª Edición. Imprenta Nacional de Colombia. (2008).

- **Problema jurídico abordado referente a infancia:** Verifica la constitucionalidad del convenio ratificado mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994.
- **Ratio Decidendi:** la Corte Constitucional considera no solo que el Protocolo II coincide con los valores, principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, sino que los desarrolla. Sin embargo, aclara que aun antes de entrar en vigor dicho instrumento, y teniendo en cuenta el numeral 2 del artículo 214 de la Carta Fundamental, “en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”. Esto significa que, como lo ha señalado antes la Corte en la Sentencia C-574/92 y lo ha reiterado en esta sentencia, “las reglas del Derecho Internacional Humanitario son hoy –por voluntad expresa del Constituyente– normas obligatorias per se sin ratificación alguna o sin expedición de norma reglamentaria”.
- **Subargumentos relevantes de la sentencia:** Se destacan únicamente los más importantes que dan fundamento a la ratio decidendi: (i) La Corte Constitucional le ha reconocido al DIH un carácter de tal importancia en el ámbito internacional que hace parte del ius cogens y, por ende, integra el derecho consuetudinario obligatorio, lo que conduce a su obediencia, aun sin ratificación de tratados internacionales. (ii) El DIH hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, tiene el máximo valor normativo en el sistema jurídico colombiano, esto por cuanto refiere a los derechos humanos y no pueden ser limitados en estados de excepción. (iii) Para el caso de los niños, se da un tratamiento especial por parte del Protocolo, lo que está de acuerdo con los propósitos del constituyente evidenciados en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991. Finalmente, (iv) se resalta la vigencia de la cláusula Martens⁴¹.

41 Esta cláusula, establecida en el preámbulo del Protocolo II adicional, consiste en el principio según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

- **Decisión:** Declarar la exequibilidad del Protocolo II Adicional a los convenios de Ginebra y la respectiva norma que lo ratifica.

B. Sentencia C-172 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño

- **Descripción de la norma:** se revisa la constitucionalidad de la Ley 833 del 10 de julio de 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 veinticinco (25) de mayo de [...] 2000”.
- **Problema jurídico abordado referente a la infancia:** verificar la constitucionalidad del protocolo facultativo.
- **Ratio Decidendi:** Por medio de este instrumento internacional se pretende otorgar mayor protección y garantías a los niños, las niñas y los adolescentes, por cuanto no permite su participación directa en hostilidades e impone a los Estados parte el compromiso frente a la comunidad internacional en su conjunto, para la aplicación de sus disposiciones. Frente a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al reclutamiento, considera la Corporación que el Protocolo es más garantista y presta mayor atención a los niños, las niñas y los adolescentes ante el conflicto armado.
- **Subargumentos relevantes de la sentencia:** se destacan los siguiente: (i) Los derechos de los niños tienen índole fundamental según el artículo 44 de la Constitución, y (ii) se enmarca en lo preceptuado por otros convenios internacionales como: el Convenio IV Ginebra de 1949, el Protocolo I y II adicional, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- **Decisión:** declara exequible el Protocolo Facultativo y la respectiva ley aprobatoria.

*C. Sentencia C-203 de 2005, M.P.
Manuel José Cepeda Espinosa*

- **Descripción de la norma demandada:** se demandó “el parágrafo 2 del artículo 50 de la Ley 418 de 1997, según fue modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, que dispone:

Cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994 en los términos que consagra esta ley.

- **Problema jurídico abordado referente a la infancia:** ¿es constitucional que los menores de edad que han participado en el conflicto interno como miembros de grupos armados ilegales sean sometidos a un proceso judicial destinado a establecer su responsabilidad penal, o tal curso de acción desconoce su condición de víctimas de la violencia política, y la protección especial que su calidad de niños reclama?: “¿Los menores de edad que se desvinculan del conflicto armado pueden ser tratados jurídicamente, en su calidad de víctimas de la violencia política, como infractores de la ley penal?”.
- **Ratio Decidendi:** no se desconoce ni la Constitución Política ni el Derecho Internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a los procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se dé cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. Estas garantías mínimas constituyen un catálogo de salvaguardas que deben garantizarse en todos los casos de procesamiento penal de menores combatientes.
- **Subargumentos relevantes de la sentencia:** (i) es principio cardinal cuando se aborda temas de infancia el principio del

