



Título

Responsabilidad del Estado en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento por parte de grupos alzados en armas

Autor(es)

Juan Carlos Amaya Castrillón

Maria Alejandra Restrepo Escobar

Monografía de investigación presentado para optar por el título de Magíster en Derecho

Administrativo

Asesora

Nataly Vargas Ossa, Magíster en Derecho Administrativo

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

José Rodrigo Flórez Ruiz

Rector

Universidad Autónoma Latinoamericana

Mónica Cecilia Montoya Escobar

Decana (e) de Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa, Coordinadora de la Maestría en Derecho Administrativo

Alejandro Gaviria Cardona

Wilberto Therán Lopera

Evalúadores

El trabajo de grado fue sustentado el 19 de mayo de 2023 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 05 de 2023.

Dedicatoria

*A Dios, a nuestras familias y a quienes de tantas formas nos alentaron a llegar...
Han sido fuente de apoyo y luz en este largo camino que hoy culmina con este trabajo de grado.*

Contenido

	Pág.
Resumen	8
Abstract	9
Introducción	10
1. Elementos de la teoría general del daño como parámetros para establecer la imputación jurídica de responsabilidad al Estado colombiano	51
1.1. La valoración del daño y su imputación.....	51
1.1.1. Características configurativas del daño.....	56
1.1.2. El carácter personal del daño.....	61
1.1.3. El carácter cierto del daño	62
1.2. Evaluación de los perjuicios por el Consejo de Estado.....	63
1.2.1. Perjuicios materiales	63
1.2.2. Perjuicios inmateriales	67
2. El reclutamiento ilegal de menores de edad en el conflicto armado colombiano	73
2.1. El reclutamiento forzado de menores.....	73
2.2. El Caso 07: reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado colombiano	79
2.3. La valoración del daño frente a violaciones de derechos humanos y derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes sometidos a situaciones de reclutamiento forzado	85

2.4. Responsabilidad del Estado por falla del servicio frente al reclutamiento forzado de menores.....	94
3. El Reclutamiento Forzado de niños, niñas y adolescentes como fuente de reparación por vía administrativa y de reparación integral por vía judicial: posición jurisprudencial del Consejo de Estado.....	97
Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	112

Lista de Gráficas

	Pág.
Gráfica 1. Hechos de reclutamiento perpetrados presuntamente por las FARC-EP.....	82

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Factores del reclutamiento forzado en Colombia.....	75
Tabla 2. Número de menores reclutados entre 1985 y 2017 por las FARC-EP.....	82

Resumen

La presente monografía tiene por objeto analizar cómo ha abordado la jurisprudencia colombiana del Consejo de Estado el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir del hecho del reclutamiento forzado de menores de edad (niñas, niños y adolescentes) por parte del grupo subversivo de las FARC-EP desde 2006 hasta 2016, fecha en la que se consolidaron los acuerdos de paz con este grupo subversivo; para ello, se parte de la descripción de los elementos de la teoría general del daño como parámetros para establecer la imputación jurídica de responsabilidad al Estado colombiano; a su vez, se establecen los fundamentos doctrinales, normativos y jurisprudenciales en torno al fenómeno del reclutamiento ilegal de menores de edad en el conflicto armado colombiano; y finalmente, se determina la posición jurisprudencial del Consejo de Estado en torno a la relación existente en el caso del reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes frente a las opciones de reparación por vía administrativa y la reparación integral por vía judicial respecto de los perjuicios causados a los menores de edad.

Palabras clave: conflicto armado, Consejo de Estado, daño, reclutamiento forzado de menores, responsabilidad extracontractual.

Abstract

The purpose of this monograph is to analyze how the Colombian jurisprudence of the Council of State has addressed the issue of extra-contractual liability of the State based on the fact of the forced recruitment of minors (girls, boys and adolescents) by the subversive group of FARC-EP from 2006 to 2016, the date on which the peace agreements with this subversive group were consolidated; To do this, we start from the description of the elements of the general theory of damage as parameters to establish the legal imputation of responsibility to the Colombian State; In turn, the doctrinal, normative and jurisprudential foundations are established around the phenomenon of illegal recruitment of minors in the Colombian armed conflict; and finally, the jurisprudential position of the Council of State is determined regarding the existing relationship in the case of the forced recruitment of children and adolescents against the options of reparation by administrative means and comprehensive reparation by judicial means regarding the damages caused to minors.

Keywords: armed conflict, State Council, damage, forced recruitment of minors, tort liability.

Introducción

Colombia ha sido un país marcado por el conflicto armado interno. De acuerdo con Villamizar (2017), desde la conformación de los grupos guerrilleros a fines de la década de los años cuarenta y comienzos de la de los cincuenta (conocidas como guerrillas liberales para enfrentar las fuerzas del Estado bajo los gobiernos conservadores de Mariano Ospina Pérez y Laureano Gómez Castro y en particular luego de la muerte del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán Ayala en Abril 9 de 1948), pasando por los años sesenta con la conformación de los grupos subversivos de izquierda (se considera que el año de 1964 fue el año de conformación de los grupos autodenominados Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y Ejército de Liberación Nacional, durante el gobierno presidido por Guillermo León Valencia Muñoz) y llegando hasta la actualidad, serían más o menos 75 años continuos de conflicto armado, con variados actores en su desarrollo, ya que después de la firma del acuerdo de paz de La Habana en el año 2016 y su posterior ratificación por el Congreso Nacional con uno de esos históricos grupos, las FARC-EP¹, algunos de sus integrantes no se desmovilizaron² y otros volvieron posteriormente a las armas³, amén de que otros grupos continúan hasta hoy en su accionar delictivo, con reclutamiento de menores.

¹ Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo. Al parecer fue en la séptima conferencia del grupo, realizada en mayo de 1982, que las FARC se convirtieron en el Ejército del Pueblo y por ello agregaron a su sigla las letras EP. <https://verdadabierta.com/las-conferencias-de-la-expansion-1982-1993/> Consulta en Diciembre 6 de 2021.

² Se conoce como “disidencias” de las FARC-EP a aquellos sectores que, dentro de la división del grupo a raíz del proceso de paz y los acuerdos con el Gobierno Nacional en 2016, no aceptaron la desmovilización y por tanto no se concentraron en las 27 zonas veredales acordadas con el Gobierno Nacional para hacer el tránsito a la vida civil, previa entrega de las armas.

³ A fines del mes de agosto de 2019, algunos exdirigentes del antiguo grupo subversivo de las FARC-EP decidieron abandonar el proceso de paz y rearmarse para continuar la lucha subversiva. Entre ellos se incluye a alias Iván Márquez, ex negociador; alias Jesús Santrich, ex negociador y otros conocidos como alias “El Paisa” y alias “Romaña”. En: Iván Márquez, Santrich y el Paisa vuelven a la lucha armada y lo anuncian desde el monte <https://www.semana.com/nacion/articulo/ivan-marquez-santrich-y-el-paisa-vuelven-a-la-lucha-armada-y-lo->

Con el grupo subversivo denominado Ejército de Liberación Nacional (ELN) las negociaciones de paz se encontraban suspendidas prácticamente desde el inicio del gobierno del presidente Iván Duque Márquez (agosto de 2018) hasta recientemente (el 21 de noviembre de 2022) que se reiniciaron en el gobierno del presidente de izquierda Gustavo Petro Orrego⁴. Durante el segundo gobierno del presidente Juan Manuel Santos Calderón (2014-2018) su inicio puede considerarse tardío⁵ (febrero de 2017) y los avances fueron mínimos hasta su terminación en agosto de 2018, teniendo una fase exploratoria y reservada y una fase pública. Esos diálogos fueron finalmente cancelados por el gobierno del presidente Iván Duque Márquez en enero de 2019 a raíz de un atentado dinamitero contra la Escuela de Cadetes de la Policía General Francisco de Paula Santander⁶, atribuido a ese grupo al margen de la ley.

Otros grupos como las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia), las conocidas como BACRIM (bandas criminales), las ODIN (Organizaciones delincuenciales integradas al narcotráfico) y los GAO (Grupos Armados Organizados), han sido actores también del conflicto armado colombiano, y, aunque frente algunas de esas otras organizaciones ha habido también algunos procesos de negociación o al menos intentos de los mismos, con variados resultados⁷, la

[anuncian-desde-el-monte/629636](#) Consulta en Noviembre 25 de 2019. De algunos de ellos se dice que han muerto en circunstancias no muy claramente establecidas.

⁴ Los diálogos se reiniciaron el 21 de noviembre de 2022. Ver: <https://www.infobae.com/america/colombia/2022/11/19/dialogos-de-paz-entre-el-gobierno-de-gustavo-petro-y-el-eln-reiniciaran-este-lunes-desde-venezuela/>

⁵ El Gobierno de Colombia y el ELN dan inicio formal a un proceso de paz lleno de dudas. La celeridad marcará las negociaciones con la segunda guerrilla del país. ANA MARCOS. https://elpais.com/internacional/2017/02/07/colombia/1486503610_820808.html Publicado en: 8 de febrero de 2017). Consulta en diciembre 10 de 2019.

⁶ Al respecto se puede ver, por ejemplo: <https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/punto-final-los-dialogos-con-el-eln-articulo-857564/>. Consulta en diciembre 10 de 2019.

⁷ Al respecto se pueden ver datos importantes en el estudio denominado: Una Guerra Sin Edad. Informe Nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano. Centro Nacional de Memoria Histórica CNMH, Bogotá. 2017. Algunos datos son: 16879 casos de reclutamiento forzado se dieron entre

situación persiste actualmente aunque la propuesta del nuevo gobierno del presidente Gustavo Petro (2022-2026) de una “paz total”⁸ esto es, un proceso de negociación con todos los grupos al margen de la ley, se abre camino en medio del escepticismo de muchos. No obstante, se puede decir que subsiste el conflicto armado interno aunque con un actor menos, el hoy extinto grupo subversivo de las FARC-EP, transformado en el partido político Comunes, con representación en el Congreso nacional.

Dentro del accionar de todos los grupos se encuentra, como una de las formas más evidentes de la degradación del conflicto armado interno, el caso del reclutamiento de menores de edad (niñas, niños y adolescentes) como un problema de dimensiones considerables. La Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, derivada de los acuerdos con las FARC-EP, presentó su informe final (junio 28 de 2022) bajo el nombre genérico de HAY FUTURO SI HAY VERDAD y dentro de él, se incluye un capítulo particular sobre el tema, bajo el nombre “No es un mal menor: niñas, niños y adolescentes en el conflicto armado” el cual, entre otras cosas, presenta la siguiente tabla de datos (bajo el nombre tabla 8) y que acá incluimos tomada de ese documento respecto del reclutamiento de menores por los distintos grupos al margen de la ley entre los años 1990 y 2017, con evidente primacía en las cifras por parte del grupo de las FARC-EP (pág. 131):

1960 y 2016., de los cuales el 54% lo fue por las FARC-EP, 27% por parte de las Autodefensas y 10% por el ELN. En el proceso de reinserción a la vida legal las FARC devolvieron 124 niños. http://www.centrodehistoria.gov.co/descargas/informes2018/una_guerra-sin-edad.pdf Consulta en diciembre 5 de 2019.

⁸ <https://cnnespanol.cnn.com/2022/10/27/colombia-paz-total-petro-grupos-armados-ilegales-interes-orix/>

Tabla 8. Número de reclutamientos documentados de niñas, niños y adolescentes (1990-2017)

Responsable	FARC-EP	Paramilitares	ELN	Múltiple ⁴⁰⁹	Otro ⁴¹⁰	Otras guerrillas ⁴¹¹	Fuerza pública
Registros	12.038	2.038	1.391	331	157	174	109

Fuente: JEP-CEV-HRDAG, «Proyecto conjunto de integración de datos y estimaciones estadísticas», Fase 4, corte de junio del 2022.

Esto nos permite evidenciar la realidad del problema y en particular, mostrar los datos respecto de los casos de reclutamiento atribuidos a la guerrilla de las FARC-EP en particular, reconociendo que no es un tema que involucre sólo a este grupo.

Por su parte, la Justicia Especial para la Paz (JEP) que también se derivó de los acuerdos de paz con las FARC-EP y cuya creación se concretó en el Acto Legislativo 01 de 2017 que estableció “un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, ha abierto un macro-caso de investigación bajo el número 07 sobre el tema del reclutamiento forzado de menores por parte de las FARC-EP, dice lo siguiente en consulta de su página web:

¿En qué va el Caso 07?

En agosto de 2021, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas – SRVR – encontró un universo de 18.677 víctimas únicas, que constituyen una cifra provisional de hechos del Caso 07, como resultado de un ejercicio preliminar de contrastación sobre el reclutamiento y utilización presuntamente cometido por las extintas Farc-EP.

Esta cifra se obtuvo tras cruzar 31 bases de datos aportadas a través de 45 informes presentados por parte de las organizaciones de víctimas, del Estado y de instituciones universitarias.

Para hacer visibles a las víctimas que por distintas razones nunca pudieron denunciar, la Sala también realizó un ejercicio de estimación de los hechos que a pesar de que ocurrieron no fueron registrados. Así, identificó que solo para el periodo de 1996 a 2016, el total estimado de víctimas se ubica entre 19.253 y 23.811 niños y niñas que fueron reclutadas.

Este universo, sumado a la información presentada por 470 víctimas acreditadas, permitió a la Sala definir el camino a seguir en el Caso 07.

De acuerdo con la información recabada, 48% de los hechos de reclutamiento y utilización de niñas y niños, se asocia a la acción del Bloque Oriental de las antiguas Farc-EP. Este bloque, que operó en Arauca, Boyacá, Cundinamarca, Casanare, Meta, Guaviare, Vichada, Guainía y Vaupés, es la estructura con mayor número de victimizaciones asociadas. Le siguen los antiguos bloques Noroccidental, Occidental, Comando Conjunto Central, Magdalena Medio y Caribe. Por ello, la Sala decidió priorizar territorialmente la investigación.

Dadas las características de estos departamentos, en donde se encuentran localizados 166 resguardos de 60 pueblos indígenas, la Sala indaga de forma específica por el impacto diferencial que el reclutamiento y utilización de niños y niñas tuvo sobre pueblos étnicos y procura su participación en las versiones que se realizan.

La Sala de Reconocimiento ha tramitado 72 solicitudes de medidas cautelares dirigidas a víctimas y comparecientes en el caso, se han adoptado medidas de protección en 43 de ellas.

Por otro lado, la Sala trabaja de manera articulada con la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD). Entre la Sala y la Unidad existe una ruta de coordinación para apoyar la búsqueda de niñas y niños que fueron reclutados y que se encuentran desaparecidos. Con este fin, la Sala ha enviado a la Unidad información sobre 135 niñas y niños desaparecidos y, en conjunto con esta entidad y Medicina Legal, avanza en el proceso de identificación de 47 cuerpos recuperados en La Unión Peneya, en el departamento de Caquetá⁹.

La JEP dio apertura a este macro-caso a través del Auto No. 029 de 2019 (Marzo 1º de 2019) en el que “Se avoca conocimiento del reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado como un caso priorizado por la sala, Caso 007” por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de determinación de los hechos y las conductas”. El día 7 de marzo de 2019 el magistrado Iván González Amado ofreció una rueda de prensa en la que dio cuenta de los siguientes datos sobre las investigaciones en ese momento en la Fiscalía General de la Nación: 4219 investigaciones de la Fiscalía, de las cuales solamente 10 llevaron a sentencias condenatorias. De esas 4219, había en ese momento 1291 investigaciones activas, 1001 inactivas y 1927 sin ninguna actividad. Esas investigaciones daban cuenta de 5252 víctimas entre Enero 1º de 1971 y Diciembre 1º de 2016¹⁰.

⁹ <https://www.jep.gov.co/macrocasos/caso07.html> . Consulta en diciembre 11 de 2022.

¹⁰ Ver en: https://www.youtube.com/watch?v=9aA1B_y_R50

Resulta importante tener los datos de cuántos casos se estiman cometidos en el período señalado y en particular por el grupo subversivo más grande del país con el fin de dar cuenta de un panorama de la situación. Es evidente que la recolección de datos no es muy sólida y de ahí los cambios que se observan entre los documentos citados. Lo cierto es que el problema es grave, no sólo por la realidad de las afectaciones a los menores que el delito implica, sino por la gran cantidad de casos y el evidente sub-registro de los mismos. Pero, el objeto de nuestra reflexión está relacionado con la responsabilidad del Estado por estos hechos, tratándose de menores de edad que nuestra Constitución Política considera como sujetos de especial protección del Estado, de la Sociedad y de la Familia en los términos del artículo 44 de la Constitución Política.

En consecuencia, queremos mirar cuál ha sido el manejo y la respuesta que el Consejo de Estado en particular le ha dado a esta situación, en vista de que no solamente el Estado, es evidente, ha sido incapaz de garantizar importantes derechos de los menores de edad (se diría que más bien han sido sujetos de especial des-protección del Estado, según los datos aportados por la Comisión de la Verdad, la JEP y otros organismos¹¹ y personas¹² que han analizado el tema) y especialmente los más afectados han sido los menores de estratos socioeconómicos bajos, aquejados de otras carencias (y otras ausencias del Estado) y por lo tanto sujetos de especial vulnerabilidad.

¹¹ La Comisión Colombiana de Juristas en 2009 publicó un texto bajo el llamativo nombre de “El Delito Invisible. Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia”. El documento puede consultarse en: https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/el_delito_invisible.pdf y aunque en él se hace énfasis en la investigación judicial del delito y aporta algunas rutas de trabajo para disminuir la impunidad en esa conducta, en la página 61 bajo el título “2. Obstáculos para el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento” da cuenta de las dificultades que se enfrentan por los menores para la adecuada investigación y sanción de ese delito. Algunos de los subtítulos son: “2.1. Obstáculos relacionados con la administración de justicia”. Luego aparece: “2.2. Obstáculos relacionados con la seguridad de las víctimas y la persistencia del conflicto armado”, y finalmente, “2.3. Obstáculos de carácter normativo”.

¹² Fajardo Arturo, Luis Andrés. Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia”. Universidad Sergio Arboleda. 1ª edición. 2014. 261 págs.

Para ello es pertinente analizar la teoría de la Responsabilidad del Estado y el tratamiento impartido a la situación planteada respecto de esta población especial en términos del resarcimiento del daño antijurídico causado (artículo 90 de la Constitución Política), en unos casos por acción (se reconoce por la Comisión de la Verdad que el Estado, aún contra prohibición legal expresa, ha reclutado menores de Edad y por ello la información aportada por la Comisión en el cuadro incluido previamente en este texto bajo el título de “tabla 8”, aparecen 109 casos documentados), y en otros casos por omisión al no ejercer suficiente control territorial, por ejemplo, para garantizar los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y al amor, a la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, como lo plantea el artículo 44 de la Constitución Política, ya citado. En todo caso, se pretende conocer cuáles son las formas cómo es posible resarcir los perjuicios causados o cómo se ha resarcido ese daño antijurídico, teniendo en cuenta la normativa vigente sobre el tema y la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente.

Para tener en cuenta como marco conceptual y teórico, debe señalarse que el conflicto armado interno colombiano ha sido reconocido por el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos (dos períodos presidenciales de 2010 a 2018)¹³ aunque no por su predecesor Álvaro Uribe Vélez¹⁴ (dos períodos presidenciales de 2002 a 2010), el cual lo ha negado sistemáticamente y lo ha categorizado simplemente como una amenaza terrorista, y el presidente Iván Duque Márquez

¹³ En particular el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, que desde su comienzo en 2010 inició acercamientos con el grupo de las Farc-EP que terminaron en 2016 con la firma del “Acuerdo de Paz”.

¹⁴ Al respecto se puede ver, por ejemplo: Jerónimo Ríos Sierra. “Breves Notas sobre el conflicto colombiano tras la llegada de Álvaro Uribe Vélez”. GESI. Grupo de Estudios en Seguridad Internacional. Universidad de Granada. Lugar de edición: Granada (España). ISSN: 2340-8421. Año 201. No. 2.

(2018-2022, integrante del mismo partido del expresidente Uribe Vélez denominado Centro Democrático) hizo su campaña política a la presidencia de la República, luego de los acuerdos de paz con las FARC-EP (hoy partido Comunes) con el objetivo de la modificación de los acuerdos de paz con ese grupo (se habló en la campaña de “hacer trizas los acuerdos” por alguno de los integrantes del partido del entonces candidato y luego presidente en ejercicio¹⁵).

