

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Protección de niños, niñas y adolescentes en Ecuador frente
al reclutamiento: análisis jurídico bajo supuesto de Conflicto
Armado no Internacional**

Ana Julia Viteri Benalcázar

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Ana Julia Viteri Benalcázar

Código: 00320851

Cédula de identidad: 1720805223

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN ECUADOR FRENTE AL RECLUTAMIENTO:

ANÁLISIS JURÍDICO BAJO SUPUESTO DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL.¹

PROTECTION CHILDREN AND ADOLESCENTS IN ECUADOR AGAINST RECRUITMENT: LEGAL ANALYSIS IN A HYPOTHETICAL NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICT.

Ana Julia Viteri²
anaviteri25@gmail.com

RESUMEN

El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados ha incrementado en los últimos años. El interés de los Estados para adecuar su normativa y que los grupos armados se adhieran a las normas para la protección de este grupo en situación de vulnerabilidad es un desafío para el Derecho Internacional Humanitario. Este estudio analiza la situación actual de violencia que vive el Ecuador, el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por grupos de crimen organizado y el cumplimiento de la obligación del Estado de garantizar sus derechos desde un enfoque integral, bajo un supuesto de Conflicto Armado no Internacional. A través de métodos mixtos de investigación, se busca delimitar parámetros mínimos de protección y analizar el progreso en la normativa ecuatoriana. Además, al realizar una comparación con el caso colombiano, se propondrán reformas normativas que puedan promover la protección de los niños, niñas y adolescentes.

PALABRAS CLAVE

Niños, niñas y adolescentes, Conflicto Armado no Internacional, reclutamiento, Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT

The recruitment children and adolescents by organized groups and armed forces has increased in recent years. The interest of States to adapt their legislation and ensuring that armed groups comply with the law for protecting this vulnerable group is a contemporary challenge for International Humanitarian Law. This study analyzes the current situation of violence in Ecuador, along with the recruitment of children and adolescents by criminal groups, and the State's obligation to guarantee their rights from a comprehensive approach, under a hypothetical Non-International Armed Conflict. Through mixed methods of investigation, the study aims to define minimum protection parameters and analyze the progress made in Ecuadorian legislation. Additionally, by comparing it with the Colombian case, legislative reforms will be proposed to promote the protection of children and adolescents.

KEY WORDS

Children and Adolescents, Non-International Armed Conflict, Recruitment, International Humanitarian Law.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Hugo Washington Cahueñas Muñoz.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 28 de noviembre de 2024

Fecha de publicación: 28 de noviembre de 2024

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO NORMATIVO. - 4. MARCO TEÓRICO. - 5. PROTECCIÓN DE LOS NNA EN EL MARCO DEL DIH Y EL DIDH.- 5.1 MECANISMOS DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL DIH Y EL DIDH - 6. OBLIGACIONES ESTATALES DE PREVENIR EL RECLUTAMIENTO Y ADECUAR SU NORMATIVA INTERNA. - 6.1 LA DIFERENCIA ENTRE LOS CONCEPTOS DE CONSCRIPCIÓN Y ALISTAMIENTO -. 6.2 OBLIGACIONES DE LOS GAO COMO PARTES EN UN CANI. - 6.3 DESAFÍOS Y AVANCES EN EL CUMPLIMIENTO A NIVEL GLOBAL – 7. NATURALEZA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NNA EN ECUADOR.- 6.1.1 DISPOSICIONES A NIVEL INTERNO. - 7. SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL EN EL ECUADOR - 7.2 PROTECCIÓN DE NNA ANTE EL RECLUTAMIENTO EN ECUADOR.- 7.2.1 DISPOSICIONES A NIVEL INTERNO.- 8. SITUACIÓN DE CANI EN EL ECUADOR - 8.1. DECRETOS EJECUTIVOS Y DICTÁMENES CONSTITUCIONALES. - 9.ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO.-10. SEGUIMIENTO REALIZADO POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO.-11. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción.