interés superior del niño; (ii) los niños tiene un estatus de especial protección reforzada y se debe garantizar su desarrollo integral; (iii) la interpretación de los derechos de la infancia se debe realizar conforme los tratados del DIDH y del DIH; (iv) es premisa fundamental que los menores que han cometido conductas constitutivas de violación a la ley penal son responsables, pero bajo medidas que promuevan el interés superior del menor; (v) en materia de delincuencia de menores los dos instrumentos de gran trascendencia acogidos por la Asamblea General de la ONU han sido: las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de la ONU, conocidas como Reglas de Beijing y las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad; (vi) Tanto los Tribunales Internacionales como el Derecho Comparado admiten la responsabilidad penal de menores de edad, aunque no hay acuerdo en cuanto a cuál es el rango de edad para dicha responsabilidad y cuál es la edad para fijar la mayoría de edad; (vii) la responsabilidad penal para adolescentes se debe orientar por los siguientes principios: diferenciación y especificidad, finalidad tutelar y resocializadora, y promoción del interés superior de la infancia; (viii) para la Corte hay:

cinco ámbitos dentro de los cuales los menores de edad que participan en conflictos armados son sujetos de especial protección: (a) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, (b) el Derecho Internacional Humanitario, (c) el Derecho Laboral Internacional, (d) las decisiones adoptadas por órganos de las Naciones Unidas y (e) el derecho constitucional y legal colombiano [...];

Finalmente, (ix) contar con un sistema de responsabilidad penal para los adolescentes permite, por una parte, rehabilitar a los menores de edad que han cometido delitos graves, y por otra, reparar los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores a través de un sistema que logre la verdad, la justicia y la reparación, pero desde una óptica del derecho tutelar y reeducativo para el adolescente.

- **Decisión:** Declarar exequible el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002⁴².

D. Sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis

- **Descripción de la norma demandada:** se demandan varios artículos de la Ley 975 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Entre los artículos demandados está el 64, que regula lo concerniente a la entrega de menores por parte de grupos armados al margen de la ley sin que sea causal para la pérdida de los beneficios de esta.
- **Problema jurídico abordado referente a infancia:** De los problemas jurídicos abordados por la Corte, para efectos del presente estudio, únicamente interesa lo pertinente a la posible vulneración de los derechos de infancia, artículo 64 de la Ley 975 de 2005:

¿la disposición acusada al establecer que la entrega de los menores reclutados en las fuerzas armadas ilegítimas no impide el acceso a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005, desconoce la normatividad internacional según la cual el reclutamiento de niños y niñas a los grupos armados organizados al margen de la ley es considerado como un delito por la legislación penal colombiana, un crimen de guerra por el Estatuto de Roma y una violación a los derechos de los niños de conformidad con el Protocolo Facultativo a la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el Convenio nro. 182 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT)?

42 Los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández salvaron el voto al contraponer la idea de que el sometimiento de menores de edad a un proceso judicial es contrario a la Constitución y a los instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños.

- **Ratio Decidendi:** de la norma acusada se infiere “que la entrega de menores por parte de los grupos armados no sea causal de pérdida de los beneficios aludidos no exime de la responsabilidad a que haya lugar por el reclutamiento de menores”.
- **Subargumentos relevantes de la sentencia:** se destaca el siguiente: la norma no puede entenderse en efecto sino en el sentido de facilitar dicha entrega –por lo que no se pierden los beneficios a que en ella se alude–, pero, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad penal que de acuerdo con la ley quepa endilgar a quienes hayan incurrido en esa conducta.
- **Decisión:** declarar exequible el artículo 64 de la Ley 975 de 2005.

E. Sentencia C-240 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo

- **Descripción de la norma demandada:** se demandó el artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, y el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”. Según el demandante, las disposiciones acusadas excluyen de la regulación penal el crimen de “utilizar niños para participar activamente en las hostilidades”.
- **Problema jurídico abordado referente a infancia:** determinar en el presente caso, si en la tipificación de los delitos consagrados en los artículos acusados relacionados con el reclutamiento ilícito de niños y niñas, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa (i) al no incluir dentro de las conductas sujetas a sanción penal la utilización de menores en hostilidades o en acciones armadas, y al (ii) condicionar dicha utilización a que la vinculación de los niños y niñas sea obligada, excluyendo con ello la penalización de la participación voluntaria de menores en los grupos armados.
- **Ratio Decidendi:** independientemente de los verbos rectores que sean utilizados en el marco de los Derechos Humanos