El Congreso Nacional, por su parte, ha reconocido en la ley el Conflicto Armado¹⁶, y lo mismo ha hecho de múltiples maneras la judicatura e incluso organismos internacionales. Por ejemplo, la Corte Constitucional en su Sentencia C-577 de 2014 se ha referido en los siguientes términos

¹⁵ Fernando Londoño Hoyos, exministro del Interior del primer Gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez y miembro del partido que llevó al presidente Iván Duque Márquez a la presidencia de la República, dijo lo siguiente: "el primer desafío del Centro Democrático será el de volver trizas ese maldito papel que llaman el acuerdo con las FARC". En: <https://www.semana.com/nacion/articulo/uribismo-hara-trizas-acuerdo-acuerdo-con-farc-esta-blindado/524529/> . Luego el presidente electo dijo: “No vamos a hacer trizas los acuerdos, la aproximación a modificaciones se hará sobre la base de una paz que una a Colombia, porque no podemos seguir divididos entre amigos y enemigos de la paz. Todos somos amigos de la paz y queremos una paz creíble” Trino en Twitter del electo presidente en junio 19 de 2018. En: <https://twitter.com/ivandunque/status/1009172461705932801> . No obstante, en balances de los cinco años de la suscripción del acuerdo de paz, se plantean pocos avances en el cumplimiento de los acuerdos. Por ejemplo, puede verse el siguiente artículo de prensa: “Colombia: algunos logros y muchos pendientes a cinco años de la firma del acuerdo de paz” en: <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20210927-colombia-logros-pendientes-cinco-anos-acuerdo-paz>, en Septiembre 27 de 2021.

¹⁶ La Ley 418 de diciembre de 1997 fue un primer paso en esa línea. Su título decía: “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Su artículo 15 decía inicialmente: “Artículo 15. Para los efectos de esta ley se entiende por víctimas, aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres entre otros” (sin subrayado en el original). El artículo 6 de la ley 782 de 2002 modificó el texto de este artículo y se refirió nuevamente al concepto de “conflicto armado”, y prorrogó la vigencia de algunas normas de la ley 418 de 1997. Dijo así el artículo 6: “Artículo 6°. El artículo 15 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedara así: Artículo 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1° de la Ley 387 de 1997. Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades” (sin subrayar en el original). Luego la ley 1448 de 2011 conocida como la “Ley de Víctimas” se considera un punto importante para el reconocimiento del conflicto armado interno colombiano. En su encabezado dice: “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

al reconocimiento que desde el legislativo se ha hecho a la existencia de ese conflicto armado interno, lo mismo que desde la jurisprudencia:

En el ámbito legislativo, desde el año 1997, mediante la Ley 418, se consagraron instrumentos para la búsqueda de la convivencia pacífica en el país, dentro de los cuales se concibió el diálogo y la solución negociada del conflicto armado colombiano. Esta Ley contiene, entre otras, disposiciones para la “atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno”. El texto original de la Ley antes de ser subrogado por el artículo 6 de la Ley 782 de 2002 y luego prorrogada por la ley 1106 de 2006, se establecía que “Para los efectos de esta ley se entiende por víctimas, aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten **en el marco del conflicto armado interno**, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres entre otros”. Dicho reconocimiento del conflicto armado fue conservado en las modificaciones señaladas¹⁷. (Negrilla fuera del Texto).

Por su parte, la Ley 1448 de 2011 desde su título deja manifiesto el reconocimiento al conflicto armado interno: “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Luego en el desarrollo del texto, en el artículo 3 se hace referencia a quiénes se consideran víctimas, estableciendo que: “Se consideran víctimas, para los

¹⁷ Así, según el artículo 15 de la ley, “...se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres **en el marco del conflicto armado interno**.” (Negrilla fuera de texto)

efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”.

De esta forma, se logra un reconocimiento legislativo del conflicto armado conforme a la concepción amplia que ha ido moldeando la Corte, esto es teniendo en cuenta la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano y no limitada a las confrontaciones estrictamente militares o a un grupo particular de actores armados sin tener en cuenta a los otros¹⁸.

En conclusión, del desarrollo legislativo y jurisprudencial se extrae que en Colombia, el conflicto armado interno es una realidad jurídica consolidada que cumple con las condiciones objetivas extraídas del artículo 3° común a los convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1° del Protocolo II de 1977, las cuales han sido analizadas por la Corte desde la sentencia C-291 de 2007, lo que conduce a que no puedan ser desconocidas de manera arbitraria o por virtud de calificaciones meramente formales de los fenómenos que en medio del conflicto se suscitan.

Igualmente, la multiplicidad de actores es una constante en el análisis que del conflicto armado colombiano ha hecho la jurisprudencia y que ha sido tomado por la ley. En efecto, cuando la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado el concepto amplio de

¹⁸ En este sentido ver sentencias C-253A de 2012 y C-781 de 2012

conflicto armado lo ha hecho entendiendo la multiplicidad de actores, tanto insurgentes como anti-insurgentes e incluso de las mismas fuerzas estatales. Las diferentes sentencias en temas de protección de población desplazada¹⁹, de traslado de profesores amenazados²⁰, o de menores en el conflicto²¹ en los que se tiene en cuenta el Protocolo II de Ginebra, son ejemplos tanto del constante reconocimiento del conflicto armado como de la influencia de los diferentes actores armados en este²² (Sentencia C-577, 2014).

En el marco de este conflicto armado interno²³, uno de los eventos a nuestro juicio más atroces ha sido el reclutamiento forzado de menores de edad, acción que han realizado diversos actores de este conflicto armado interno, lo que constituye un delito referido en la legislación

¹⁹ Sentencias T-327 de 2001 y T-025 de 2004, así como el auto A-258 de 2008

²⁰ Ver, por ejemplo, sentencias T-258 de 2001 y T-795 de 2003

²¹ Sentencia C-240 de 2009

²² Ver la Sentencia C-781 de 2012 que al respecto expone : “Como se ilustrará en este acápite, en el caso del conflicto armado colombiano, las organizaciones armadas comparten y disputan territorios similares, ejercen control territorial sobre determinadas zonas, establecen relaciones de confrontación, o de cooperación dependiendo de los intereses en juego, participan de prácticas delictivas análogas para la financiación de sus actividades, así como de métodos, armamentos y estrategias de combate o de intimidación a la población, generando tanto enfrentamientos armados como situaciones de violencia generalizada de gran intensidad, en donde son frecuentes las violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario. En ese escenario, la distinción entre víctimas de la violencia generada por delincuencia común o por el conflicto armado no siempre resulta obvia y fácil de realizar, sino que con frecuencia requiere de un ejercicio de valoración y ponderación en cada caso concreto, de distintos factores del contexto del conflicto armado interno para determinar si existe esa relación cercana y suficiente amparada por la Ley 1448 de 2011”.

²³ Dicen Vallejo Rubiano, Cubides Cárdenas y Díaz Castillo que: “Sobre este fenómeno social, la Corte Constitucional se ha referido de forma reiterada en sus sentencias, pronunciándose por primera vez sobre el particular en la sentencia C- 225, donde se planteó la existencia o no en el territorio nacional de un CI (Conflicto Interno, se aclara). Sin embargo, este máximo tribunal constitucional no resolvió este cuestionamiento, bajo el argumento de que tal respuesta era indiferente ante la obligación clara del Estado colombiano para la aplicación del DIH. No obstante, con posterioridad esta corporación define este conflicto bajo la existencia de dos enfoques: el primero denominado “restringido”, según el cual el CI es “un conjunto específico de acciones y actores armados, caracterizado por el uso de ciertas armas y medios de guerra, o circunscrito a áreas geográficas específicas” (Corte Constitucional, sentencia C-577, 2014). De esta orientación se desprenden los componentes que determinaban el concepto de “víctima” y cada uno de los derechos que le acaecen. El segundo enfoque, llamado “amplio”, conceptualiza el CI como un fenómeno complejo donde se incluyen la violencia generalizada y la delincuencia común como factores intervinientes en el mismo (Corte Constitucional, sentencia C-577, 2014)”. En: Contextualización del Conflicto Armado Interno colombiano en relación con las víctimas y el medio ambiente”. Escuela Superior de Guerra. Bogotá. 2017. Se aclara que la sentencia C-225 que se cita corresponde a la Sentencia C-225 de 1995 por medio de la cual se declara EXEQUIBLE la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

colombiana de dos maneras: como delito de reclutamiento de menores por la ley 418 de 1997 en su artículo 14²⁴, cuyo texto fue modificado por el artículo 5o de la Ley 1421 de 2010, y especialmente como delito de reclutamiento ilícito por el artículo 162 de la ley 599 de 2000, Código Penal²⁵, el que se constituye además en un crimen de guerra según el estatuto de la Corte Penal Internacional²⁶.

También, desde un punto de vista valorativo, es un atentado contra la sociedad, con todo y que los niños son los depositarios de la protección especial de la sociedad, del Estado y de la familia (artículos 44 y 45 de la Constitución Política), y que la Familia es, a su vez, el núcleo de

²⁴ “ARTÍCULO 14. Ley 418 de 1997. Además de las sanciones penales previstas en el artículo 162 del Código Penal para quienes sean condenados por reclutamiento ilícito de menores de edad, estos no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley”. Este fue modificado por el artículo 5° de la Ley 1421 de 2010 y quedó así: “Artículo 5°. El artículo 14 de la Ley 418 de 1997, quedará así: Prorrogada vigencia, art. 1, Ley 1738 de 2014. Artículo 14. Además de las sanciones penales previstas en el artículo 162 del Código Penal para quienes sean condenados por reclutamiento ilícito de menores de edad, estos no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley”. Tomado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr005.html#162 Consulta en Noviembre 20 de 2019.

²⁵ Ley 599 de 2000. Código Penal. “ARTICULO 162. RECLUTAMIENTO ILICITO. 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 noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005.

Ley 418 de 1997. 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 quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

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

Nuevo Texto: “ARTÍCULO 14. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1421 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Además de las sanciones penales previstas en el artículo 162 del Código Penal para quienes sean condenados por reclutamiento ilícito de menores de edad, estos no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley”. Tomado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr005.html#162 Consulta en Noviembre 20 de 2019.

²⁶ La Ley 742 de 2002 aprobó como legislación interna el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Allí en el artículo 8o se establecen los crímenes de guerra y en el numeral 2, literal a) número xxvi, dice: “2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”;

la sociedad (art. 42 *ibídem*). Incluir a los niños en la guerra es, a todas luces, violentar su dignidad y sus derechos y garantías fundamentales, es afectar su desarrollo emocional y físico, restarle posibilidades de crecimiento y movilidad social y es poner innecesariamente en riesgo su vida e integridad y diezmarles la posibilidad de acceder a los demás derechos fundamentales de raigambre constitucional²⁷.

Se aclara que se hace alusión a los MENORES DE EDAD de manera general como las personas especialmente protegidas por el Estado, la sociedad y la familia, en los términos de los artículos 44 y 45 de la Constitución Política, que distinguen entre niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA). Dos elementos de juicio deben tenerse en cuenta al respecto; en primer lugar, el párrafo del artículo 98 de la Constitución Política establece que, mientras la ley no diga otra cosa, la ciudadanía se ejercerá a partir de los 18 años de edad. Este artículo lo que hace es definir que es el legislador quien puede determinar desde qué edad se configura la mayoría de edad. Eso había sido definido por la ley 27 de 1977 (anterior a la Constitución Política actual) en su artículo primero, en los siguientes términos: “Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años”.

Luego la Ley 1098 de 2006, conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 3 dice: “Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años” y hace la distinción entre niños y adolescentes completando el

²⁷ Un panorama completo de lo que ha sido el reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano puede verse en el informe de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, presidida por el sacerdote Francisco José de Roux Rengifo, que en junio de 2022 se entregó a la sociedad colombiana bajo el título HAY FUTURO SI HAY VERDAD en uno de cuyos capítulos, bajo la denominación “No es un mal menor. Niñas, niños y adolescentes en el conflicto armado”. En: <https://www.comisiondelaverdad.co/> . Consulta en noviembre 20 de 2022.

mismo artículo de la siguiente manera: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”. No obstante, el concepto genérico sería el de “menores de edad”, pero debe tenerse clara la distinción terminológica que hace la referida normativa en cita.

En muchas partes del mundo, y Colombia no es la excepción, miles de niños, niñas y adolescentes (NNA) han sido reclutados por fuerzas armadas, tanto gubernamentales (la denominada en nuestro país la Fuerza Pública, en los términos del artículo 216 de la Constitución Política), como por grupos armados ilegales, como es el caso de los grupos rebeldes (genéricamente, guerrillas) y otros grupos armados delincuenciales, para servir como combatientes, o en otras tareas complementarias pero asociadas a su accionar militar regular o irregular y por esa vía vincularlos al conflicto armado interno, como es el caso de cocineros, portadores, mensajeros, vigilantes, espías, informantes o en otro tipo de funciones propias de esos grupos. Niñas y adolescentes de sexo femenino también son reclutadas con los mismos fines o también con fines sexuales o para someterlas al matrimonio forzado o alguna forma de esclavitud sexual. Muchos de ellos han sido reclutados por la fuerza, aunque algunos se han unido “voluntariamente” a grupos armados irregulares como resultado de presiones económicas (la necesidad de su propio sostenimiento), sociales (del grupo social al que pertenecen, incluida su familia) o de seguridad (como una garantía de seguridad en un entorno complejo en el que les ha tocado vivir y en el que en general el Estado brilla por su ausencia o solamente aparece ocasionalmente a través de la Fuerza Pública, que no pocas veces es, a su vez, causante de algunas formas de afectación de esa población). Las situaciones del desplazamiento forzado

interno, en las que Colombia ha ocupado, desafortunadamente, primeros lugares en el mundo²⁸, y la pobreza (pobreza²⁹ y desigualdad³⁰ son dos características diferentes pero muy propias de nuestra realidad) hacen que los niños sean aún más vulnerables³¹ al reclutamiento por actores armados y especialmente al reclutamiento forzado.

De acuerdo con un informe sobre la participación de menores en conflictos armados elaborado por las Naciones Unidas (1996), al hablar acerca de las consecuencias de los conflictos armados sobre los niños, considera que los menores asociados con fuerzas armadas o grupos armados están expuestos a una violencia terrible, ya que a veces se les obliga a presenciar y cometer actos de violencia, al tiempo que ellos mismos son sometidos a abusos y explotación, y sufren lesiones o incluso mueren como resultado de estos actos. Su condición les priva de sus derechos, a menudo con graves consecuencias físicas y emocionales. Y agrega:

²⁸ Colombia, el país con mayor desplazamiento interno: Acnur. Miércoles, 19 Junio, 2019 - 14:50 <https://www.radionacional.co/noticias/actualidad/desplazados-colombia-acnur-2019> Consulta en diciembre 18 de 2019.

²⁹ Así es el mapa de la pobreza en Colombia que debe sortear Iván Duque. <https://www.larepublica.co/economia/asi-es-el-mapa-de-la-pobreza-en-colombia-que-debe-sortear-ivan-duque-2884637> Lunes, 15 de julio de 2019. Este informe da cuenta de tres categorías para la medición de la pobreza: la pobreza monetaria, que incluye 13,07 millones de personas y que equivalen al 27% de la población. Además, se cuenta la pobreza monetaria extrema, que incluye a 3.5 millones de personas y equivalen al 7,20% de la población. Finalmente, se utiliza como factor de medición la llamada “pobreza multidimensional” que mide cinco condiciones y que según este informe incluye a 19,60% de la población que equivale a 9,69 millones de personas.

³⁰ Pese al crecimiento económico, Colombia sigue siendo uno de los países más inequitativos del mundo. Enero 23 de 2018. <https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/pese-al-crecimiento-economico-colombia-sigue-siendo-uno-de-los-paises-mas-inequitativos-del-mundo/>. Consulta en Noviembre 28 de 2019.

³¹ Sobre la vulnerabilidad ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia T-701 de 2017 que: “La vulnerabilidad es “un proceso multidimensional que confluente en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidad de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas o internas. La vulnerabilidad social de sujetos y colectivos de población se expresa de varias formas, ya sea como fragilidad e indefensión ante cambios originados en el entorno, como desamparo institucional desde el Estado que no contribuye a fortalecer ni cuida sistemáticamente de sus ciudadanos (...)”. Desde esta perspectiva, el estado de vulnerabilidad está relacionado con circunstancias que le impiden al individuo (i) procurarse su propia subsistencia; y (ii) lograr niveles más altos de bienestar, debido al riesgo al que está expuesto por situaciones que lo ponen en desventaja en sus activos”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-701-17.htm> Consulta en Diciembre 6 de 2019.

La guerra viola todos los derechos del niño: el derecho a la vida, el derecho a estar con su familia y con su comunidad, el derecho a la salud, el derecho al desarrollo de la personalidad y el derecho a ser formado y protegido. Muchos de los conflictos de la actualidad duran durante [sic] toda la "infancia", lo que significa que desde el nacimiento hasta el principio de la edad adulta los niños experimentarán múltiples agresiones que se irán acumulando. El resquebrajamiento de la red social y de las relaciones primarias que sirven de apoyo al desarrollo físico, emocional, moral, cognoscitivo y social de los niños durante tanto tiempo puede tener consecuencias físicas y psicológicas profundas (Naciones Unidas, 1996, p. 16).

Es importante señalar también qué es lo que se entiende por “Reclutamiento” y luego cuál es su aplicación al caso de los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante NNA) para concretar lo que se puede denominar con el concepto de un “niño soldado”. Los Estados, con frecuencia, establecen a los nacionales mayores de edad, como en el caso colombiano, la obligación de “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (art. 216 de la Constitución Política.). En Colombia, tanto la Ley 48 de 1993 que se refería al Servicio Militar Obligatorio (hoy derogada), como la ley 1861 de 2017 que la reemplazó³², establecen que la obligación de definir la situación militar (con la eventual prestación del servicio militar obligatorio) surge solamente para los varones colombianos al cumplir la mayoría de edad, de forma tal que actualmente, Colombia afirma no incorporar a la fuerza pública (Fuerzas Armadas y de Policía) ninguna persona que no sea mayor

³² El artículo 4 de esta ley 1861 de 2017 establece que el servicio militar obligatorio es un deber constitucional que surge como una responsabilidad de los varones al cumplir los 18 años.

de edad (hombre o mujer)³³. No obstante, el informe de la Comisión de la Verdad ya referido da cuenta de algunos reclutamientos de menores posteriores a las normas prohibitivas y la práctica de “batidas” para recoger en la calle personas que no tengan resuelta su situación militar para llevarlas al servicio militar obligatorio³⁴, situación prohibida en diferentes sentencias por la Corte Constitucional. Las mujeres, siempre que sean mayores de edad, pueden prestar servicio militar voluntario en cualquiera de las fuerzas que integran la Fuerza Pública.

Por lo tanto, podría decirse que en Colombia la posibilidad de la figura del “niño soldado” esto es, un menor de edad que voluntaria o forzosamente haya sido incorporado a la fuerza pública del Estado en cualquiera de sus modalidades, está prohibida. Un “niño soldado”, en Colombia, es una situación de absoluta ilegalidad, que normalmente se realiza por otro tipo de

³³ El artículo 2 de la Ley 548 de 1999 reformó el artículo 13 de la ley 418 de 1997 en cuanto a prohibir la incorporación al servicio de la fuerza pública de menores de 18 años. La norma dispuso lo siguiente: “ARTICULO 2o. El artículo 13 de la Ley 418 de 1997, quedará así: "Artículo 13. Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad. <Inciso aclarado por el artículo 1 de la Ley 642 de 2001. El texto original es el siguiente:> Si al acceder a la mayoría de edad el joven que hubiere aplazado su servicio militar estuviere matriculado o admitido en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. Si optare por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones; si optare por el aplazamiento, el título correspondiente solo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar que la ley ordena. La interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar. La autoridad civil o militar que desconozca la presente disposición incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución.

“**PARAGRAFO.** El joven convocado a filas que haya aplazado su servicio militar hasta la terminación de sus estudios profesionales, cumplirá su deber constitucional como profesional universitario o profesional tecnólogo al servicio de las fuerzas armadas en actividades de servicio social a la comunidad, en obras civiles y tareas de índole científica o técnica en la respectiva dependencia a la que sea adscrito necesite. En tal caso, el servicio militar tendrá una duración de seis meses y será homologable al año rural, periodo de práctica, semestre industrial, año de judicatura, servicio social obligatorio o exigencias académicas similares que la respectiva carrera establezca como requisito de grado. Para los egresados en la carrera de derecho, dicho servicio militar podrá sustituir la tesis o monografía de grado y, en todo caso, reemplazará el servicio social obligatorio a que se refiere el artículo 149 de la Ley 446 de 1998”.