para señalar las conductas que deben ser sancionadas en el derecho interno en materia de reclutamiento y participación de menores en los conflictos, de acuerdo a los principios de la Ciudad del Cabo, el objetivo de las disposiciones internacionales en la materia y de la comunidad internacional en su conjunto es asegurar que la persona menor de 18 años no forme parte de cualquier fuerza o grupo armado regular o irregular, indistintamente de si dentro del grupo porta armas o no o de si su vinculación ha sido forzada o voluntaria, porque el concepto de “niño soldado” es amplio. La pretensión es que las definiciones abarquen en cuanto a su protección y garantía a la mayor cantidad posible de niños y niñas, para que puedan desmovilizarse y reintegrarse a la sociedad y que las prohibiciones aseguren la efectividad de estos objetivos.

- **Subargumentos relevantes de la sentencia:** se destacan: (i) El Bloque de Constitucionalidad se conforma también por aquellas normas que componen el DIH. (ii) En el marco del DIH, por su parte, el reclutamiento y la participación de menores de quince años de edad en los conflictos armados es una conducta prohibida. En el caso del Protocolo II, las conductas proscritas para las fuerzas o grupos armados son el reclutamiento y la participación en las hostilidades, sin que se distinga si se trata de una participación directa o no. (iii) En cuanto a si se trata de un reclutamiento forzoso o voluntario, debe señalarse que el DIH no distingue esa calificación y, por tanto, el reclutamiento *in genere* es una conducta proscrita. (iv) En el campo del Derecho Penal Internacional, las conductas punibles como crímenes de guerra son reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades, tanto si se trata de fuerzas armadas o de grupos armados irregulares. Y (v) el Estatuto de Roma no incluye ninguna reflexión sobre si se trata de un reclutamiento voluntario o forzado, ni toma en consideración como causales de exculpación o de atipicidad la voluntariedad o no de los menores en el reclutamiento. Por tanto, la interpretación pertinente

por tratarse de un tema penal es que el simple reclutamiento, alistamiento o utilización de menores de quince años en las hostilidades tipifica las conductas punibles mencionadas.

- **Decisión:** declarar exequibles las normas demandadas.

IV. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, el Estado colombiano –según los diversos informes internacionales, principalmente el presentado este año por el Tribunal Internacional sobre la Infancia afectada por la guerra y la pobreza– es considerado uno de los países del mundo que con mayor frecuencia vulnera los derechos de los niños por causa de la guerra.
2. Para el caso colombiano, en cuanto a los derechos de infancia en el contexto de hostilidades, la regulación práctica gira en torno a protegerlos, principalmente frente al reclutamiento por las fuerzas militares y, sobre todo, por las fuerzas armadas ilegales, de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales ratificados por Colombia, donde se destaca como una conducta prohibida por el DIH.
3. El *corpus iuris* convencional y consuetudinario en torno a la protección de la infancia en el concierto internacional es amplio desde los tres ámbitos: el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.
4. A pesar de que la protección de los niños y adolescentes en el ámbito internacional o interno sobre conflictos armados se ha regulado para la protección sobre menores de quince años, en Colombia en virtud de las sentencias C-019 de 1993, C-157 de 2007 y C-203 de 2005, en el derecho interno colombiano están proscritas tales conductas, incluso frente a los menores de 18 años.
5. De acuerdo con las sentencias C-225 de 1995 y C-240 de 2009, las normas del DIH según la Corte Constitucional forman parte del Bloque de Constitucionalidad. Son además disposiciones que obligan a todas las partes del conflicto, independientemente de si han dado su consentimiento o no para el efecto, y por consiguiente su aplicación es exigible no solo al Estado sino a todos los grupos armados irregulares o regulares cobijados por estas normas.