³⁴ El informe de la comisión de la Verdad ya citado, en el capítulo correspondiente las Niñas, Niños y Adolescentes en el conflicto armado cuenta con un aparte en el que se documenta esta situación. Concretamente en el numeral 4.5 bajo el título “Vinculación de niñas, niños y adolescentes por parte de la fuerza pública” (página 204 y siguientes) relaciona y documenta varios casos en los que se han violado las normas citadas al incorporar de diferentes maneras a menores de edad a actividades asociadas directa o indirectamente con el conflicto armado). En: <https://www.comisiondelaverdad.co/>

actores armados, más no por el Estado colombiano que, en principio, producto de la aplicación de la Constitución de 1991 y del acogimiento de las normas de los tratados internacionales, ha cambiado sus prácticas y la normativa al respecto.

Según indica el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en la guerra, aprobado por Colombia a través de la Ley 833 de 2003, un “niño soldado” es cualquier persona menor de 18 años que forma parte de cualquier tipo de fuerza armada regular o irregular en cualquier capacidad o actividad, inclusive, pero no solo, como cocinero, porteador, mensajero, y cualquiera que acompaña a estos grupos, excepto los familiares. La definición incluye niñas reclutadas para realizar actividades sexuales y contraer matrimonios por la fuerza.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991, dice:

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 (Ley 12, 1991, art. 38.3).

El Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) relativo a la participación en los conflictos armados³⁵ establece que:

³⁵ El Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados fue aprobado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000 y se encuentra vigente

“1. 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”.

Y luego consagra:

“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”³⁶.

desde el 12 de febrero de 2002. En Colombia fue aprobado por la ley 833 de 2003, la cual fue aprobada por la sentencia C-172 de 2004 y fue promulgado por el Decreto 3966 de 2005 por parte del presidente de la República.

³⁶ “Casi dos tercios de los Estados del mundo han ratificado el Protocolo Facultativo, y otros han promulgado reglamentos o leyes nacionales que prohíben el reclutamiento y la utilización de niños y niñas soldados. Sin embargo, continúa existiendo una brecha entre lo que los gobiernos dicen y lo que hacen”. COALICIÓN ESPAÑOLA PARA ACABAR CON LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS SOLDADO, Niños soldado. Informe global 2004, Edición resumida, 6 (Coalición en España, Amnistía Internacional Sección Española & Save the Children, Madrid, 2004).

Por tanto, la expresión “niño soldado” se refiere a un menor de edad, hombre o mujer (niño, niña o adolescente), que porta o ha portado armas³⁷. Esta definición es intencionalmente amplia para que la protección incluya a la mayor cantidad posible de niños, niñas y adolescentes, y para asegurar su inclusión en los programas de desmovilización y reintegración. La expresión “niño soldado” también alcanza a “toda persona menor de 18 años que es miembro o está vinculado a las fuerzas armadas gubernamentales o a cualquier grupo armado regular o irregular, en lugares donde exista o no un conflicto armado”³⁸.

A partir de la promulgación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, se ha dado un cambio en la observancia de la protección de los niños en el mundo; siendo esta la Convención más ratificada desde la fundación de la ONU en 1948, con 159 Estados firmantes y ratificada por 196 Estados³⁹, y se convierte, como bien lo establece la misma convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, (UNICEF, 2015) que resulta de carácter

³⁷ Dice Unicef: “Según los Principios de Ciudad del Cabo (1997), un “niño soldado” es toda persona menor de 18 años de edad que forma parte de cualquier fuerza armada regular o irregular en la capacidad que sea, lo que comprende, entre otros, cocineros, portadores, mensajeros o cualquiera que acompañe a dichos grupos, salvo los familiares. La definición incluye a las niñas reclutadas con fines sexuales y para matrimonios forzados. Por consiguiente, no se refiere solo a un niño que lleva o ha llevado armas. Algunos niños y niñas pueden haber sido secuestrados o reclutados a la fuerza; a otros los ha impulsado a unirse a estos grupos la pobreza, los malos tratos y la discriminación, la presión de la sociedad o de los compañeros, o el deseo de vengarse de la violencia ejercida contra ellos o sus familias”. HOJAS INFORMATIVAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA, Unicef. https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_children_armed_groups_sp.pdf Consulta en Diciembre 6 de 2019.

³⁸ COALICIÓN ESPAÑOLA PARA ACABAR CON LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS SOLDADO, Niños soldado. Informe global 2004, Edición resumida, 6 (Coalición en España, Amnistía Internacional Sección Española & Save the Children, Madrid, 2004) citado en “Reclutamiento forzado de niños y niñas (abduction) en el conflicto armado colombiano: los menores de 18 años como víctimas con protección especial reforzada en el DIH y DIDH” por Yadira Elena Alarcón-Palacio. Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Revista Universitas. No. 138. Enero-Junio de 2019.

³⁹ Es el tratado internacional de derechos humanos más ampliamente respaldado, 196 naciones lo han ratificado. Estados Unidos es el único país que no ha completado el proceso de ratificación de la Convención. <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>. Consulta en noviembre 1 de 2019.

obligatorio para buena parte de los Estados del planeta⁴⁰. La Convención contiene 54 artículos y plantea una protección integral a los menores de edad, partiendo de la premisa de la necesidad de protección reforzada de estos por su estado de indefensión y vulnerabilidad en relación con los adultos, como bien se sostiene en el preámbulo del mismo Instrumento:

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño (UNICEF, 2015).

Para el caso particular colombiano, la CDN fue ratificada mediante la Ley 12 de enero de 1991, "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989", lo que no solo incorporó el articulado de la Convención al bloque de constitucionalidad en Colombia (art. 93 de la Constitución Política.), sino que cambió el paradigma de protección implementado hasta

⁴⁰ La Convención de los Derechos del Niño cuenta con un protocolo adicional específico denominado: Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, suscrito en la Asamblea de la ONU de mayo 25 de 2000 y vigente internacionalmente a partir de febrero 12 de 2002. Ya se dijo que en Colombia se aprobó por la ley 833 de 2003.

entonces, concebido como protección especial, deducido del artículo primero del derogado Decreto 2737 de 1989⁴¹, “Por el cual se expide el Código del Menor”, que rezaba:

Artículo 1. El presente Código tiene por objeto:

[...]

3. Definir las situaciones irregulares bajo las cuales pueda encontrarse el menor; origen, características y consecuencias de cada una de tales situaciones.
4. Determinar las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentre en situación irregular.

Si se aplica una interpretación exegética al texto de la norma precitada, se puede comprender que el objeto principal de dicha norma era el restablecimiento de los derechos vulnerados de los menores, o bien, identificar las situaciones irregulares en que se puede encontrar el menor de edad y superarlas. El esquema de protección corresponde al llamado paradigma de protección especial o de situación irregular, descrito por Cardozo & Michalewicz

⁴¹ “El reconocimiento de los niños como sujetos de derecho y su especial protección tuvieron una importante manifestación en Colombia a través de la expedición del Decreto 2737 de 1989, denominado Código del Menor, cuyo paradigma para el trato de los derechos de los niños era el de la protección. Entre las situaciones irregulares que contenía dicha normativa no estaba el que los niños hubiesen sido reclutados de manera forzosa o voluntaria por los grupos ilegales. Aunque el enfoque de protección al menor era identificable en las anteriores legislación y Constitución [1886], su alcance fue hondamente cuestionado a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, frente a la cual la Constitución de 1886 presentaba fallas. En este sentido, el Comité para los Derechos del Niño de las Naciones Unidas manifestó en varias ocasiones al Estado colombiano su preocupación por la falta de adecuación de la normatividad nacional a los principios y disposiciones de la Convención en cuanto a la garantía y el respeto a la aplicación de los Derechos Humanos del menor dentro del orden de Derecho Público Interno, de cara al sistema constitucional. El proceso de reforma en Colombia fue muy dispendioso y duró muchos años. En efecto, varias iniciativas fracasaron en el Congreso de la República. Pero, finalmente, una iniciativa conjunta de entidades del gobierno, el Ministerio Público, el Sistema de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales reunidos en la Alianza por la Niñez y un grupo de legisladores establecieron un espacio de trabajo permanente que duró más de tres años y cuyo fruto fue el actual Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA), expedido mediante la Ley 1098 de 2006”. En: Reclutamiento forzado de niños y niñas (abduction) en el conflicto armado colombiano: los menores de 18 años como víctimas con protección especial reforzada en el DIH y DIDH” por Yadira Elena Alarcón-Palacio. Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Revista Universitas. No. 138. Enero-Junio de 2019.

(2017) como: “La doctrina de la situación irregular se aplica a los menores en situación de “riesgo o peligro moral o material”, “situación irregular o circunstancias especialmente difíciles”. (Cardozo & Michalewicz, 2017). El referido decreto 2737 de 1989⁴² fue remplazado por la Ley 1098 de 2006, vigente hoy y conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia, citado previamente.

Ahora bien, la Constitución Política de 1991 incluyó en su parte dogmática, el artículo 44, referente a la protección integral a los derechos de los niños. En el tenor literal del inciso segundo impone al Estado la protección integral de los derechos de los niños, tal y como reza:

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

De ahí que es claro que la protección de los menores de edad, a la luz de la Carta Constitucional, obedece al principio de protección integral derivado de la Convención de los Derechos del Niño; por lo que será deber del Estado, desde sus fines esenciales, diseñar los mecanismos de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma tal que el resultado de sus acciones permita “garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio

⁴² Este Código del Menor era un Decreto-Ley que se expidió con base en la delegación de competencias legislativas que hiciera el Congreso de la República al Gobierno Nacional por medio de la ley 56 de noviembre 28 de 1988. En su artículo 1° dio un plazo de un año contado desde la publicación de esa ley para expedir el Código del Menor. Tal delegación se hizo con base en la autorización general concedida al Congreso de la República por el artículo 76 numeral 12 de la Constitución de 1886 vigente para la época, el cual había sido reformado por el Acto Legislativo 01 de 1979. Hoy no es posible la delegación de competencias legislativas del Congreso al Gobierno para expedir códigos, como se establece claramente en el artículo 150 numeral 10 de la C.P. de 1991.

pleno de sus derechos”, cosa que, sin duda, se ve afectada de múltiples maneras por la situación del desplazamiento forzado y en particular por el reclutamiento forzado.

Este fenómeno del reclutamiento forzado, de atroz magnitud, ha sido una constante en Colombia como bien lo sostiene Ramírez (2010):

En el caso colombiano el reclutamiento de niños y niñas se ha presentado al interior tanto de las organizaciones guerrilleras y paramilitares, como de las bandas criminales organizadas, las cuales han sido protagonistas de un conflicto armado que afecta al país desde hace más de cuatro décadas (p. 115).

Por su parte Fajardo (2014) sostiene, después de analizar diferentes documentos de diferentes fuentes, que:

En síntesis, el reclutamiento de menores es un fenómeno que se presenta en escenarios de conflicto armado interno, entre el Estado y grupos armados al margen de la ley, donde los segundos aprovechan el entorno sociocultural y económico de los menores para vincularlos al conflicto forzada o “voluntariamente”, entendiendo para tales efectos que aun cuando exista consentimiento de los niños y niñas para vincularse a grupos guerrilleros, su condición de menores de edad no les proporciona capacidad legal para tomar este tipo de decisiones, “por tal razón la participación de menores de 18 años en las hostilidades o en acciones armadas es, en todos los casos, forzada”⁴³.

⁴³ “Concepto del procurador general de la Nación, sentencia C-240 de 2009”.

La Sentencia C-240 de 2009 de la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la normativa sobre el reclutamiento ilícito (art. 162 de la Ley 599 de 2000, Código Penal) y en particular el reclutamiento del menor (artículo 14 de la Ley 418 de 1997, ya citado) ha planteado que:

La existencia de dos normas penales vigentes que propenden simultáneamente por el establecimiento de conductas punibles relacionadas con el reclutamiento y utilización de menores en conflictos armados, solo puede responder al interés del legislador de asegurar a través de ellas, la tipificación de todas las conductas posibles y ajenas a la protección de los niños y las niñas en tales circunstancias, que han sido reconocidas en el derecho internacional. De ahí que para la Sala, tanto en el derecho interno como en el internacional, lo que se penaliza es que los niños, niñas o adolescentes sirvan (utilización) o tomen parte en esos grupos (participación), con independencia de las tareas que realicen en ellos, toda vez que la participación o utilización directa o indirecta de los menores en el conflicto, se subsume en el concepto de admisión o ingreso de los menores a los grupos armados irregulares, en que el ingreso significa la participación en las actividades del grupo, sin que se especifique si se hace en calidad de combatiente o no, lo que amplía aún más la protección que el derecho internacional plantea para los niños o niñas, ya que cualquier menor que forme parte de los grupos armados, independientemente del tipo de actividades que realice en ellos, esto es, que actúe directamente en las hostilidades o sirva de correo, mensajero, cocinero, etc., queda protegido por esta disposición. De otra parte y atendiendo a los elementos del delito de reclutamiento ilícito tipificado en los artículos 14 de la Ley 418 de 1997 y 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), la Corte considera 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, aún de manera voluntaria, encaja perfectamente en las hipótesis previstas en los citados preceptos penales, pues el legislador, asegurando el interés superior del menor, penalizó el reclutamiento y la inducción al ingreso de los menores, independientemente de que tales conductas sean producto de una decisión voluntaria del menor o de una acción forzada, ya que tales elementos, ni están en el tipo penal, ni fueron tenidos en cuenta por el Congreso, por lo que no son necesarios para la tipificación del reclutamiento o la inducción referida, además que en la legislación nacional, los menores no tienen capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos, por lo que la voluntad de admisión o ingreso no puede ser considerada un motivo de atipicidad, menos cuando ni siquiera está previsto en la norma (Sentencia C-240, 2009).

La Constitución Política, desde su preámbulo, establece una serie de obligaciones para el Estado Colombiano que deben ser cumplidas respecto de toda la población, pero con mayor razón frente a los menores de edad que, como ya se ha dicho, son sujetos de mayor y especial protección por parte del Estado, dadas sus condiciones de vulnerabilidad.

Dice el preámbulo que:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y

con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente (Constitución Política, 1991, Preámbulo. Sin subrayado en el original).

Como puede verse, desde acá se establece como un elemento definitorio de las tareas del Estado Colombiano, el de “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

Por supuesto, no solo el preámbulo (cuyo carácter normativo y vinculante ha sido reconocido por la misma Corte Constitucional en varias sentencias como la C-479 de 1992) establece normas de protección al menor, e incluso a la familia, como dos objetos de especial protección por parte del Estado. Según se observa en otras normas como el artículo 2 cuando establece los fines del Estado⁴⁴ lo que no es otra cosa que el “para qué” del Estado, es decir, para qué existe el Estado, se entiende que éste debe “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. El cumplimiento de este deber, en el caso

⁴⁴ ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica> Consulta en Diciembre 18 de 2019.

de los menores y de algunos otros grupos sociales⁴⁵, se pone en duda por varias razones, entre las cuales está precisamente el reclutamiento forzado de menores (se exceptúa el caso del servicio militar obligatorio que obedece al cumplimiento de un deber legal, fundado en los artículos 96 y 216 de la Constitución Política), frente a los cuales existe una prohibición absoluta, aún con su voluntad, tal como se desprende de las normas nacionales y los tratados internacionales ya citados. La Corte Constitucional inclusive ha ligado el desplazamiento forzado y su reconocimiento como un “estado de cosas inconstitucional” con el reclutamiento forzado y a ambos les ha dado la misma connotación⁴⁶. Otras normas constitucionales importantes a estos efectos son los artículos 42⁴⁷ y 45⁴⁸ de la Carta Magna.

⁴⁵ La Corte Constitucional, entre muchas providencias, ha hablado de la figura de “Sujetos de Especial protección”, y en la sentencia T-167 de 2011 ha dicho lo siguiente: “La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-167-11.htm> Consulta en diciembre 11 de 2019.

⁴⁶ Sobre este aspecto pueden verse la Sentencia T-025 de 2004 y en particular el Auto 251 de 2008 de la Corte Constitucional.

⁴⁷ “**ARTICULO 42.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

⁴⁸ “**ARTICULO 45.** El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

Sobre el Estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional ha dicho en la Sentencia T-025 de 2004 que:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Sentencia T-025 de 2004, sin subrayado en el original).

Y más adelante agrega en la misma providencia frente al caso de los desplazamientos forzados:

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de

la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas (Sentencia T-025, 2004).

Finalmente, el Auto 756 del 2018 (posterior a los acuerdo de paz con las FARC-EP), expedido por la sala especial de seguimiento al cumplimiento de la Acción de Tutela resuelta por la Sentencia T-025 de 2005 y algunas de cuyas decisiones fueron ya citadas textualmente, dan cuenta del poco cambio de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la población desplazada hasta el momento actual y con ella la que resulta afectada por el reclutamiento forzado.

Cabe resaltar acá varios aspectos de interés: se trata de asegurar la vida, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz, que en el caso de los menores reclutados forzosamente por grupos ilegales, en particular por las FARC-EP durante su existencia como grupo guerrillero, no han sido objeto de garantía suficiente por parte del Estado y que, por lo tanto, su afectación se convierte en un Daño Antijurídico, que los menores de edad no están obligados a soportar, lo que consideramos implica una clara responsabilidad extracontractual del Estado, como será objeto de análisis posteriormente.

En la Sentencia C-541 de 2017, la Corte Constitucional se refirió a los menores y la especial protección de la que son objeto, recalcando el contenido del artículo 44 superior, para concluir que los derechos fundamentales de los niños incluyen, entre otros, la vida, la integridad, la salud y la seguridad social, la alimentación, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión. Así mismo, la Corte reconoce la situación de vulnerabilidad de los menores y establece el deber de protección especial, ante amenazas como “toda forma de abandono,

violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

De la misma forma, el artículo 44 constitucional dispone un ámbito de protección más amplio a cargo de la familia, del Estado y de la sociedad, a quienes les atribuye la obligación de asistirlos y protegerlos, y además incluye una cláusula de jerarquía de sus derechos al otorgarles un rango superior en la medida en que determina que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Y más adelante afirma en la misma providencia:

La situación de especial protección en que se encuentran los menores de edad resulta determinante en un escenario de conflicto armado interno, donde se incrementan los riesgos de afectación de sus derechos, más aún cuando los menores son incorporados forzosamente al conflicto como miembros de los diferentes grupos armados. Con el fin de afrontar esta violación, el ordenamiento jurídico internacional y nacional, han adoptado medidas destinadas a evitar o atenuar las consecuencias adversas que el conflicto puede ocasionar sobre los menores (Sentencia C-541, 2017).

En la Sentencia C-240 de 2009 la Corte hizo un detallado recuento de las normas de derecho internacional, así como de la legislación interna y la jurisprudencia aplicables a la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el contexto de los conflictos armados. Expuso, además, un balance sobre la enorme dimensión que en Colombia

tiene el problema del reclutamiento forzado de menores. En esa sentencia se hizo una revisión de los principios constitucionales relacionados con la protección de los menores que deben orientar en general la labor del legislador. Destacó la Corte que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional se establecen directrices que prohíben el reclutamiento y vinculación de menores de edad tanto en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados. Los datos aportados hasta acá, con fundamento en la Comisión de la Verdad, son elocuentes sobre el incumplimiento sistemático de esas obligaciones del Estado.

En conclusión, de esta descripción del problema real de nuestra sociedad, debemos ir a lo que es nuestro problema de análisis en este trabajo: cuál es la realidad de la responsabilidad del Estado y del resarcimiento de los perjuicios que se causan a los menores frente a la gran cantidad de niños, niñas y adolescentes que han sido objeto de reclutamiento forzado producto del conflicto armado colombiano.

No es posible dejar de lado en esta ocasión, el hecho de la existencia de una reglamentación legal especial en Colombia para el reconocimiento de la condición de víctimas del conflicto armado. Nos referimos, por su importancia, a la Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones” (ya citada en la Sentencia C-577 de 2014, arriba referida) que regula, por ejemplo, a quién se entiende como víctima de este conflicto armado interno, lo que permite claramente relacionar ese reconocimiento como víctima con el hecho del reclutamiento forzado de menores.

La situación de desprotección en la que se han encontrado gran cantidad de niños, niñas y adolescentes en nuestro país sin la adecuada garantía de sus derechos y en condiciones que han facilitado la afectación de su vida, su salud, su integridad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos como consecuencia de la omisión de la adecuada protección por parte del Estado (para prevenir el reclutamiento forzado y/o para solucionarlo), nos lleva a la reflexión sobre la responsabilidad estatal y la posibilidad de que el Estado sea declarado responsable de esas situaciones, y que se le obligue a diferentes formas de reparación (la inicialmente contemplada es por vía administrativa), no solamente por disposición de la Ley 1448 de 2011 ya citada (que es a todas luces insuficiente), sino por virtud de la aplicación de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada del daño antijurídico que se establece normativamente en el artículo 90 de la Constitución Política, en este caso, de manera general, por omisión en el cumplimiento de obligaciones de protección por parte del Estado y sus instituciones, y en otras por acción cuando se ha dado el reclutamiento contra su voluntad por el mismo Estado (como lo ha documentado la Comisión de la Verdad, según se dejó dicho), sino también cuando el Estado a través de sus funcionarios (incluida su Fuerza Pública) ha participado de las acciones irregulares de reclutamiento forzado por connivencia con grupos armados irregulares (como las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, situación ampliamente documentada en variada literatura) .

Y es que, siendo obligación del Estado la protección a todo integrante de la sociedad, no solamente en su condición de ciudadano, de nacional, sino simplemente de persona, es evidente que situaciones como el reclutamiento forzado de menores de edad que podría aceptarse, en

gracia de discusión, que son acciones que no se cometen hoy de manera directa por el Estado que, como ya se ha dicho, no incorpora a las filas de la Fuerza Pública en cualquiera de sus manifestaciones a personas menores de edad, ni siquiera por o con su propia voluntad, por expresa prohibición legal, sí es responsabilidad del Estado evitar que se presenten ese tipo de acciones, de reclutamientos forzados, y con mayor razón en los casos de personas en condición de especial protección (y de vulnerabilidad) y, si se producen esos reclutamientos forzados y otros daños a sus derechos derivados del mismo reclutamiento, debe el Estado responder por los daños causados a las personas que han sido reclutadas forzosamente por grupos al margen de la ley, personas que, a pesar de su condición de sujetos de especial protección del Estado, no han contado con los beneficios de la protección del mismo, ni con la garantía de los derechos fundamentales a los que tienen derecho, ni con una adecuada reparación integral de sus derechos que incluya el resarcimiento económico de los graves perjuicios causados, más aún cuando, tanto el artículo 3 como el artículo 184 de la citada Ley 1448 de 2011 establecen como requisito (limitación) para el reconocimiento de la condición de víctima de reclutamiento forzado de los menores de edad por parte de grupos armados ilegales, el que ellos deben haberse desvinculado del grupo armado ilegal que los ha reclutado siendo aún menores de edad⁴⁹, exigencia que en la mayoría de los casos es imposible cumplir y que hace inviable el acceso a la reparación administrativa establecida en la ley de víctimas ya citada.

El retiro del grupo antes de convertirse en mayores de edad es poco probable que ocurra, pues la transición a la mayoría de edad no permite fácilmente la “desmovilización” ya que muchas veces la condición de violencia (el reclutamiento forzado) persiste más allá de la

⁴⁹ Esta norma, contenida en el inciso primero del párrafo 2° del artículo 3 de la ley 1448 de 2011 fue declarada exequible por la Corte Constitucional Mediante Sentencia C-253A de marzo 29 de 2012 con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

mayoría de edad o en no pocos casos los menores son absorbidos por la dinámica del grupo armado de forma tal que al alcanzar la mayoría de edad, en muchos casos no pueden retirarse aunque quisieran, o incluso, por efecto del adoctrinamiento o de la pérdida de todo contacto con su familia, no es posible la opción del retiro del grupo, sin peligro incluso para su vida o integridad personal, habiéndose de todas formas consolidado una gran cantidad de perjuicios en su contra por la omisión en su protección por parte del Estado en el momento en que eran menores y fueron reclutados contra su voluntad o con una voluntad viciada. Ese daño antijurídico y los perjuicios que se derivan de él no desaparecen “mágicamente” al cumplir la mayoría de edad.

Cabe decir que no basta ni siquiera querer retirarse del grupo al que se integró por la fuerza (dado el carácter forzado, seguramente en todo momento el menor podrá querer retirarse del grupo armado que lo recluta). La realidad, con seguridad, dista bastante de ello y la norma lo que hace es limitar (o eliminar) la posibilidad real de acceder a la indemnización administrativa y pone en duda la reparación integral y el resarcimiento pleno (o al menos en lo posible) de los derechos conculcados, inclusive por largo tiempo, por el reclutamiento forzado ocurrido con una relativa complicidad del Estado, o por lo menos por su inactividad para proteger a los menores del riesgo presente en extensas zonas de nuestra geografía, la cual el Estado no controla y en las cuales se podría hasta decir que el Estado realmente NO EXISTE o lo hace precariamente.

El presente análisis se justifica teniendo en cuenta la realidad que viene de describirse (el gran número de casos de reclutamiento forzado cometidos por las FARC-EP y otros grupos al margen de la ley) y las dudas jurídicas planteadas respecto del acceso a la reparación integral de

los perjuicios causados a los menores sometidos a esa situación, los que sin duda no desaparecen por el hecho de llegar a la mayoría de edad. La reflexión propuesta es válida respecto de la realidad jurídica creada por la normativa vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, con el fin de intentar aclarar cuál es el resultado de ello: o un resarcimiento parcial únicamente por la reparación administrativa, aplicable en muy pocos casos, como puede deducirse de la normativa vigente, o la pérdida total de esa reparación por la falta de “desincorporación oportuna” siendo menores de edad, o eventualmente una reparación integral de todos los perjuicios causados y el alcance de los mismos.

A partir del inventario normativo y jurisprudencial sobre la protección de los derechos del menor y del reconocimiento del conflicto armado y de la existencia de víctimas de todo ello, es claro que el Estado colombiano tiene una responsabilidad en torno a la protección de los menores que de esa manera han sido víctimas del conflicto armado. Pero, de ello no se deduce directamente, que el Estado haya protegido adecuadamente a los menores de edad y que se reconozca su condición de víctimas y el resarcimiento de perjuicios como cualquier otra persona cuando el Estado, por acción u omisión, causa daño antijurídico (artículo 90 superior). Es por esto que se advierte la necesidad de ahondar en la investigación sobre la forma como se ha concretado o se puede concretar la responsabilidad del Estado⁵⁰ frente a los menores de edad

⁵⁰ Es necesario estudiar como un elemento propio de nuestro trabajo el tema de la responsabilidad del Estado, en particular la responsabilidad extracontractual. Para tal efecto nos apoyaremos, al menos en los siguientes textos: Henao Pérez, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión en Abril de 2007 de la primera edición de julio de 1998. Bogotá. 346 págs. Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Ed. Temis S.A. Bogotá, 7ª edición. 2017. 886 págs. Henao Pérez, Juan Carlos y Ospina Garzón, Andrés Fernando, editores. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia en agosto de 2015. 1ª edición. Junio de 2016. 905 págs. Brewer-Carías, Allan R y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1ª edición. Abril de 2013. 380 págs.

reclutados forzosamente, y para ello se propone la siguiente pregunta de investigación, como punto de partida del análisis:

¿Cómo ha abordado la jurisprudencia del Consejo de Estado el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir del hecho del reclutamiento forzado de menores de edad (niñas, niños y adolescentes) por parte del grupo subversivo de las FARC-EP desde 2006 hasta 2016, fecha en la que se consolidaron los acuerdos de paz con este grupo subversivo?

Al respecto, se pretende entonces mostrar cuál es el “estado del arte” de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano con respecto al tema del reclutamiento forzado de los menores de edad en Colombia a manos del grupo subversivo de las FARC-EP entre 2006 y 2016 y sobre el tratamiento de las víctimas por parte del Estado a partir de la aplicación, entre otras, de la Ley 1448 de 2011 (ley de víctimas), el concepto de reparación integral y sus componentes, las acciones emprendidas para el resarcimiento de perjuicios y especialmente, el manejo que en el Consejo de Estado se ha dado a este tema. Luego se extraerán las conclusiones que la información recolectada nos permita a efectos de tratar de aportar al conocimiento del Derecho Administrativo, a través de uno de sus elementos más importantes como es la responsabilidad extracontractual del Estado con todos sus elementos, entre los cuales, especialmente se debe precisar cuál es el concepto de imputación de la responsabilidad en el caso del reclutamiento de menores de edad por parte de actores armados irregulares y en particular por las FARC-EP.

Por supuesto, el propósito de nuestro trabajo es mostrar la situación actual en la que se encuentra el tema en la jurisprudencia del Consejo de Estado y las consecuencias jurídicas derivadas de la normativa vigente y de la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre la materia, lo mismo que el planteamiento de los resultados de esa situación jurídica y, de ser posible, alternativas de solución ante la situación encontrada que permitan llegar hasta el pleno resarcimiento de los perjuicios causados a los menores por el hecho delictivo del reclutamiento forzado cometido en su contra.

La metodología que se utilizará parte de la realización de un estudio cualitativo sobre el problema objeto de reflexión, de forma que permita conocer la situación real, reconocerla, precisar sus características y de esa manera aportar a su conocimiento y de allí, realizar análisis, con fundamento en fuentes secundarias que permitan saber cuál es la situación real que enfrentan los menores de edad que son reclutados forzosamente durante el período en que están en esa condición, y cuál es la forma de respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico del Estado para la reparación de los perjuicios causados por esa violación sistemática de los derechos que como menores les reconocen tanto las normas nacionales como las internacionales.

De ello, se sigue la proposición de alternativas de solución que permitan responder mejor a la realidad creada por el reclutamiento forzado de menores por el grupo subversivo de las FARC-EP en su larga existencia, teniendo como fundamento las obligaciones estatales derivadas de las normas jurídicas aplicables, lo mismo que el incumplimiento de su deber de protección para ellos como sujetos de especial protección del Estado, la Familia y la Sociedad; todo lo cual

permite aportar al conocimiento de la responsabilidad del Estado, a la forma de delimitarla y cómo hacerla efectiva, si es que en este caso es posible.

Lo anterior, previo análisis de la bibliografía disponible sobre el tema, como lo es la doctrina, la normativa nacional e internacional, lo mismo que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para determinar si en la actualidad se cuenta o no con sentencias sobre el tema objeto de estudio, que permitan establecer cuál es el tratamiento que se ha dado en esta instancia judicial a este complicado asunto. Del estudio de esa jurisprudencia, se extraerán conclusiones sobre ese tema a fin de brindar un aporte al conocimiento, no sólo frente al tema del resarcimiento del daño antijurídico, sino a las necesidades de reformas normativas para mejorar la protección de los menores que son víctimas de este flagelo.

CAPÍTULO 1

1. Elementos de la teoría general del daño como parámetros para establecer la imputación jurídica de responsabilidad al Estado colombiano

1.1. La valoración del daño y su imputación

La concepción culpabilista de la responsabilidad patrimonial ha correspondido, sin lugar a dudas y de acuerdo con Gil (2013), a un momento preciso del desarrollo histórico de la humanidad que satisfizo las características de su época. De conformidad con la teoría de la insuficiencia de la culpa como factor de atribución en la materia, resulta notorio que la realidad social no es la misma y el derecho no puede permanecer distante, es por ello que se abre paso una nueva concepción del derecho, fundada en lo que se ha llamado la “era del daño” bajo la premisa de la no causación del mismo, teniéndosele como principio general en materia de responsabilidad patrimonial. Es así como la prioridad no es buscar un culpable para sancionarlo, sino comprender y reparar a la víctima por el mal injustamente sufrido.

La culpa, como factor de imputación, compite con otros fundamentos de atribución o de responsabilidad de tipo objetivo como la equidad, la garantía, el riesgo creado, la solidaridad, la distribución de las cargas públicas, etc., factores objetivos en cuanto criterios legales o jurídicos de imputación se hallan en pie de igualdad con el de la culpa en un plano específico de aplicación.

La directriz del sistema de responsabilidad patrimonial lo constituye en la actualidad el daño; así lo indican la jurisprudencia y la doctrina y también lo impone la Constitución Política

de 1991 en su artículo 90. Es más, la doctrina demanda de la jurisprudencia y de la ley esfuerzos que propendan por la unificación de la responsabilidad patrimonial, lo cual implicaría una concepción unitaria del fenómeno resarcitorio, ya que las diferencias o el empleo de dualismos no descansan sobre una base ontológica, sino de reglamentación, ante el presupuesto lógico de que a un mismo daño imputable debe corresponder una misma indemnización, independientemente del hecho desencadenante, sea este una violación del deber jurídico de no dañar derivado de un acto o hecho lícito o ilícito o de un quebrantamiento obligacional, provenga de la ley o del contrato, en asuntos de derecho público o privado.

No obstante la jurisprudencia ha venido consolidando el reconocimiento indubitable de la responsabilidad por los actos lícitos o conductas regulares causantes de daños injustos; que el daño tenga su origen en un acto o hecho ilícito es suficiente, pero no siempre es necesario para la reparación, pues esta puede tener también fundamento en daños causados cuando se ha obrado conforme a derecho.

En suma, el daño es el presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo. La argumentación que precede encuentra cabal desarrollo en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, en cuanto al papel fundamental y prioritario del elemento DAÑO como estructurador del deber resarcitorio.

Ahora bien, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es la existencia del daño, ya que, si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil

cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos. Así se ha dado a entender por el Consejo de Estado en su jurisprudencia al señalar lo siguiente:

Es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado [...] y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado (Consejo de Estado, 2002).

El anterior esquema y orden de análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, que parte del daño, debe mantenerse e imponerse, y aunque fue anunciado desde 1993 por el Consejo de Estado, con frecuencia se recurre a la perspectiva de la falla del servicio con claro carácter subjetivo, perdiéndose así la coherencia con la posición del nuevo orden en materia de responsabilidad patrimonial en el Estado, y que es consecuente con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 que parece excluir del análisis tal carácter de subjetividad.

La estructura en la que se fundamentaba la responsabilidad consistía en el hecho-culpa-relación de causalidad-daño, enfoque según el cual frente a los actos o hechos la obligación de indemnizar solo se daba si el daño había sido causado culpablemente.

El daño puede tener su origen en un acto o en un hecho ilícito, pero no es requisito necesario, aunque a veces sea suficiente el comportamiento culpabilista para que se dé la reparación; de este modo, bien puede darse la obligación de reparar sin presencia de conducta antijurídica alguna, esto es, comportamientos no contrarios a derecho que no producen un daño injusto.

Ahora bien, para determinar cuándo dicho daño debe repararse, lo primero que hay que hacer es comprobar su existencia, lo cual es posible desde el punto de vista de la experiencia, como dato objetivo; igualmente, habrá que analizar si es justo que la víctima haya sufrido tal daño, lo que implica una valoración problemática como la del concepto de “justicia”, que en el campo de la ética y del derecho son considerados insolubles o sin respuesta, pero en el lenguaje kantiano se diría, señala Larenz (2019), que no es una cuestión de la razón teórica o cognoscitiva, sino de la razón práctica o razón que legisla la moral. Es por ello que resulta más práctico acudir no a la calificación de justicia o injusticia del daño, sino al concepto antijurídico que trae el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, revistiendo así el daño un carácter objetivo en sí mismo, sin relación determinante con la actividad que lo causó.

Establecida la presencia del daño antijurídico, entonces habrá que precisar qué lo originó y ello implica indagar o verificar la causalidad. La causalidad jurídica (imputación) antecede y determina la existencia del daño como entidad fenoménica, independientemente de la valoración subsiguiente sobre lo jurídico o antijurídico, que no apunta al desvalor de la conducta, sino más bien al deber de si quien lo sufre debe soportarlo o no.

Y no deben soportarse daños, independientemente de que sean la consecuencia del obrar legítimo o del actuar contrario al orden jurídico, cuando no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos, porque de lo contrario el daño es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que el ordenamiento no se lo impone. Cuando el acontecimiento lesivo proviene de un acto ilícito, la conducta será antijurídica como contradicción del obrar del sujeto respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto; en cambio, cuando se le vulneren a la persona bienes jurídicos o intereses legítimos que se debían proteger, ese quebrantamiento o daño es contra *ius* para quien lo padece, porque el Estado en principio debe velar por la defensa de los bienes e intereses jurídicos de las personas. En esta medida, la antijuridicidad implica un desvalor de la acción o conducta y desvalor del resultado.

Recurriendo a la argumentación contraria para debilitar el concepto de daño antijurídico, es jurídico el daño cuando existe el deber legal de soportarlo, y se estaría frente a ese deber en situaciones como las previstas en los casos de expropiación “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social” (Constitución Política, 1991, art. 58) y también en el caso de expropiación en tiempo de guerra, que podrá ser decretada por el gobierno sin previa indemnización, con la aclaración de la temporalidad de la ocupación para atender las necesidades de la guerra o para destinar a ella sus productos, tal y como se lee en el artículo 59 Superior. Resulta pertinente aclarar que esta modalidad “sin previa indemnización”, no excluye la posibilidad de la indemnización posterior de conformidad con las normas vigentes y con la misma jurisprudencia del Consejo de Estado.

En todo caso, entender el daño en el ámbito de quebrantamiento a un interés legítimo, permite tener una visión omnicomprendiva del fenómeno dañoso, más allá de las limitaciones que suponía circunscribirlo al estrecho ámbito del derecho subjetivo y que implicaba desconocer realidades que clamaban por su resarcimiento.

1.1.1. Características configurativas del daño

Tal como veremos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que el daño debe ser directo, personal y cierto. Directo, porque esta condición no alude propiamente a una característica, sino más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica, ya que, si el daño no ha sido producido o no es referible al autor, no existe conexión entre este y el resultado, lo cual conlleva a que en el plano físico o en el normativo aquél no materializó la realidad dañosa, es decir, no le es imputable.

Lo anterior confirma, dice Gil (2013), el supuesto teórico de que la imputación objetiva o referibilidad del hecho a su causante, antecede y determina la existencia del daño en sentido jurídico; el daño como unidad fenoménica recoge todo lo que precede a hacerlo real; sin los elementos constitutivos que lo hacen posible existencialmente no se daría en el plano del conocimiento jurídico. Se cambiaría el enfoque metodológico tradicional en el sentido de examinar las causales exonerativas de responsabilidad dentro de la imputación, que es un concepto jurídico, por oposición a la causalidad que es un criterio propio de las leyes de la naturaleza.

La imputación, como juicio empírico-valorativo, permite que frente al análisis del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, se entienda la implicación conceptual que dice que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Así, la imputabilidad conecta el daño con el sujeto en la medida en que se produce una mutación o se transforma una realidad; se da así una calificación jurídica (imputabilidad objetiva), si aquel le es atribuible a un sujeto.

El criterio de imputación objetiva, dice Gil (2013), parte de una consideración que implica regresar al hecho desencadenante, es decir, el análisis es de verificación póstuma o retrospectiva para determinar la existencia de referibilidad o no al sujeto causante del hecho dañoso, atribuibilidad que no necesariamente es material. Al aceptar el análisis retrospectivo para verificar la imputación objetiva, las eximentes de responsabilidad podrían plantearse como elementos que preceden al daño y, ante su existencia, como dato objetivo, se impediría de plano el análisis o exploración de la imputación; en otras palabras, si en la realidad dañosa se dan circunstancias eximentes, no propiamente de responsabilidad por ruptura del nexo causal, sino de ausencia de imputación objetiva, que no es lo mismo, irremediablemente se determina la imposibilidad de avanzar en la exploración del fundamento de justicia, pues el daño no es directo, carece de relevancia jurídica, en la medida en que no es atribuible o imputable a la acción u omisión del Estado.

El nexo de conexión, o causalidad, debe existir entre la acción o la omisión o conducta causante de un efecto, integrándose así y haciendo parte de él, en la medida en que hace posible

su existencia, pero esa relación llamada causalidad física no puede seguir siendo la base del sistema, ni un elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración de una realidad. Cuestión distinta es la posibilidad de atribuir ese hecho dañoso a la acción u omisión de un sujeto, lo que constituye la imputación objetiva en sentido jurídico, más aún cuando hoy se ha permitido la adopción de criterios como el de la imputación objetiva y el de deber de cuidado para explicar más coherentemente aspectos como, por ejemplo, la responsabilidad penal de los galenos.