6. En el Derecho Penal Internacional, *el reclutamiento o alistamiento y la utilización de menores de quince años de edad para participar en los conflictos armados* es una conducta objeto de reproche internacional, que por ser contraria al DIH es investigable y enjuiciable por la Corte Penal Internacional por estar tipificada en el Estatuto de Roma.
7. Los menores de edad que cometan delitos en escenarios de conflictos armados internos sí pueden incurrir en responsabilidad penal y, en consecuencia, deben recibir un tratamiento jurídico-procesal adecuado a su condición de sujetos de especial protección, de conformidad con los principios de diferenciación y de especificidad, planteados en los instrumentos internacionales, como las Reglas de Beijing, que fijan criterios regulativos mínimos tanto en el procedimiento como en las medidas a imponer.
8. La Corte Constitucional⁴³ reconoce: “cinco ámbitos dentro de los cuales los menores de edad que participan en conflictos armados son sujetos de especial protección: (a) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, (b) el Derecho Internacional Humanitario, (c) el Derecho Laboral Internacional, (d) las decisiones adoptadas por órganos de las Naciones Unidas, y (e) el derecho constitucional y legal colombiano”.

43 Sentencia C-203 de 2005. (M.P. Manuel José Cepeda). Disponible en: <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2005/C-203-05.htm>.

BIBLIOGRAFÍA LIBROS

- Aponte Cardona, Alejandro. Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. 1ª. ed. Grupo Editorial Ibáñez, Fundación Konrad Adenauer y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. (2011).
- Bonorino, Pablo Raúl. Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas. 2ª. ed. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá. (2008).
- Camargo, Pedro Pablo. Manual de derechos humanos. 3ª. ed. Leyer, Bogotá. (2006).
- Departamentos Jurídicos del CICR México y CICR Bogotá. Estudio de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá, (2009).
- González Mongui, Pablo E. *Derechos humanos fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*. 1ª. ed. Panamericana Formas e Impresos S.A., Bogotá. (2008).
- Human Rights Watch. Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia. Disponible en: http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2003/colombia_ninos.pdf
- López Medina, Diego. El derecho de los jueces. 2ª. ed. Legis, Bogotá (2006).
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Manual de calificación de conductas violatorias, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Quebecor World, Bogotá. (2004).
- Unicef. Los principios de París. Ed. Coalico, París (2007).
- Unicef. Acción humanitaria de UNICEF Alianza en favor de los niños en situación de emergencia. Ed. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Ginebra. (2010).
- Uprimny Yepes, Rodrigo; Uprimny Yepes, Inés; Parra Vera, Óscar. Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. 2ª. ed. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá (2008).
- Villamil Portilla, Edgardo. Estructura de la sentencia judicial. 2ª. ed. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá (2008).

REVISTAS

- González Jácome, Jorge. *El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial*. International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional. 7, 295-338, 326 (2006).
- Swinarski, Christophe. *Direito internacional humanitario*. Revista dos Tribunais. 656, 28-40, 31 (1990).

TRATADOS, CONVENCIONES Y RESOLUCIONES INTERNACIONALES

- Convención Americana de Derechos Humanos. Aprobada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 1. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. Serie Tratados de Naciones Unidas 2545, vol. 189, p. 137.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada el 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.
- Convenio I de Ginebra, *para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*. Aprobado el 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950.
- Convenio II de Ginebra, *para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*. Aprobado el 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950.
- Convenio III de Ginebra, *relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*. Aprobado el 12 de agosto de 1949. Entrado en vigor el 21 de octubre de 1950.
- Convenio IV de Ginebra, *relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*. Aprobado el 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950.
- Convenio 182, *relativo a las peores formas de trabajo infantil*. Aprobado el 17 de junio de 1999. Entrada en vigor el 19 de noviembre de 2000.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1 de julio de 2002.
- Protocolo adicional I a los convenios de Ginebra, *relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales*. Aprobado el 8 de junio de 1977, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978.
- Protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, *relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional*. Aprobado el 8 de junio de 1977, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados. Aprobado el 25 de mayo del 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002.
- Principios de Ciudad del Cabo de 30 de abril de 1997
- Principios de París de febrero de 2007.
- Resolución A/59/695-S/2005/72 del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Los Niños y los conflictos armados.

SENTENCIAS INTERNACIONALES

- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia. Sentencia del 2 de septiembre de 1998.

SENTENCIAS NACIONALES

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-172-04.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203 del 8 de marzo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-203-05.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-575 del 25 de julio de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-575-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-240 del 1 de abril de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-240-09.htm>.

PÁGINAS WEB

- http://www.unicef.org/spanish/emerg/index_childsoldiers.html
- <http://www.icrc.org>
- <http://www.tribunalinternacionalinfancia.org/2012/02/reporte-internacional-anual-2012-sobre.html>