Existen seis elementos básicos que integran la teoría de la imputación objetiva: i) el riesgo permitido: ii) el principio de confianza, iii) la posición de garante: iv) la acción a propio riesgo; v) la prohibición de regreso, y vi) el fin de protección de la norma (Consejo de Estado, 2007).

Puede considerarse que el análisis del riesgo permitido constituye el eje central de la teoría, pues se parte del supuesto de que la sociedad funciona de manera adecuada como un engranaje armónico; de este modo, cualquier disfuncionalidad en alguna estructura puede conllevar a un incremento del riesgo normalmente permitido en ese contexto social, elevación que puede provenir de una acción en sentido genérico (acción u omisión). En el riesgo permitido se parte del supuesto según el cual en el contacto social se generan de manera permanente riesgos; por tanto, el punto de origen lo constituye la premisa de que las actuales sociedades están estructuradas sobre la base del riesgo, pero no se rechazan todos ellos, sino que se toleran precisamente aquellos que se mueven dentro de la categoría de “permitidos”, so pena de sacrificar la interrelación ciudadana e inclusive el desarrollo de la sociedad.

El principio de confianza parte de reconocer que la sociedad se mueve bajo la interacción de conocimientos y roles asignados a cada uno de los participantes, razón por la que, si se defrauda el rol respectivo y se llega a generar un riesgo jurídicamente desaprobado, el resultado desencadenado será imputable a quien defraudó las expectativas sociales derivadas de su cometido (Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, 2017).

El instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación objetiva, y que permite solucionar los problemas causales a los que se enfrenta la omisión, corresponde a la posición de garante (Consejo de Estado, 2016). Esta constituye uno de los grandes avances de las sociedades modernas y de los Estados sociales de derecho fundamentados en principios constitucionales como el de la solidaridad y la prevalencia del interés general.

Por posición de garante se entiende la posibilidad de atribuir a un sujeto la responsabilidad por un daño, en principio, causado por la acción de un tercero o por un hecho (de la naturaleza o del azar), pero que le es imputable al primero, en la medida en que se encontraba obligado a intervenir para impedir el suceso. En otras palabras, la posición de garante justifica la imputación de un daño a un comportamiento omisivo, de manera que también se estima autor a quien se abstuvo de intervenir, que es lo que se conoce en el contexto penal como la “comisión por omisión”.

La acción a propio riesgo es el factor de atribución fáctica de un resultado o de un daño. Este instrumento permite establecer cuándo un daño es única y exclusivamente atribuible a la

propia víctima, en tanto desconoció su deber de auto protección y, por tanto, la defraudación del rol y la concreción del riesgo es producto de su actuar. Por tanto, es requisito indispensable que la víctima sea un sujeto capaz y tenga pleno discernimiento (Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, 2018).

El fundamento de este último elemento se encuentra en el deber de autoprotección, circunstancia por la que, en los supuestos en los que el daño sea producto del actuar determinante y exclusivo de ese sujeto -en tanto asume el riesgo materializado-, se debilita la posibilidad de atribuir el daño en cabeza de otro de los sujetos intervinientes.

Los requisitos que exige la doctrina para que opere esta figura son: i) la víctima debe tener control sobre su determinación y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa; ii) la víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para comprender la dimensión del riesgo y este debe ser conocido por aquella; iii) el tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico (no debe tener posición de garante frente a la víctima).

Uno de los retos de la jurisprudencia contencioso administrativa, según lo expresa Gil (2013), consiste en establecer la pertinencia de este instrumento en sede de la responsabilidad patrimonial de la administración pública y sus ventajas frente al concepto del hecho exclusivo y determinante de la víctima, como causa extraña que excluye la imputación. En consecuencia, es necesario delimitar las dos instituciones para determinar si la acción a propio riesgo suministra mejores elementos de juicio que el hecho exclusivo de la víctima a la hora de determinar cuándo un daño es imputable al comportamiento de quien lo padece.

En cuanto a la prohibición de regreso, esta se refiere a la imposibilidad que existe en imputar un daño o un resultado lesivo a un sujeto que participó previamente a la materialización del hecho, al margen de que haya obrado de manera dolosa, culposa o inconsciente, ya que su intervención no materializa o determina la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado (Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, 2017).

En lo que respecta al ámbito de protección de la norma, su aplicación o pertinencia en la órbita del derecho de daños no se vislumbra con claridad, ya que este elemento se relaciona con la determinación de si la conducta del sujeto está enlazada con un bien jurídico amparado por la norma penal; en consecuencia, y como en materia de responsabilidad patrimonial no se parte de la tipicidad de la conducta del agente (principio de legalidad de la sanción), es probable que no exista precepto que permita referenciar de manera objetiva si el comportamiento se superpone o no en un precepto legal que ampare determinado bien jurídico. Por el contrario, cualquier análisis que se haga en relación con la vulneración de un criterio normativo está íntimamente ligado a la noción de culpa o de falla del servicio y, por tanto, desborda los límites de la imputación objetiva. De este modo, se trata de un instrumento que tiene operatividad desde el plano penal, pero que en el derecho de la responsabilidad no es aplicable, so pena de invadir la esfera de la imputación subjetiva.

1.1.2. El carácter personal del daño

El carácter personal del daño hace referencia a la legitimación (Henaó, 1998), esto es, a quién tiene derecho a reclamar la reparación y lo tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores. Así, este presupuesto del daño se encuentra asociado a la acreditación de la titularidad del interés que se debate al interior de la obligación resarcitoria; por tanto, el carácter personal es una condición de existencia del daño y un elemento en su configuración, en la medida en que permite definir si la parte que reclama ha sufrido una afectación en su patrimonio o en los bienes, derechos o intereses legítimos, que lo desborda, para determinar si se presentó la lesión, afectación o aminoración reclamada,

1.1.3. El carácter cierto del daño

Permite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible (Consejo de Estado, 1998).

El daño futuro virtual indemnizable funciona sobre la categoría de la probabilidad como instancia de conocimiento y de ocurrencia en el desarrollo normal de la conducta y del comportamiento social e individual, por oposición a lo posible.

El daño puede ser futuro, y entonces la alteración fenoménica o patrimonial se proyecta hacia adelante. Se le ha denominado virtual, y el juez se fundamenta en presunciones, como por

ejemplo indemnizando en algunos casos a título de lucro cesante como en los de lesiones o muerte, dando por establecido que el lesionado o quienes dependían económicamente del fallecido sufren una merma patrimonial consistente en la disminución o en la carencia del ingreso.

1.2. Evaluación de los perjuicios por el Consejo de Estado

Una clasificación general puede determinar el conjunto de los perjuicios de la siguiente manera: el daño material como el daño emergente o afectación del interés negativo, o cuando un bien de contenido económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima, o el lucro cesante o afectación del interés positivo que se traduce en un bien de contenido económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos y no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima; y el daño inmaterial como la afectación de bienes que no tienen contenido económico, pero que están igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico.

1.2.1. Perjuicios materiales

En relación con el daño emergente, cabe destacar que fuera de las erogaciones efectuadas, o que deban hacerse con motivo del daño, se venían presentando situaciones que aunque se enmarcan dentro del concepto, se pasaban por alto; sin embargo, la jurisprudencia comenzó a variar importantemente en ese sentido, como en los casos de muerte de uno de los cónyuges en los que el sobreviviente requiere contratar a un tercero para que atienda en aspectos del manejo familiar a los huérfanos, resultando de ello una afectación patrimonial a título de daño emergente

por las erogaciones en favor del tercero, situación sobre la cual se pronunció el Consejo de Estado corrigiendo el vacío que se presentaba (Sentencia del 31 de octubre de 1997).

Frente al daño emergente futuro, esta misma corporación también se ha pronunciado de forma particular en lo que concierne a los gastos de daños corregibles en el tiempo por cirugía o intervenciones médicas (Sentencia del 5 de noviembre de 1992): bajo el concepto de daño emergente y en atención a la función reparadora de la responsabilidad se ha condenado al Estado a obligaciones de hacer como la de “la prestación del servicio médico integral hasta lograr el objetivo propuesto” (Sentencia del 13 de diciembre de 1995).

Cuando se trata de otros daños que recaen sobre los derechos de la persona, se pagan los valores en los que fue necesario incurrir como consecuencia de la violación de tales bienes.

En los casos de lesiones, el daño a la persona es evaluado por el médico; el perjuicio como consecuencia económica del daño lo evalúa o cuantifica el juez; por lo que se sobreentiende que el daño origina el perjuicio.

Frente a la reparación económica del daño a la persona, existen dos formas: la específica (volver las cosas a su estado original) y por el equivalente o por indemnización.

El lucro cesante se valora teniendo presente la repercusión sobre la capacidad temporal o permanente para realizar una actividad laboral (Consejo de Estado, 2017). Hace falta profundizar en los conceptos médicos laborales, pues el informe pericial debe contener fundamentaciones en

este aspecto, como la de determinar los conceptos de capacidad laboral genérica y capacidad laboral específica; la primera, considerará el criterio medio de la población, del individuo en su entorno, y la naturaleza y afectación funcional del órgano lesionado, etc., y la específica o capacidad laboral o productiva del individuo en concreto antes de producirse la lesión, lo que implica un método de valoración propio sobre las actividades laborales y productivas específicas de la persona.

Dentro de los conceptos que se han de valorar en el campo del daño corporal, términos como capacidad-incapacidad, relacionados con las funciones psicofisiológicas que van a permitir o a limitar el despliegue o la ejecución de actividades del individuo; discapacidad que es sinónimo de incapacidad y que corresponde a un nivel funcional del daño; deficiencia relativa a un nivel funcional del daño; validez e invalidez: minusvalía como sinónimo de invalidez, el *hándicap*, concepto reciente para valorar el daño hace referencia a la repercusión de la incapacidad sobre las diferentes actividades que realiza el sujeto en la vida diaria (vida familiar y afectiva, de formación, vida cotidiana, laboral, sociales y recreativas); por ello, se hace corresponder con el nivel situacional del daño, identificándose al término invalidez al que viene a sustituir.

La incapacidad es un término general omnicomprendivo que cubre diferentes tipos de *hándicaps*; en otras palabras, serían formas determinadas de incapacidad. Los *hándicaps* o daños situacionales se pueden referir a los siguientes cinco sectores de la vida humana:

1. Los actos esenciales de la vida cotidiana, que se identifican con las actividades que permiten la autonomía personal: acostarse, levantarse, vestirse, prepararse la comida, arreglo personal (lavarse, peinarse, afeitarse, etc.), comer y beber, desplazarse por su casa, entrar y salir de la vivienda, ir de compras, hacer las tareas del hogar, poder comunicarse con el exterior en caso de peligro o apuro. Las actividades de la vida de la persona que le permiten mantener su autonomía podemos decir que se componen de dos tipos: aquellas actividades que consisten en una función psicofisiológica, como deambular, hablar, ver, oír, pensar, etc., y que, por lo tanto, se corresponden con las funciones estudiadas en la capacidad; y aquellas actividades que dependen generalmente de un conjunto de funciones psicofisiológicas y que son esenciales en la vida cotidiana, como las del aseo personal, ir de compras, comer, beber, etc.

2. Las actividades afectivas y familiares, que son las que recogen la vida conyugal, afectiva y sexual, la educación de los niños y las relaciones con los familiares ascendentes y colaterales eventualmente a cargo.

3. Las actividades de placer, que son las que realizaba la persona, no profesionales, antes de sufrir el accidente: lectura, escritura, bricolaje, costura, agricultura, juegos de cartas, viajes, cine, reuniones con amigos, etc.

4. Las actividades escolares y de formación, que son las actividades que realiza la persona a nivel escolar y de formación, que dependen además de las lesiones y/o secuelas, de las características físicas del lugar de formación, material pedagógico y de la vida relacional en grupo.

5. las actividades profesionales, que es la repercusión del déficit funcional sobre las actividades laborales del individuo. Estas pueden verse reducidas o eliminadas con la rehabilitación o un reajuste del puesto de trabajo que desempeñaba, o bien precisar un cambio de puesto de trabajo o una readaptación profesional de la persona a otro tipo de trabajo, etc.

1.2.2. Perjuicios inmateriales

La indemnización compensatoria de estos daños puede oponerse al valor de reemplazo que se tiene en cuenta en el caso de los daños materiales, como quiera que aquellos tienen una función eminentemente satisfactoria. Aquí es donde generalmente confluye un mayor número de personas que pueden resultar afectadas, legitimándose, en general, a todo aquel que padece el daño y no solo al círculo familiar inmediato en los casos de lesiones o muerte.

Los daños inmateriales son básicamente el perjuicio moral y el fisiológico o daño a la salud (hasta hace poco asimilado a los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia), sobre una concepción más o menos uniforme en cuanto a los topes para cada uno de los integrantes del grupo familiar, atendiendo a la mayor o menor intensidad del daño que se relaciona a veces con la intensidad de vinculación al núcleo de la familia.

1.2.2.1. Perjuicios morales

En su forma más simple, atienden a resarcir la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinados límites que no rayen en lo patológico.

En cuanto a la existencia y forma de manifestarse el daño moral, puede obedecer a diversas expresiones concretas, como, por ejemplo, el dolor que sufre la víctima a causa de situaciones que lesionan bienes personales (vida, integridad física o moral, dignidad, libertad, buen nombre, honor, etc.), sin que se excluya la posibilidad de coexistencia de perjuicios; o bien, presentarse ante situaciones que los ponen en peligro, amenazan a la integridad o perturban su goce, por lo que el daño moral no necesariamente está vinculado al dolor físico o somático producto de lesiones, sino también por el aspecto psicológico respecto de la situación de los bienes. Es más, el daño moral puede darse de manera excepcional por la pérdida de cosas materiales; por ejemplo, si alguien pierde su casa de habitación, que es su único patrimonio, además del menoscabo material se podría producir un daño moral.

En providencia de 23 de mayo de 2012 el Consejo de Estado reconoció indemnización por el daño moral sufrido por la víctima de una inundación ocurrida en la ciudad de Medellín. Esta corporación, luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre la materia, que tuvo como punto de partida el estudio del caso Villaveces, oportunidad en que la Corte Suprema de Justicia reconoció el perjuicio moral en Colombia a comienzos del siglo pasado, así como las diversas tesis que ha prohiado esa Corporación, concluyó que es posible otorgar el reconocimiento de perjuicios morales por la pérdida o destrucción de bienes muebles, siempre y cuando se acredite la titularidad o el derecho equivalente que se tiene sobre la respectiva cosa y haya una prueba,

directa o indirecta, en el proceso relacionada con la afectación de la órbita subjetiva, generada por el daño al respectivo bien.

1.2.2.2. Perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación

Así denominó hasta hace algún tiempo el Consejo de Estado la pérdida o deterioro de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar la integridad corporal y la afectación que en el mundo exterior produce el daño, lo cual constituye un perjuicio autónomo e independiente.

1.2.2.3. Alteración de las condiciones de existencia

Este daño no puede confundirse con el perjuicio moral, pues su naturaleza y estructura son en esencia diferentes. Así, para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastorno de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea propia de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece.

1.2.2.4. Perjuicio estético

Toda cultura tiene una concepción, unos criterios y lineamientos sobre la forma y la estética, que ofrecen una línea de regularidad en el contexto cultural mismo. La afectación o mutación de esa regularidad pone a quien la padece en situación de desventaja una vez se enfrenta al concepto de regularidad estética.

No podrá desconocerse que alteraciones como mutilaciones, pérdida anatómica de los ojos, cicatrices de consideración en la cara, etc., constituyen una afectación a la estética; y aunque la belleza es una valoración, el criterio de la regularidad o de lo estético es un elemento objetivo propio de una cultura, región o etnia, que se patentiza en los lineamientos de un rostro normal, sin malformaciones o cicatrices y con el hálito vital que en nuestra sociedad significa la regularidad.

1.2.2.5. Daño psicológico

Este daño puede llegar a ser autónomo, independiente del daño moral. La doctrina así lo ha reconocido en la medida en que ontológica y jurídicamente afecta un bien específico con contenido propio.

El daño psicológico tiene elementos comunes con el daño moral; sin embargo, a pesar de estos, adquiere una naturaleza con un núcleo propio que afecta el campo patológico de quien lo sufre, llevándolo al terreno de la alteración psicológica o psiquiátrica y que demanda atención médica profesional especializada, el uso de fármacos prescritos por facultativos, internamiento en centros de reposo hospitalario o de anexos psiquiátricos, etc., situación que no ocurre con el

perjuicio moral. Podría pensarse igualmente en lo que tradicionalmente se denominaba el perjuicio moral objetivado, que se definía como una especie de entelequia en cuanto se trataba de un daño material derivado del quebrantamiento de un bien inmaterial; por ejemplo, cuando una persona por la muerte de un ser querido entra en un estado depresivo agudo crónico y queda imposibilitado para trabajar, allí se presenta un problema importante: la posible coexistencia de esa incapacidad laboral como perjuicio material derivada de un daño psicológico, en concurrencia con el daño moral mismo. En síntesis, la nota distintiva o núcleo esencial del daño psicológico lo constituye su carácter patológico.

No obstante lo anterior, al día de hoy y con ocasión de la expedición del denominado “Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014-Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”, proferido por el Consejo de Estado con fines unificatorios, estas cuatro últimas denominaciones de perjuicios que vienen de mencionarse, fueron recogidas dentro de una única categoría nombrada “daño a la salud”, cuyo reconocimiento comprende las siguientes variables: La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente); La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental; La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano; La reversibilidad o irreversibilidad de la patología; La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria; Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria; Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado; Los factores sociales, culturales u ocupacionales; La edad; El sexo; Las que tengan

relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima; Las demás que se acrediten dentro del proceso.

CAPÍTULO 2

2. El reclutamiento ilegal de menores de edad en el conflicto armado colombiano

2.1. El reclutamiento forzado de menores

El reclutamiento ilegal y forzado de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado colombiano se constituye en uno de los problemas más relevantes que se ha dado en el país en las últimas décadas, ello en razón de que representa una de las más graves afectaciones a los derechos humanos y a los derechos fundamentales de sujetos que se consideran como de especial protección, máxime cuando la propia Constitución Política de 1991 (art. 44) y la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) estipulan claramente el llamado al Estado, a la familia y a la sociedad para brindar a la población infantil y adolescente una protección especial con miras a garantizarles un desarrollo armónico que procure un pleno disfrute de sus derechos. Es más, la propia Constitución Política de 1991 realiza un listado taxativo de los derechos fundamentales de los menores en Colombia, pero a su vez indica que estos deben ser “protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” (art. 44).

Lo que hace la Constitución, según Salamanca (2017), es trasladar al Estado la responsabilidad de que asista y proteja a los niños, niñas y adolescentes de cualquier manifestación de violencia que pueda desconocer sus derechos fundamentales, siendo una de ellas el tema del reclutamiento forzado, ello en razón de atender el principio del interés superior del menor, ya que el reclutamiento limita ostensiblemente el goce de sus derechos, puesto que

con ello se obliga al menor a no crecer en un ambiente armónico e integral, se le separa de su familia y se impide el goce y disfrute de sus derechos; además, limita la estructuración y consolidación de su proyecto de vida, ya que son coaccionados para que realicen actividades criminales o ligadas con ellas que les obligan a asumir un comportamiento de adultos y responsabilidades que no concuerdan con su desarrollo mental y físico.

A lo anterior se suma que con el reclutamiento los menores con frecuencia dejan de ser víctimas para convertirse en victimarios, decisión que no es voluntaria, desvirtuándose con ello la posibilidad de ser reconocidos como sujetos de especial protección. Al ser una acción forzada, es claro que en ningún caso puede considerarse una vinculación voluntaria, aun cuando el propio menor haya decidido enlistarse en las filas de un movimiento subversivo o un grupo armado ilegal, pues dicha vinculación estaría condicionada a factores externos que obligarían al menor a hacer parte de la dinámica del conflicto. Ortiz (2017) señala que el paso de víctima a victimario obedece a la falta de medidas necesarias por parte del Estado para que la conducta de reclutamiento forzado en contra de los menores cese.

Justamente, sobre este aspecto, Manrique (2002) también señala que, si bien algunos niños y jóvenes se vinculan al conflicto armado como resultado de su situación social, en el caso de las zonas rurales, la precariedad económica y la ausencia del Estado hacen que las familias vean a los grupos subversivos y otros ilegales como una opción para subsistir, por lo que en muchos casos son los propios padres o familiares los que exhortan a los menores a que se vinculen a los grupos armados, de ahí que la denuncia de este tipo de hechos sea inexistente, ya que se ejerce sin resistencia alguna. Con ello las familias de estos menores ven en el

reclutamiento una práctica que le puede garantizar al menor una forma de sustento; ello diferente a los casos de reclutamiento forzado, en los que hay coacción y violencia, en donde no siempre habrá lugar a denuncia de los hechos por el temor que existe por parte de las familias hacia los grupos subversivos o a cualquier grupo armado ilegal que actúe en sus zonas de residencia, en las que continuamente el Estado brilla por su ausencia.

Son diversos los factores que dan lugar al reclutamiento forzado de menores en Colombia; Salamanca (2017) hace una caracterización de dichos factores, lo cuales se presentan en la siguiente tabla:

Tabla 1. *Factores del reclutamiento forzado en Colombia*

Factor	Explicación para el reclutamiento
Factores de carácter familiar	La descomposición familiar, la disfuncionalidad y los cambios de roles al interior de las familias facilitan el reclutamiento forzado de menores, ya que en algunos casos son las familias quienes entregan al menor al grupo insurgente; a ello se suman situaciones de maltrato físico y psicológico hacia los menores que hacen que estos se enlisten en los grupos armados; de igual forma, la desarticulación de las relaciones familiares a causa del conflicto armado hace que los menores se vean desprotegidos y se conviertan en blanco fácil para los grupos ilegales.

Factores sociales y económicos	La falta de oportunidades laborales y acceso a la educación, la pobreza extrema y la marginalidad hacen del enlistamiento en grupos ilegales una opción para la superación de las condiciones de los menores, pues en muchos casos estos grupos ofrecen remuneración por sus actividades criminales.
Factores institucionales o políticos	La falta de presencia del Estado en algunas zonas del país facilita que el menor sea reclutado; a ello se suma que las disputas en los territorios hacen que las familias se acostumbren a las dinámicas de la guerra, considerando como opción el enlistamiento; a ello se suma la laxitud de la responsabilidad penal de los menores, lo que alienta a los grupos subversivos a que acudan a este tipo de prácticas.
Factores de aceptación	La disfuncionalidad de las familias hace que los grupos armados suplan la falta de identidad del menor; además, en la sociedad se idealiza la revolución social por medio de las armas como un proyecto de vida, lo que hace que algunos adolescentes se sientan atraídos por un ideal de grupo con el cual sienten afinidad.

Fuente: elaboración propia a partir de Salamanca (2017).

A lo anterior se suma lo afirmado por Brett (2003), y es que con mayor severidad el reclutamiento forzado lo han tenido que soportar las niñas y adolescentes, pues además de sufrir un proceso de deshumanización a nivel general, también tienen que verse sometidas a situaciones de abuso sexual y el ejercicio coaccionado de la prostitución al interior de estos grupos armados.

Para los grupos armados ilegales, según Cuéllar & Parra (2014), la mano de obra infantil resulta estratégica, ya que es barata y de fácil consecución; además, a los menores se les puede preparar fácilmente para que funjan como asesinos con indiferencia y sin valor ante la vida, de ahí que sean catalogados como víctimas convertidas en victimarios.

Para hacer frente a este fenómeno, el legislador colombiano ha tipificado esta conducta como delito en el artículo 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), al señalar lo siguiente:

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 noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El propósito de la norma es diferenciar la modalidad de alistamiento voluntario, legítimo y legitimado por la ley colombiana, de la vinculación bajo coacción. Al respecto de ello, hay que tener en cuenta que el artículo 13 de la Ley 418 de 1997 disponía que los menores de 18 años no podían incorporarse a la prestación del servicio militar hasta tanto no cumplieran con la mayoría

de edad, aunque dicha norma permitía que aquellos bachilleres que voluntariamente y con autorización expresa de sus padres optaran por el cumplimiento de dicho deber constitucional, podrían incorporarse a las filas del servicio militar, aunque en su reclutamiento no se podían destinar a zonas donde se llevaran a cabo operaciones bélicas o de confrontación armada. Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-340 de 1998 al señalar que la misma no era contraria a la Constitución ni a la Convención de los Derechos del Niño aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Pero el artículo 13 en comento fue derogado por el artículo 81 de la Ley 1861 de 2017, en cuyo artículo 11 quedó estipulado que todo varón colombiano estaba obligado a definir su situación militar una vez cumpla su mayoría de edad, impidiéndose con ello el alistamiento voluntario de menores de 18 años.

Las anteriores disposiciones permiten entrever que el reclutamiento de menores en Colombia se encuentra proscrito, y de manera reciente se ha legitimado la prohibición del alistamiento voluntario, lo que implica que cualquier forma de reclutamiento por parte de una organización subversiva o delincencial de cualquier naturaleza no solo es penalizable, sino que es vulneradora de los derechos humanos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, aun cuando dicho alistamiento sea voluntario. Así lo ha señalado la propia Corte Constitucional en el Auto 251 de 2008:

Diversas fuentes coinciden en señalar que la gran mayoría de los menores de edad que han sido incorporados a las filas de los grupos armados ilegales lo hacen bajo la

apariencia de un “alistamiento voluntario”, y que los casos en los que los menores son materialmente constreñidos a ello son comparativamente pocos. Sin embargo, es claro para la Corte que el carácter “voluntario” de tales alistamientos es simplemente aparente. El ingreso de los niños, niñas y adolescentes del campo y las zonas marginales colombianas a las guerrillas y los grupos paramilitares es el resultado de la manipulación perversa y engañosa, por parte de los miembros de estas estructuras criminales [...]. (Auto 251, 2008).

En el precitado Auto la Corte también señala que los menores víctimas de reclutamiento forzado son sometidos a entrenamientos militares que implican la manipulación de explosivos y armamento, el desarrollo de labores domésticas y actividades de combate y logística militar; dichas labores conllevan un desapego por el respeto a la vida y una falsa idealización de defender los intereses de la organización a cualquier costo; a ello se suma que, tal y como plantea Brett (2003), a los menores se les entrena para que no tengan piedad con el enemigo o simpatizantes del bando contrario, convirtiéndose acciones como el asesinato, la tortura o la manipulación en un simple cumplimiento de órdenes militares, siendo ello un claro ejemplo del proceso de deshumanización al que se ven sometidos estos menores.

2.2. El Caso 07: reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado colombiano

La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, mediante el Auto No

029 del 1 de marzo de 2019, adquirió competencia para abocar conocimiento sobre el tema del reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano como un caso priorizado.

El denominado Caso 07 incluye el estudio de los hechos graves que han afectado los derechos de las personas que, siendo menores de 18 años, se vieron involucradas en el conflicto armado, constituyéndose estos como verdaderos crímenes en el marco del derecho interno y del derecho internacional, siendo esta una de las formas más graves de agresión a los derechos de las niñas y los niños.

Para realizar una aproximación del tema, la Sala acogió la noción de “reclutamiento” estipulada en la Declaración de Principios de Ciudad del Cabo del 30 de abril de 1997, en la que se considera a los niños reclutados bajo el concepto de “niño soldado”, el cual se entiende como:

[t]oda persona menor de 18, que forma parte de cualquier tipo de fuerza o grupo armado regular o irregular en cualquier función distinta a la de ser únicamente un miembro de familia. Esto incluye a los cocineros, cargadores, mensajeros y a los que acompañen a dichos grupos, además de las niñas reclutadas para propósitos sexuales. Por tanto, no solo se refiere a un niño que está portando o ha portado armas (Unicef, 1997, p. 1).

Los hechos investigados por la JEP en este caso hacen referencia a toda forma de vinculación de niños y niñas a la guerra, no solo por parte de las FARC-EP, sino también por

parte de la fuerza pública, ya que antes de la expedición de la Ley 1861 de 2017 los menores de 18 años podían prestar servicio militar de manera voluntaria.

La investigación de la JEP se centra, por tanto, en cualquier forma de participación de los niños y niñas en el conflicto, no solo como combatientes, sino también “como cocineros, cargadores, mensajeros, informantes, acompañantes del grupo, y a quienes fueron reclutados para propósitos sexuales” (JEP, 2019); según el reporte allegado por la Fiscalía General de la Nación a la JEP, el caso abarca la investigación de cerca de 8.000 casos de reclutamiento y utilización de menores en el conflicto, pero además investiga otros delitos de los que pudieron ser víctimas estos menores.

Por ejemplo, se examinan dentro del caso las lesiones; tortura; homicidios que hayan ocurrido como consecuencia del régimen de vida en las filas, o de las sanciones impuestas a los niños y las niñas reclutados o utilizados fruto de la aplicación del régimen disciplinario de la organización guerrillera o de actividades de la fuerza pública; también son delitos relacionados con el reclutamiento o la utilización de niñas y niños en el conflicto el desplazamiento, homicidios, amenazas o cualquier otra violación que pudieron sufrir las familias o las comunidades como consecuencia de la violencia ejercida para forzar la vinculación de los menores de edad, y los hechos de violencia sexual asociados con el reclutamiento o utilización, como el abuso, la violación y la anticoncepción o los abortos forzados (JEP, 2019, p. 1).

El abordaje del caso se realiza según el tipo de actor involucrado como el presunto responsable: está, por un lado, el caso de reclutamiento de menores por parte de las FARC-EP y, por el otro, el caso del reclutamiento por parte de la fuerza pública, el cual no versa propiamente sobre reclutamiento forzado, sino sobre utilización de niños y niñas en el conflicto. En el caso de las FARC-EP, los hechos de reclutamiento perpetrados por esta organización, se evidencia su comportamiento en la siguiente gráfica:

Gráfica 1. Hechos de reclutamiento perpetrados presuntamente por las FARC-EP

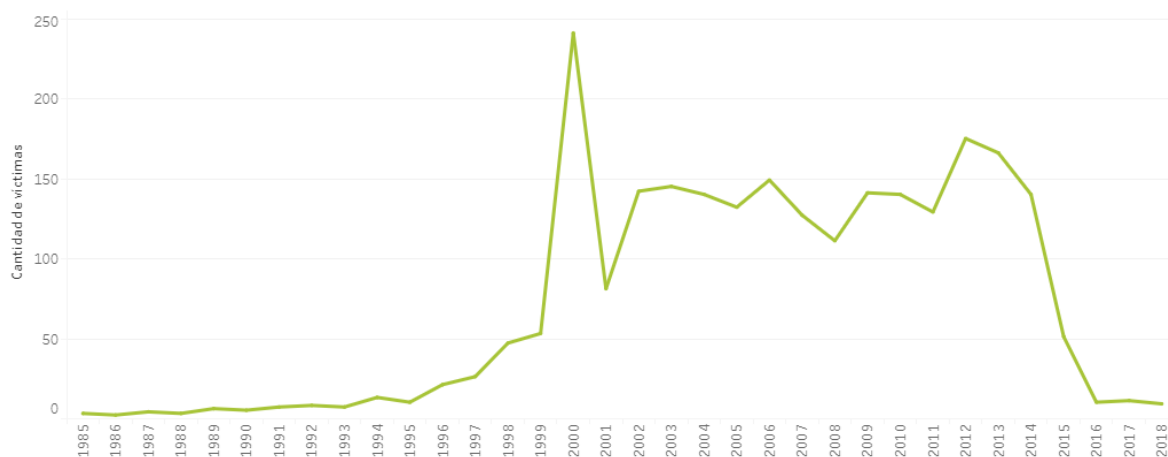


Gráfico construido por la SRVR a partir del cruce y análisis de las bases de datos recibidas de la Fiscalía General de la Nación, Centro Nacional de Memoria Histórica, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y Ministerio de Defensa Nacional

Fuente: JEP (2019).

Las cifras sobre reclutamiento en manos de la JEP desde 1985 hasta el año 2017 son las siguientes:

Tabla 2. Número de menores reclutados entre 1985 y 2017 por las FARC-EP

1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------

3	2	4	3	6	5	7	8	7	13	10
1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
21	26	47	53	241	81	142	145	140	132	149
2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
127	111	141	140	129	175	166	140	51	10	11

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la JEP (2019).

Es importante tener en cuenta que las anteriores cifras corresponden a datos emitidos por fuentes oficiales en los casos en los que se ha hecho una denuncia previa, es decir, que dentro de dichas cifras no se incluyen los menores enlistados voluntariamente u obligados por sus familias o enlistados de forma obligatoria sin que se formule *noticia criminis* alguna, por lo que claramente las cifras reales podrían ser mucho mayores. De hecho, según el informe de Human Rights Watch (2004), en el año 2003 militaban cerca de 11.000 niños, niñas y adolescentes en las filas de los grupos subversivos, es decir, 1 de cada 4 combatientes irregulares en Colombia tenía menos de 18 años al momento de enlistarse en las filas de estas organizaciones, de ahí que, tal y como lo plantea Rincón (2015), cualquier cifra presentada sobre este fenómeno es solo aproximativa.

Al mes de marzo del año 2022, habían comparecido 37 ex miembros de la guerrilla de las FARC-EP vinculados al proceso y 15 de ellos habían sido citados a rendir versiones voluntarias.

Según lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1922 de 2018, para que una persona pueda acreditarse como víctima de reclutamiento forzado debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. La manifestación expresa de querer ser acreditada como víctima.

2. Alguna prueba para demostrar su calidad de víctima. Por ejemplo:

Denuncia presentada ante la Fiscalía General de la Nación.

Resolución de inscripción en el Registro Único de Víctimas.

Certificación o registro que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA), dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla.

Certificado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Certificado de la Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN) antes Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR) o de una organización de la sociedad civil en la que haya recibido algún tipo de atención como desvinculada o desmovilizada.

Cualquiera otra prueba o documento que demuestre que la persona fue afectada por una de las conductas investigadas dentro del Caso No. 07.

3. Un relato de los hechos por los que quiere ser reconocido como víctima, especificando al menos la época y el lugar en el que ocurrieron (JEP, 2019, p. 1).

A la fecha, no existe una decisión de fondo del organismo sobre este caso ni se han dictado fallos condenatorios al respecto, ello a pesar de que los citados al proceso han emitido sus declaraciones y han asumido responsabilidades sobre los hechos. No obstante, la JEP podrá declarar responsables a los autores materiales o determinadores del reclutamiento forzado que

comparecen a ese proceso, no al Estado Colombiano por su responsabilidad en los hechos, pues la JEP carece de competencia para ello.

2.3. La valoración del daño frente a violaciones de derechos humanos y derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes sometidos a situaciones de reclutamiento forzado

Según señala Gil (2013), una cosa es la existencia del daño y otra la cuantificación del perjuicio; al respecto, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, hizo norma una tesis de la jurisprudencia de viejo raigambre en nuestra cultura jurídica, el sistema de valoración equitativa y la observancia de los criterios técnicos actuariales en la determinación o cuantificación de los perjuicios materiales.

La reparación integral constituía un principio general en materia de responsabilidad: “se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado” (Velásquez, 2013, p. 227), o como lo ha expresado la Corte Constitucional, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite” (Sentencia C-197, 1993), y posteriormente el Consejo de Estado expuso:

En aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repara el daño, todo el daño pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico a ella rogado (Sentencia del 10 de septiembre, 1998).

El principio de la reparación integral es un supuesto de coherencia, lógico y empírico, pues si la reparación no coincide con el daño, simple y llanamente la ecuación de equilibrio no corresponde (A diferente de A), lo que atentaría contra la identidad como postulado final de la esencia de la reparación. El supuesto normativo de la reparación integral siempre ha estado presente en el espíritu del artículo 2341 del Código Civil, como principio general de responsabilidad, siendo además de la esencia de la reparación restituir el equilibrio o llevar las cosas a su estado anterior al daño causado.

A partir de la Constitución Política de 1991 y, concretamente, en 1998 con la expedición de la Ley 446, se estableció en Colombia, desde la perspectiva del derecho de daños, y sin importar cuál sea la fuente que lo genera, la obligación de que la reparación del perjuicio sea integral. En esa perspectiva, en el ordenamiento jurídico colombiano se imponía desde hace un par de lustros, el imperativo de reparar de manera integral el perjuicio, siempre y cuando hubiere precedido la verificación de su connotación de antijurídico en los términos del artículo 90 de la Carta Política, esto es, que la persona no esté en la obligación jurídica de soportar la lesión de su derecho, interés, bien o cosa.

Como se aprecia, se destaca el aspecto temporal, toda vez que, al margen del artículo 16 de la Ley 446, los tribunales en Colombia desconocieron la relevancia e importancia del referido precepto: no hace mucho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado comenzaron a reivindicar la importancia de dicho precepto; en efecto, un referente temporal importante lo constituye la sentencia C-579 de 2013, con la cual la Corte se permitió analizar los estándares

constitucionales e internacionales asociados a la reparación integral, refiriendo la importancia del reconocimiento expreso del derecho a la reparación y a las medidas que este derecho incluye.

Ahora bien, precisado lo anterior, es imprescindible hacer referencia al contenido y alcance del principio de “reparación integral” puesto que él se fundamenta en dos conceptos o pilares básicos que deben ser analizados de manera independiente, para luego reconducirlos bajo un mismo hilo conductor que será el que delimite la aplicación del postulado jurídico. En otras palabras, este análisis conduce a estudiar los términos “reparación” e “integral”, máxime si en Colombia hasta 2007, la jurisprudencia contencioso administrativa empleaba, por regla general, el término “indemnización”, para valorar el daño sufrido.

La “reparación”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2014) consiste en: “i) la acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas; ii) desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”. Por su parte, el vocablo “reparar”, se define como: “i) arreglar una cosa que está rota o estropeada; i) enmendar, corregir o remediar, iii) desagraviar, satisfacer al ofendido; iv) remediar o precaver un daño o perjuicio; v) restablecer las fuerzas, dar aliento o vigor”. Por su parte, la indemnización se define, según el mismo diccionario, como “la acción o efecto de indemnizar o indemnizarse”; “indemnizar” como “resarcir un daño o perjuicio”.

Analizados los dos conceptos anteriores, se puede arribar a una conclusión inicial, que consiste en determinar que el término lingüístico “reparación” comprende y describe en mayor

medida lo que implica el resarcimiento o la recomposición de un daño, tanto así que una de las definiciones ofrecidas es la de satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.

Establecido lo anterior, se puede afirmar, sin ambigüedad alguna, que en Colombia, salvo contadas excepciones, la jurisprudencia de las diversas jurisdicciones (constitucional, civil, y contencioso administrativa), aplicó lo que pudiera denominarse “el principio indemnizatorio” en vez del “principio de la reparación integral del perjuicio”. Así las cosas, el paradigma vigente desde la perspectiva de resarcimiento del daño consistía, en el otorgamiento de una suma de dinero que, en los términos del artículo 1614 del Código Civil colombiano, pretendía cubrir los perjuicios de orden material e inmaterial irrogados a la persona.

En ese orden de ideas, el problema de cuál debe ser el criterio empleado por los jueces para determinar el resarcimiento del daño de un menor que ha sido sometido a una situación de reclutamiento forzado, podría ser analizado como un aspecto aislado y de política judicial; no obstante, resulta innegable que la perspectiva desde la que se debe abordar el restablecimiento del perjuicio está íntimamente ligada al estudio y valoración del daño, siempre y cuando este se analice en su completa e íntegra dimensión.

Significa lo anterior que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha establecido la insuficiencia del criterio indemnizatorio del perjuicio, pues el daño proveniente de la vulneración de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, como es el caso del reclutamiento forzado de menores, no puede circunscribirse a un aspecto netamente económico, comoquiera que, la lesión de una garantía de este tipo conlleva la afectación de multiplicidad de

facetas de quien lo soporta. Sobre este tema la jurisprudencia es abundante, destacándose precisamente la Sentencia del 20 de febrero de 2008 del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero.

Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido como el precepto que orienta el resarcimiento de un daño para que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de su ocurrencia, debe ser interpretado y aplicado conforme al tipo de daño producido, máxime si se refiere a la lesión de un bien o interés legítimo que se relaciona con el sistema de derechos humanos, y más aún si se armonizan los preceptos jurídicos nacionales con el contenido de la Convención Americana que, a términos del numeral 1 del artículo 63, establece la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que, una vez establecida la violación de un derecho o de una libertad de los allí contenidos y desarrollados, se ordene su reparación.

Así mismo, resulta pertinente destacar que, a diferencia de lo manifestado por un sector de la doctrina nacional y extranjera, el principio de reparación integral no solo se circunscribe al ámbito de determinación de la extensión del perjuicio, sino que se constituye en herramienta de gran utilidad a la hora de establecer los daños resarcibles; en otros términos, el principio no solo debe emplearse en la verificación del *quantum* del perjuicio, sino en la comprobación de los daños cuya magnitud impone su resarcimiento, a diferencia de los denominados daños bagatelares o insignificantes.

La aplicación efectiva y material del principio de reparación integral en Colombia, como ya se dijo y se reitera, ha permitido que se reconozca la insuficiencia del criterio indemnizatorio en relación con el derecho de daños, más aún ante la dificultad que estriba un daño generado por el reclutamiento haga imposible su reparación o resarcimiento integral; en consecuencia, la jurisprudencia nacional ha articulado los postulados resarcitorios del orden nacional con los criterios contenidos en la jurisprudencia de tribunales internacionales, concretamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal forma que se ha abierto camino, entre otras, a las medidas de tipo satisfactorio, a las garantías de no repetición y, en general, de justicia restaurativa y conmemorativa, todas encaminadas al restablecimiento del núcleo de los derechos que se ven afectados con la producción del daño, que es precisamente la dirección que pretende darle la Jurisdicción Especial para la Paz al denominado caso 07 sobre “Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado”.

En consonancia con lo que se ha entendido como la constitucionalización del derecho de daños, fenómeno impulsado por el neo-constitucionalismo y con la fortaleza actual de los textos constitucionales modernos en donde el contenido programático es el eje central del poder público, adquieren relevancia los principios de dignidad humana, de igualdad y de solidaridad, que comprenden una estructura de derechos fundada sobre la base de la dignidad, es decir, bajo un modelo de filosofía deóntica, que es la que permite definir el daño y el modelo de responsabilidad aplicable, lo que conlleva a que cualquier decisión se tenga que tomar de manera coincidente con esos principios para que exista coherencia en el discurso.

Ahora bien, la aplicación del principio de reparación integral, en los términos desarrollados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, significa no solo el cumplimiento de múltiples garantías fundamentales como el acceso efectivo a la administración de justicia, sino que, adicionalmente, evita la condena internacional del Estado por el incumplimiento de las obligaciones internacionales contenidas en los diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia, principalmente, la Convención sobre los Derechos del niño ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en providencia de 20 de febrero de 2008, sostuvo:

Así las cosas, los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, como quiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos.

Por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de «reparación integral», como se ha visto que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado (Sentencia del 20 de febrero, 2008).

De otro lado, la jurisprudencia contencioso administrativa, en la mencionada oportunidad, ponderó el principio de reparación integral, al confrontarlo con el principio de congruencia, este último según el cual el juez no puede desbordar los extremos planteados en la *litis*, para concluir que, ante la violación de Derechos Humanos como es el caso que se presenta cuando se da un reclutamiento de un menor, el postulado de la reparación integral debe primar sobre cualquier restricción relacionada con aspectos de índole procesal dirigidos a evitar pronunciamientos judiciales *extra o ultra petita*.

Resulta pertinente destacar que el Consejo de Estado ha declarado la cosa juzgada internacional, en aquellos casos en los que los demandantes han acudido previamente a instancias internacionales para obtener el resarcimiento del daño, asunto que será abordado en el siguiente capítulo.

En efecto, el fundamento de la cosa juzgada, en estos supuestos no solo está en la imposibilidad en que se encuentra el juez colombiano de desconocer los lineamientos de un pronunciamiento judicial emitido por una Corte Internacional, sino, adicionalmente, en la prohibición que recae sobre los demandantes de enriquecerse injustificadamente con la producción del daño, lo que estaría representado en la acumulación de condenas decretadas en los estrados judiciales internacionales con las definidas internamente.

Ahora bien, la anterior postura no se predica en la situación inversa, es decir, nada impide que una víctima de reclutamiento forzado que obtuvo una indemnización en la jurisdicción interna, y que se sienta insatisfecha con la misma, pueda acudir ante organismos y cortes internacionales en procura de obtener un resarcimiento pleno del daño, situación que es perfectamente justificable; no obstante, se insiste, si el resarcimiento del daño se produjo en el escenario externo (internacional), ningún tribunal o corte del ámbito nacional podría ordenar el pago de condenas adicionales, puesto que esa determinación llevaría implícita una censura a la decisión de la Corte u organismo internacional, en relación con la efectiva o inefectiva reparación integral del daño, lo que supondría una falta de competencia y, precisamente, un desconocimiento de la cosa juzgada de la que está revestida la sentencia.

El modelo descrito puede ser objeto de críticas, ya que detrás de esta lógica puede existir algún tipo de argumento de autoridad, en la medida en que nada garantiza que la reparación que ordena, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea suficiente; del mismo modo, el modelo de reparación integral también exige unas órdenes al Estado respecto a cambiar las condiciones sociales en las que se dan los hechos dañinos y que son una constante en Colombia. Esto supone, entonces, que la medición de la suficiencia de la reparación no solo se limita a un aspecto económico que justifique la improcedencia de acciones en el orden interno, sino que también está en la discusión la efectividad de los seguimientos que hace la Corte a cada caso en particular.

2.4 Responsabilidad del Estado por falla del servicio frente al reclutamiento forzado de menores

Son diversas las causas que sustentan que el servicio público prestado por el Estado en materia de seguridad, educación, salud y demás condiciones inherentes a satisfacer los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, en caso de no prestarse de manera óptima, pueden dar lugar a una responsabilidad del Estado cuando se presentan casos de reclutamiento forzado de menores; en virtud de los alcances del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, se puede predicar una responsabilidad civil extracontractual del Estado por la ocurrencia de un daño antijurídico derivado de una omisión o acción del Estado. Es precisamente en este aspecto en donde surge la cuestión de si una omisión del Estado puede encajar dentro del ámbito de la teoría de la falla del servicio y si con ello se ocasionó un daño antijurídico a los niños, niñas y adolescentes a causa del reclutamiento forzado para el conflicto armado interno, asunto que merece un especial miramiento, al analizar los mecanismos de responsabilidad extracontractual del Estado, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal y como se hará en el siguiente capítulo.

En estos casos, según Salamanca (2017), se debe diferenciar entre los daños de tipo (haciendo referencia al daño patrimonial directo) y de carácter extrapatrimonial, ya que la falla del servicio no genera consecuencias tangibles en el patrimonio de las personas, como sucede, por ejemplo, en los casos de reclutamiento forzado, aunque sí afecta de manera indirecta la posibilidad de acceder a mejores condiciones de vida en igualdad de oportunidades que otras personas; por tanto, al no ser un daño de tipo patrimonial directo, resulta claro que la afectación

es de carácter extrapatrimonial, lo cual se ve reflejado en las condiciones de precariedad en las que las víctimas de reclutamiento forzado se encontraban al momento en que fueron obligadas a pertenecer a los grupos subversivos, lo que de manera indirecta también genera un daño a la sociedad, al presentarse la ausencia de jóvenes y adultos con proyectos de vida positivos y contruidos desde la niñez.

A lo anterior se suma la ineficaz cobertura del servicio de seguridad, más aún en territorios y zonas en donde se demandaba la misma por la amplia presencia de organizaciones insurgentes, lo que claramente trasgrede los bienes tutelados en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991.

Bejarano (2015) señala que con la desmilitarización del territorio en la denominada Zona de Distención en los departamentos de Caquetá, Meta y Putumayo por parte del gobierno del entonces presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002), el Estado puso en riesgo a los niños, niñas y adolescentes de esa zona, de ahí el aumento considerable que tuvo el fenómeno del reclutamiento forzado entre 1998 y 2002, llegando a presentar su pico más alto en el año 2000, con más de 200 casos registrados. Frente a estos casos, el Estado adquiere responsabilidades u obligaciones que van incluso más allá del resarcimiento económico, las cuales no pueden limitarse a la reinserción y reparación de los niños, niñas y adolescentes, tal y como puede leerse de la siguiente afirmación:

Hay responsabilidad internacional del Estado Colombiano, porque entregó 42.000 kilómetros de su territorio a un grupo al margen de la ley, junto con su población la cual

estuvo desprotegida, pues fue retirada toda autoridad de esta zona, permitiéndose, toda clase de atropellos y violación de los derechos humanos y la infracción al DIH, el acceso a la justicia fue nulo, solo predominó el sometimiento a las normas del grupo insurgente, el reclutamiento de menores, la ley del silencio, muertes, privaciones ilegales de la libertad, desplazamiento forzado, violaciones, despojo de bienes y tierras, entre muchas acciones cometidas por el grupo autorizado por el Estado para actuar dentro de una zona del territorio nacional pero legitimada para que actuaran bajo sus propias leyes (Bejarano, 2015, p. 49).

González (2014) plantea que determinar la responsabilidad del Estado en estos casos no implica descartar aquellas situaciones en las que los menores ingresaron de manera voluntaria al grupo armado; en todos los casos se deben constatar los factores que incidieron en la situación de vulnerabilidad, siempre que se pueda probar que ha sido el Estado, con su acción o con su omisión, quien procuró o nunca evitó las condiciones para que se presentara un reclutamiento, indistintamente si fuera este voluntario o forzado.

CAPÍTULO 3

3. El Reclutamiento Forzado de niños, niñas y adolescentes como fuente de reparación por vía administrativa y de reparación integral por vía judicial: posición jurisprudencial del Consejo de Estado.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, Colombia adoptó la forma de un Estado Social de Derecho, modelo que abrió la posibilidad para incluir derechos socioeconómicos, para con ello buscar mayor desarrollo en su calidad de vida de los grupos más desfavorecidos y marginados; sin embargo, doctrinantes como Landau (2015) señalan que la aplicación de estos derechos sociales debe hacerse de una forma débil o de una manera dialógica, desde la cual se señalen las violaciones de los derechos desde la jurisprudencia, pero dejando las soluciones a cargo de las ramas del poder político; no obstante, para autores como Quintero & Olarte (2019), esta es una condición que permite la armonía entre el Estado y el pueblo, la cual permite demandar la salvaguarda de un amplio número de derechos fundamentales para la satisfacción de sus necesidades.

El Estado Social de Derecho constituye, por tanto, un ideal de asociación perfecta, en el cual los ciudadanos se unen como organización para crear el derecho positivo, de tal forma que el Estado, como institución, al cumplir sus funciones y sus actividades, pueda incurrir en responsabilidades si sus acciones son generadoras de daño antijurídico, siempre que dichas funciones sean las encomendadas por la Constitución y la ley. Es así como se sustenta el elemento social en el artículo 90 Superior, materializado a partir del daño antijurídico, ya que la

responsabilidad estatal encuentra sustento en la garantía de eficiencia de todos los servicios públicos, contemplando un principio de garantía integral del patrimonio de cada ciudadano.

Paradójicamente, el artículo 90 constitucional no cuenta con un desarrollo legislativo específico, es decir, no hay una definición precisa del significado de daño antijurídico, de ahí que se tenga que recurrir a la jurisprudencia de las altas cortes para poder definir tal acepción; así se refiere sobre este término, por ejemplo, el Consejo de Estado:

La jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación” (Consejo de Estado, 2012).

En razón de la anterior definición, la responsabilidad del Estado es una garantía constitucional que se materializa en el deber de responder por aquellos daños ocasionados por una autoridad, en determinadas circunstancias, a los administrados. De acuerdo con Irisarri (2000), la reparación de los daños es un mandato constitucional y es el mecanismo idóneo para que una víctima pueda retornar a su condición inicial, esto es, a la situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño.

De esta manera, la declaración de responsabilidad a cargo del Estado no solo persigue una reparación, sino también la tutela de los deberes que debe cumplir la administración; así, por ejemplo, el conflicto interno armado que ha padecido Colombia durante más de medio siglo claramente ha sido configurador de múltiples eventualidades en las que se ha puesto a la población en una situación de riesgo inminente. En el caso específico del reclutamiento forzado, es este un fenómeno con un amplio cúmulo de causas, el cual, al producirse, genera un cambio abrupto en quien lo padece, cambio que se hace más ostensible si se ejecuta sobre niños, niñas o adolescentes, por las implicaciones que tiene para su proyecto de vida, así como por las secuelas que dificultan las posibilidades de reparación *a posteriori*.

Es importante tener en cuenta que en estos casos el delito de reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes no es cometido propiamente por el Estado, es decir, el Estado colombiano no es el autor directo del delito, pero sí es el llamado a esclarecer (y controlar) los factores de riesgo que son generadores de esta conducta.

La doctrina es unánime en reconocer que al Estado le compete implementar cualquier tipo de estrategia para evitar que la población civil en general, y los menores en particular, sean víctimas de este flagelo, el cual muchas veces va acompañado de otro tipo de conductas delictivas como violencia sexual, trata de personas, secuestro, amenazas, desapariciones forzadas, homicidio, entre otras, conductas que evidentemente el Estado debe perseguir, combatir y sancionar, de conformidad con principios orientadores de la función estatal como la garantía de la satisfacción integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo con Salamanca (2017), el reclutamiento forzado de menores de edad conlleva a que la Fuerza Pública se desentiende de su obligación de prestar seguridad; frente a esta hipótesis, el Consejo de Estado, en providencia del 7 de mayo de 2018, señaló que efectivamente el reclutamiento forzado de menores implica un abandono deliberado de la Fuerza Pública, esto es, una omisión al cumplimiento de sus deberes de mantener las condiciones necesarias para asegurar que los habitantes del territorio colombiano convivan en paz y tranquilidad; de hecho, dice la Corte, en muchos casos de reclutamiento la propia Fuerza Pública, el ministro de defensa y hasta el propio presidente de la República tienen pleno conocimiento de las graves situaciones de orden público que recaen sobre ciertas comunidades y aun así no se dispone de despliegue de acciones de alto impacto para conjurar la situación de amenaza generalizada.

Un importante referente para reconocer el deber de reparar a las víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia lo constituye la sentencia del 20 de febrero de 2008 en la cual el Consejo de Estado por primera vez trata el tema de la reparación de manera distinta a la pecuniaria en materia de violación de derechos humanos, reconociendo otros medios resarcitorios como las medidas de satisfacción de las garantías de no repetición, consistentes en actos u obras que tengan un alcance o repercusión pública tal, así como de compromisos para que los infractores no vuelvan a incurrir en hechos parecidos. Para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo estas son medidas que se acogen a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues claramente lo que buscan es recuperar la memoria de las víctimas, reconocer su dignidad y brindar consuelo a los deudos.

Pero es de aclarar que, tratándose de niños, niñas o adolescentes vinculados al conflicto armado de manera forzosa, jamás podrá haber una vida igual a la inicial, máxime si el reclutamiento dio lugar a la pérdida de la niñez o de la adolescencia o a la ruptura del núcleo familiar o inclusive al propio deceso del menor; aunque si se logra la desvinculación del grupo armado, el Estado está llamado a cumplir con la reparación integral, no significando ello que no pueda acudir a una demanda en contra de la administración por el hecho ocurrido.

El Estado, por tanto, tiene el deber de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra el delito de reclutamiento forzado, máxime si existe una política pública creada para ello, como es el caso del CONPES 3673 de 2010, en donde se estructuran las estrategias y líneas de acción para ejecutar programas y acciones que incidan en la disminución y la desaparición gradual de la utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto, especialmente por parte de grupos armados organizados al margen de la ley y de otros grupos delictivos organizados.

Se trata de un mecanismo que establece una ruta que materializa el deber de corresponsabilidad y que se enfoca en la prevención; incumplir con dicha política claramente es un elemento generador de responsabilidad extracontractual del Estado, lo que exige un juicio de causalidad para poder consolidar dicha responsabilidad. Frente a este asunto, el Consejo de Estado en providencia del 25 de agosto de 2011, señala que la responsabilidad por omisión es una consecuencia de un no hacer, por lo que el examen de causalidad debe darse en un plano netamente hipotético, ya que el análisis de la procedencia de atribuir una obligación resarcitoria al organismo demandado debe darse en el ámbito de la imputación.

Ahora bien, al hacer referencia a la responsabilidad que recae sobre el Estado por la omisión de algunas obligaciones que tiene a su cargo, dicho análisis de causalidad resulta insuficiente, pues la imputación surge como resultado de un acto lesivo, en la medida en que el Estado es el que tiene el deber jurídico de evitar dicha lesión, al actuar de manera debida, pero claramente esta se produce porque no llevó a cabo la acción pertinente.

Por tal motivo, el resultado lesivo de una situación de reclutamiento forzado tiene diversas implicaciones, ya que los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de este crimen, pueden tener un daño físico o psicológico, pues son obligados a prácticas que ningún menor normalmente ejecuta, como por ejemplo torturas, asesinatos, ataque a la población civil, secuestros, ejecuciones, manejo de armas de fuego y explosivos, abuso sexual, agotamiento físico, enfrentamientos con la Fuerza Pública, bombardeos, enfermedades sin tratamiento, graves heridas, esclavitud sexual, aborto, etc.

Para contextualizar lo anterior, es preciso realizar un acercamiento a la teoría de la falla del servicio como título de imputación de responsabilidad extracontractual por violación a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento forzado. El Consejo de Estado, en fallo del 19 de abril de 2012, al unificar el concepto de responsabilidad frente al derecho de daños, señaló que el modelo establecido en la Constitución no privilegia ningún tipo de régimen, de ahí que deja al arbitrio del juez la facultad de determinar el régimen aplicable, según las características de cada caso; sin embargo, es de destacar que el título de imputación que mayor relevancia tiene en Colombia es la falla del servicio (Güechá, 2011), pues se encuentra fundamentado en la garantía de no trasgredir derechos fundamentales, al igual que en

principios como la legalidad y el buen servicio público, y de ahí precisamente que constituya el título de imputación general.

En sentencia del 28 de enero de 2015, el Consejo de Estado manifestó que en múltiples fallos se ha reiterado que en aquellos casos en los que se analiza la responsabilidad del Estado por la producción de un daño ocasionado por la omisión atribuible a una autoridad pública en cumplimiento de sus funciones, el título de imputación que se aplica es el de la falla del servicio, lo que significa que si para establecer que dichos perjuicios se imputan a que se incumple con una obligación en particular, se requiere por lo menos que se cumpla con dos condiciones: en primer lugar, que exista una obligación y que esta no fue cumplida de manera satisfactoria; y, en segundo lugar, que la omisión fue la generadora del daño, es decir, que de no haberse dado dicha omisión el daño no hubiera ocurrido.

En providencia del 7 de julio de 2016 el Consejo de Estado señala que los niños son sujetos especiales de protección, no solo por parte del Estado, sino también por la familia y la sociedad; el Código Penal colombiano tipifica el reclutamiento de menores de 18 años como una conducta ilícita que atenta contra las personas y contra bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. En esta providencia en particular, al analizar el caso de una sanción penal en contra de una persona mayor de edad, miembro de una organización al margen de la ley, el Consejo de Estado encontró que en el proceso no se tuvo presente que los hechos por los cuales se investigó al procesado se dieron cuando este era menor de edad, generándose con ello una doble victimización, de ahí que no se pueda privar de la libertad a una persona que, habiendo

cometido un delito siendo menor de edad, también haya estado sometida a una situación de reclutamiento forzada.

En la sentencia del 18 de mayo de 2017, el Consejo de Estado señala que la responsabilidad por falla del servicio se deriva generalmente porque la administración realiza una omisión en determinada actividad en la que se requiere una acción del Estado; así, por ejemplo, en una situación de reclutamiento forzado se da una omisión de la acción de los servicios de seguridad, que es una labor que debe garantizar el Estado y que injustificadamente deja de prestarse en una acción determinada.

Y si bien es cierto, la falla del servicio como régimen general de responsabilidad ha recibido diversos desarrollos jurisprudenciales respecto de la meramente originada en acción u omisión del Estado, tal como es el caso de la falla relativa, misma que parte del principio del derecho según el cual: *nadie está obligado a lo imposible*, de tal manera que si una entidad pública está conminada a adelantar actuaciones que no se encuentra en capacidad atender, y por ello causa un daño estaríamos frente a *la falla en el servicio relativa*; esta no resulta identificable o pasible con los daños antijurídicos originados en el reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes, considerando el especial miramiento que según se ha venido desarrollando, ha puesto el Estado sobre este grupo poblacional, resultando insuficiente por tanto el consagrar instrumentos legales de defensa y garantía de Derechos Humanos y derechos fundamentales que no se encuentra en capacidad de atender o cumplir; es en su lugar exigible el despliegue de acciones de alto impacto para conjurar, no solo el reclutamiento, sino incluso la situación de amenaza o riesgo generalizado.

De acuerdo con lo anterior, cuando el Estado es el que incurre en una irregularidad cometida por alguno de sus funcionarios, cada caso debe analizarse según las condiciones en que se dieron; así, si en medio de un conflicto armado se ocasionan daños a niños, niñas o adolescentes, claramente el título de imputación de responsabilidad civil extracontractual sería el de la falla del servicio, de tal manera que, frente al reclutamiento forzado, esto se traduce en la omisión del funcionario de la administración que dejó de cumplir sus funciones y que dio lugar a una situación de reclutamiento. A pesar de ello, no existe jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se establezca la obligación del Estado de reparar patrimonialmente a un niño, niña o adolescente que haya sido objeto de este delito, pero ello no significa que este tipo de demandas no puedan prosperar.

El avance jurisprudencial talvez más cercano en torno al análisis del reclutamiento forzado de menores, y desde la óptica de la responsabilidad del Estado, lo constituyen las consideraciones plasmadas por el Consejo de Estado en una sentencia en la que se ocupó de resolver la injusta privación de la libertad a la que fue sometido un joven por el delito de rebelión, pero cuyo reclutamiento por parte de la insurgencia se produjo cuando el mismo era menor de edad. La sentencia, luego de desarrollar un capítulo denominado “Los menores como sujetos especiales de protección”, expresó:

[...] el ejercicio de la acción penal en este caso configuró una “revictimización” del que fuera menor reclutado forzosamente, en tanto dentro del proceso penal correspondiente se

le reprochó una conducta (pertenecer a un grupo irregular) cuando en realidad era víctima de este.

El enjuiciamiento del menor por el delito de rebelión desconoció el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 6 de la Ley 782 de 2002 -preceptos vigentes para la época de los hechos- que dentro de las víctimas de la violencia incluyó a “toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”.” (Consejo de Estado, 2016).

En general, el Consejo de Estado ha limitado el tema de la reparación integral exclusivamente al cumplimiento de lo establecido en la Ley 1448 de 2011, sobre reparación de víctimas del conflicto armado; de ahí que, en tratándose de niños, niñas y adolescentes, tal y como lo señala en sentencia del 7 de mayo de 2018, se les debe reconocer como víctimas del conflicto, restituyéndoles sus derechos vulnerados (a la educación, a la salud, a la vivienda, a la familia y a no ser separado de ella, etc.) y a que se les repare por los daños morales correspondientes. En el marco de dicha ley, la reparación es hasta cuarenta salarios mínimos, pero esto solo rige si la desvinculación se da cuando la víctima aún es menor de edad (cosa en general imposible de lograr); sin embargo, no se observa que esta reparación pueda tener lugar en el marco de un proceso administrativo en contra del Estado.

CONCLUSIONES

El tema que ha sido objeto de análisis es fundamental por dos razones básicas: por un lado, se trata de un problema que ha afectado históricamente y lo sigue haciendo, a una gran cantidad de menores de edad. Los datos de la JEP y la Comisión de la Verdad son verdaderamente dicentes y ratifican esta afirmación, aún sin que se pueda decir que hay datos concluyentes sobre el número de casos de reclutamiento forzado de menores de edad ya que casi que cada autor o institución que habla del tema aporta unos datos diferentes, y los números aportados esconden un muy seguro subregistro porque muchos de los casos ocurridos no llegan ser denunciados o a conocimiento de las instituciones que evalúan el tema y por lo tanto no hacen parte de las estadísticas, todo lo que da cuenta de la gravedad del problema.

Por otro lado, la realidad de los menores afectados por este flagelo es verdaderamente significativa, preocupante y dolorosa. Al respecto han sido referidas las afectaciones que se han dado a los menores víctimas de reclutamiento forzado que implica la limitación de muchos de sus derechos fundamentales, la prolongación en el tiempo de su ejecución (delitos de tracto sucesivo) y con ello la generación de perjuicios por largo tiempo, algunos de ellos no valorables en dinero, pero sin duda de alto impacto en la vida de los menores. Incluso, aunque una vez la persona deje de ser menor de edad por alcanzar la mayoría de edad (18 años) en condición de reclutado contra su voluntad, se podría decir que cesa el delito de reclutamiento forzado “de menores”, pero no por ello los perjuicios cesan y menos, desaparecen. Más bien se continúan generando mientras la persona, a pesar de ser mayor de edad, no pueda ejercer su libertad de retirarse del grupo armado ilegal que lo ha reclutado contra su voluntad en condición de menor.

El daño antijurídico es monumental y la tasación posible de ellos supera, en todos los casos, la limitación de los 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes que se conceden al ser reconocido como víctima dentro del proceso administrativo con las condiciones establecidas en esa ley (dejar el grupo armado ilegal antes de cumplir la mayoría de edad), e incluso la de cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes establecidos por el Consejo de Estado como tope indemnizatorio por regla de excepción en el medio de control de la reparación directa ante los casos de graves violaciones a los Derechos Humanos, tal como se indica en el denominado documento final de 28 de agosto de 2014 (Referentes para la Reparación de Perjuicios Inmateriales).

Otra realidad importante que si bien no constituye tema de análisis para este caso, pero que influye grandemente en la situación que enfrentan los menores cuando se encuentran en riesgo de ser reclutados forzosamente, la constituye la ausencia del Estado en amplias zonas de la geografía colombiana, desconociéndose, por tanto, la Teoría del Estado que plantea la Soberanía como elemento constitutivo del Estado y conforme a la cual la persona jurídica Estado ejerce poder soberano en el territorio y sobre la población asentada en él. En efecto, es Colombia un Estado que no ejerce plenamente y sobre todo su territorio esa soberanía, ese poder superior dentro del territorio que no reconoce ni permite que otros poderes se opongan a sus decisiones, a su poder, a su autoridad. Lo cierto del caso es que Colombia tiene “zonas grises” en materia de soberanía, ya que existen territorios en disputa en los que el Estado no ha consolidado su poder, ha sido incluso suplantado por otros actores que ejercen “como si fueran” el Estado o incluso, quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con criterios de beneficio personal y no con orientación al servicio y beneficio público o colectivo. Esas situaciones, que en la literatura se

denominan de diferentes maneras dependiendo del grado de intensidad en que se presentan como Estados Débiles, Estados en vías de fracaso o de Estados fracasados o Colapsados deben reconocerse en este caso.

Esta situación de por lo menos debilidad estatal (en la literatura se ha ubicado a nuestro país en distintas categorías en diferentes momentos de la historia) es lo que favorece que en extensas regiones de nuestro territorio la población en general y los menores en particular estén fuera de la posibilidad de tener garantía plena de su seguridad personal y del disfrute de otros bienes públicos, como se les denomina (salud, vivienda, recreación, educación, seguridad social, etc.) para prevenir, evitar o corregir la realidad del reclutamiento forzado de menores. Los menores, supuestamente objeto de especial protección del Estado, como lo dicen las normas constitucionales citadas, en realidad se encuentran altamente desprotegidos, abandonados y sin posibilidades reales de eludir el reclutamiento forzado y otros delitos que se cometen en su contra. Por ello, la omisión estatal de ejercer un verdadero control territorial hace viable la actuación de actores armados que acuden a esta práctica y generan una gran cantidad de afectaciones a los menores (y a los mayores) cuando actúan en cierta medida “a sus anchas” sin que el Estado y sus mecanismos de soberanía como la Fuerza Pública intervengan para eliminar el riesgo para esa población especialmente protegida.

A pesar del especial status brindado en Colombia a los niños, niñas y adolescentes desde los diferentes instrumentos legales de orden interno e internacional, así como también con la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial de Paz, no es claro aún el panorama de protección, defensa y garantía a este especialísimo grupo poblacional; no lo es, cuando luego de tantos años

de victimización, menores y familiares continúan sin recibir del Estado Colombiano por vía contenciosa administrativa, la admisibilidad y reconocimiento de responsabilidad a título de falla en el servicio respecto de los hechos configuratorios de daño antijurídico por omisión - Ausencia de Estado.

Como quiera que la teoría de la responsabilidad del Estado en Colombia no descansa sobre una estructura normativa, sino en vastos desarrollos jurisprudenciales, surge manifiesta la necesidad de armonización del principio de reparación integral con el ordenamiento jurídico interno, en pro de lograr en favor de las víctimas directas e indirectas de un daño producido por la grave trasgresión de los Derechos Humanos y derechos fundamentales, el real resarcimiento del daño, para por esa vía lograr a su vez, el restablecimiento del *status quo*, desde la adopción de medidas no sólo pecuniarias, sino también de tipo satisfactorio a las garantías de no repetición y, en general, de justicia restaurativa y conmemorativa.

El derecho administrativo es un derecho rogado, por tal razón la producción jurisprudencial requiere de la activación del aparato judicial por parte de las víctimas directas e indirectas del daño producido a raíz del reclutamiento forzado de menores, e indudablemente la ausencia de una línea de análisis jurisprudencial relacionada con la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de tal supuesto, puede ser explicada desde diversos supuestos, a saber: desconocimiento de la procedencia del medio de control judicial por parte de las víctimas; temor a las consecuencias que puedan derivarse del accionar, falta de decisión judicial en materia penal al investigar el delito de reclutamiento, todo lo cual se constituye en obstáculos que necesitan ser superados, a fin de que las personas afectadas con el flagelo acudan,

ya sea a estos instrumentos administrativos y judiciales dispuestos por el ordenamiento interno (Indemnización Administrativa – medio de control de reparación directa) y en todo caso, ante la falta o ineficacia de estos, a otros de orden trasnacional o internacional, tales como las demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo anterior sin perjuicio de hacer un llamado, de un lado al Legislador Nacional con el propósito de que se sirva analizar y establecer los correctivos necesarios a fin de dotar de verdadera eficacia al mecanismo de la indemnización administrativa establecida a favor de las víctimas del reclutamiento forzado de los menores, como en efecto lo sería retirar la limitante de la edad de retiro, por las circunstancias que previamente quedaron vistas; de la misma manera resulta apremiante instruir a las víctimas del flagelo sobre la posibilidad de reclamar del Estado la declaratoria de responsabilidad extracontractual de acuerdo al análisis igualmente planteado, todo lo cual sería posible desde escenarios pedagógicos transmitidos por la escuela, la academia, los organismos de control, líderes, veedores, defensores de derechos humanos, mesas de trabajo y cualquier otro que pueda cumplir funciones educativas y reeducativas con la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola L., R. (2017). El derecho a la justicia de las víctimas en el marco de la ley de justicia y paz, Ley 975 de 2005. UNAULA.
- Arenas M., H. A. (2017). La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado colombiano por los daños causados por los actores armados: Ejército Nacional, guerrillas y paramilitares. En M. A. Restrepo (Ed.), *Derecho Administrativo: Reflexiones contemporáneas* (pp. 447-482). Universidad del Rosario.
- Arias, M., Camacho, A., Ibáñez, A., Mejía, D., & Rodríguez, C. (2015). *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia. ¿Cómo construir un posconflicto sostenible?* Universidad de los Andes.
- Bejarano G., I. (2015). *Responsabilidad internacional del Estado colombiano por reclutamiento ilícito de menores durante la Zona de Distención [Tesis de grado]*. Universidad Santo Tomás.
- Bernal P., C., & Viana C., M. (2015). La responsabilidad extracontractual del Estado por daños que le asean imputables con ocasión de los acuerdos de paz. En J. Henao & A. Ospina (Eds.), *La Responsabilidad del Estado* (pp. 739-771). Ibáñez.
- Brett, S. (2003). *Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia*. Human Rights Watch.

Brewer C., A., & Santofimio G., J. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas, B. (2016). *Del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva [Tesis de grado]*. Universidad Externado de Colombia.

Cardozo, G., & Michalewicz, A. (2017). El paradigma de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación. *Derecho de Familia, Revista Interamericana de Doctrina y Jurisprudencia*, (82), 1-12.

Churruca, C., & Meertens, D. (2010). *Desplazamiento en Colombia. Prevenir, asistir, transformar. Cooperación internacional y iniciativas locales*. Universidad de Deusto, Bilbao, España; Pontificia Universidad Javeriana. La Carreta.

Congreso de la República de Colombia. (1991, 22 de enero). *Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 [Ley 12 de 1991]*. DO: 39.640.

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia [Ley 1098 de 2006]*. DO: 46.446.

Congreso de la República. (1997, 26 de diciembre). *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. [Ley 418 de 1997]. DO: 43.201.*

Congreso de la República. (1998, 8 de julio). *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. [Ley 446 de 1998]. DO: 43.335.*

Congreso de la República. (2000, 24 de julio). *Por la cual se expide el Código Penal [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.*

Congreso de la República. (2003, 14 de julio). *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 dos mil (2000) [Ley 833 de 2003]. DO: 45.248.*

Congreso de la República. (2011, 10 de junio). *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones [Ley 1448 de 2011]. DO: 48.096.*

Congreso de la República. (2017, 4 de agosto). *Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización [Ley 1861 de 2017]*. DO: 50.315.

Congreso de la República. (2018, 18 de julio). *Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz [Ley 1922 de 2018]*. DO: 50.658.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1990, 5 de noviembre). *Exp. 7.256*. [CP. Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1995, 13 de diciembre). *Exp. 10.677*. [CP. Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1997, 31 de octubre). *Exp. 10.843*. [CP. Daniel Suárez Hernández].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1998, 7 de mayo). *Radicado Interno 10397*. [CP. Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1998, 10 de septiembre). *Radicado 12.009*. [CP. Daniel Suárez Hernández].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2005, 24 de febrero). *Radicado 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170)*. [CP. Ramiro Saavedra Becerra].

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2002, 4 de diciembre). *Expediente No. 12625*. [CP. Germán Rodríguez Villamizar].

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2007, 3 de mayo). *Expediente No. 16696*. [CP. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008, 20 de febrero). *Radicado 16.996*. [CP. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. (2011, 25 de agosto). *Radicado 66001-23-31-000-1997-03870-01(17613)*. [CP. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. (2012, 19 de abril). *Radicado 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515)*. [CP. Hernán Andrade Rincón].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2012, 9 de mayo). *Radicado 68001-23-15000-1997-3572-01(22366)*. [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2012, 23 de mayo). *Exp. 21.269*. [CP. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. (2014, 28 de agosto). *Documento Final Aprobado Mediante Acta del 28 De Agosto De 2014 Referentes Para La Reparación De Perjuicios Inmateriales*.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (2014, 20 de noviembre). *Radicado 25000-23-42-000-2014-03956-01(AC)*. [CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2015, 28 de enero). *Radicado 05001-23-31-000-2002-03487-01(32912)*. [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. (2016, 12 de enero). *Radicado 11001-03-15-000-2015-03019-00 (AC)*. [CP. Gabriel Valbuena Hernández].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2016, 7 de julio). *Radicado 20001-23-31-000-2009-00296-01(42867)*. [CP. Guillermo Sánchez Luque].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2017, 16 de febrero). *Radicado 51001-23-31-000-2001-00960-01(33976)*. [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2017, 18 de mayo). *Radicado 76001-23-31-000-2003-00842-01*. [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2018, 7 de mayo). *Radicado 63001-23-31-000-2003-00463-01(33948)*. [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2010, 19 de julio). *Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley y de los grupos delictivos organizados [Documento Conpes 3673 de 2010]*. Departamento Nacional de Planeación.

Corte Constitucional. (1993, 20 de mayo). *Sentencia C-197*. [MP. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (1998, 8 de julio). *Sentencia C-340*. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (2000, 12 de abril). *Sentencia C.430*. [MP. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (2004, 22 de enero). *Sentencia T-025* [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (2008, 6 de octubre). *Auto 251*. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (2009, 1 de abril). *Sentencia C-240* [MP. Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional. (2014, 6 de agosto). *Sentencia C-577* [MP. Martha Victoria Sáchica Méndez].

Corte Constitucional. (2017, 24 de agosto). *Sentencia C-541* [MP. Iván Humberto Escrucería Mayolo].

Corte Constitucional. (2018, 21 de noviembre). *Auto 756* [MP. Carlos Bernal Pulido].

Corte Suprema de Justicia – Sala Casación Penal. (2017, 18 de enero). *Proceso 47100* [MP. María Patricia Salazar Cuellar]

Corte Suprema de Justicia – Sala Casación Penal. (2018, 25 de abril). *Proceso 49680* [MP. Luis Antonio Hernández Barbosa]

Cuéllar C., N., & Parra T., M. (2014). *El menor y el conflicto armado en Colombia [Tesis de grado]*. Universidad Católica de Colombia.

Delgado R., C. (2017). *La obligación de reparar: análisis desde la práctica de los procedimientos convencionales de las Naciones Unidas*. Universidad Cooperativa de Colombia.

Fajardo A., L.E (2014). *Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia*. Universidad Sergio Arboleda. Colombia.

Gil B., E. (2017). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Temis.

Giraldo G., L. (). La figura del daño antijurídico adoptado en el artículo 90 de la Constitución de 1991, ¿una verdadera solución a la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado? En Y. Echeverry (Ed.), *Constitución y jurisprudencia. Balances y perspectivas de la construcción de un Estado social y democrático de derecho en Colombia* (pp. 237-380). Universidad Icesi.

Gómez L., I. (2018). *El derecho a la paz en Colombia. Dimensiones de un Derecho de Derechos. Historia, concepciones, compilación*. Legis.

- González M., L. (2014). *¿Tiene responsabilidad el Estado frente a la vinculación de la niñez en el conflicto armado? [Tesis de grado]*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Güechá M. C.N. (2011). *La Falla en el servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. [Artículo de Investigación]*. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores.
- Henao P., J. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés (Segunda reimpresión)*. Universidad Externado de Colombia.
- Henao P., J. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.
- Henao P., J., & Ospina G., A. (2016). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Irisarri, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano [Tesis de grado]*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-. (2019). Caso 07: *Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado*. <https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/07.html>

- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Universidad Externado de Colombia.
- Larenz, K. (2019). *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Lemaitre R., J. (2019). *El Estado siempre llega tarde. La reconstrucción de la vida cotidiana después de la guerra*. Siglo XXI Editores – Universidad de los Andes.
- Manrique, M. (2002). *Niñez y conflicto armado: desde la desmovilización hacia la garantía integral de derechos de infancia*. Universidad de Los Andes.
- McFee, E., & Rettberg, A. (2019). *Excombatientes y acuerdo de paz con las Farc-EP en Colombia. Balance de la etapa temprana*. Universidad de los Andes.
- Naciones Unidas. (1996). *Promoción y protección de los derechos del niño. Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6260.pdf>
- Ortiz J., W. (2017). Reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes: de víctimas a victimarios. *Revista Encuentros*, 15(1), 147-161.

Pedrerros M., M. (2018). Niñez y Familia en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos contra el Estado colombiano. En P. Acosta & A. Castro (Eds.), *Jurisprudencia interamericana en casos contra Colombia* (pp. 427-476). Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, P. (2010). El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano. aproximación al crimen de guerra. *Revista Derecho Penal y Criminología*, (90), 115-136.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Espasa.

Rincón A., D. (2015). Presupuestos del régimen de responsabilidad frente a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores combatientes en el marco del conflicto armado colombiano y la justicia restaurativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 297-334.

Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Universidad El Rosario.

Ruiz O., W. (2015). Responsabilidad del Estado Social de Derecho por los actos del Constituyente. Ecoe.

Ruiz O., W. (2019). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Ecoe.

Salamanca B., A. (2017). *El rol y responsabilidad del Estado en el caso del delito de reclutamiento forzado de menores [Tesis de grado]*. Universidad Católica de Colombia.

Ugarriza, J., & Pabón A., N. (2018). *Militares y guerrillas. La memoria histórica del conflicto armado en Colombia en los archivos militares, 1958-2016*. Universidad El Rosario.

Unicef. (1997). *Principios de la Ciudad del Cabo*.
https://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58012.html

Vázquez F., R. A. (1993). *Responsabilidad por daños (elementos)*, Depalma.

Velásquez P., O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Temis.

Villamizar H., D. (2017). *Las guerrillas en Colombia. Una historia desde sus orígenes hasta sus confines*. Penguin Random House. Colección Debate.