El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, NNA, en contexto de conflicto armado ha sido una problemática a lo largo de los años. De hecho, la protección de este grupo de atención prioritaria ha sido regularizada de forma muy reciente. Mendoza Tovar expone que los NNA fueron utilizados como soldados por en diferentes escenarios, como el ejército napoleónico, durante la Guerra Civil Estadounidense y las juventudes hitlerianas durante la última etapa de la Segunda Guerra Mundial.³ Dichos eventos fueron excepcionales, ya que se ha observado una norma no escrita contra el uso de NNA en el conflicto armado, no por razones morales, sino prácticas pues los menores de edad normalmente no son capaces de soportar las exigencias del combate.⁴

Con el auge del Derecho Internacional Humanitario, DIH, a mitades del siglo XIX, no parecía necesario prohibir el reclutamiento de menores, según el autor.⁵ Por lo tanto, se puede decir que la

³ Víctor Hugo Mendoza Tovar, “El Fenómeno del Reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes por Grupos Armados Organizados Ilegales, Caso Colombia” en *Derecho y Realidad* (Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2021), 129-130.

⁴ Víctor Hugo Mendoza Tovar, “El Fenómeno del Reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes por Grupos Armados Organizados Ilegales, Caso Colombia.”

⁵ *Ibidem*.

regulación de NNA en conflicto armado es antigua, pero su protección y regulación a nivel internacional es reciente.

Ahora, en el Ecuador el reclutamiento de NNA por parte de grupos criminales se reporta desde los años 2000; sin embargo, hoy en día el reclutamiento se ha agudizado como una consecuencia del posicionamiento del Ecuador como uno de los principales centros de tránsito de cocaína hacia mercados internacionales y al crecimiento de las bandas criminales que buscan controlar dicho mercado.⁶ Además, el conflicto armado no internacional, CANI, en Colombia se ha extendido a las fronteras de Ecuador en los últimos años, por medio del GAO Frente Oliver Sinesterra, generando confrontaciones al norte de la nación y poniendo en riesgo a los NNA situados en las zonas.⁷

De esta forma, la problemática se ha mantenido latente. A inicios del 2024 la Asamblea Nacional reconoce la situación del creciente reclutamiento de NNA por parte de grupos armados, GAO, dentro del territorio ecuatoriano, como respuesta al reconocimiento de “conflicto armado interno,” emitido en enero del mismo año por el presidente de la República⁸. Por ende, dispone que la Comisión Especializada Permanente de Protección Integral a NNA realice una revisión exhaustiva del Proyecto de Código Orgánico de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, COPINNA, con el fin de proponer medidas y políticas públicas que prevengan el reclutamiento de menores, su rehabilitación y reinserción en la sociedad.⁹ El panorama que enfrenta actualmente el Ecuador es complejo, tratándose de estructuras criminales fragmentadas con diversas fuentes de ingresos, que han dejado claro que tienen presencia más allá de los focos criminales tradicionales.¹⁰

Ahora, el reconocimiento de CANI, en el Ecuador somete el marco normativo aplicable y la protección interna de los NNA a escrutinio. En un supuesto de CANI, independientemente del número de partes en el conflicto, se debe aplicar el DIH, además de las disposiciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos, DIDH, que, en este caso, amparan a los NNA en contra de

⁶ María Fernanda Ramírez, “Crece reclutamiento infantil entre disputas por control del narcotráfico en Ecuador” en *Insight Crime* (Colombia: Insight Crime - Investigation and Analysis of Organized Crime, 2023).

⁷ Camila Cruz García, “Situación de violencia armada en la frontera norte de Ecuador: Escenario de extraterritorialidad del conflicto armado no internacional colombiano”, *Revista de investigación académica y educación ITSCRE* Vol. 3 Nro. 1, (Quito: Instituto Superior Tecnológico de la Cruz Roja Ecuatoriana, 2019), 54.

⁸ Decreto Ejecutivo 111, Presidencia de la República [Por medio del cual se declara estado de excepción con base en la causal de conflicto armado interno], Registro Oficial del 9 de enero del 2024.

⁹ Resolución RL-2023-2025-028, Pleno de la Asamblea Nacional, 23 de abril de 2024.

¹⁰ Anastasia Austin, “Ecuador enfrenta una tarea complicada en su guerra contra las pandillas” en *Insight Crime* (Colombia: Insight Crime – Investigation and Analysis of Organized Crime, 2024).

posibles violaciones a las que son susceptibles en contexto de conflicto armado. Cabe observar que, respecto a dicho reconocimiento, la Corte Constitucional, CC, ha determinado que el presidente no ha justificado la existencia fáctica de un CANI.¹¹

No obstante, los Estados tienen una obligación de adecuar su normativa interna de conformidad con las disposiciones de DIH, y tomar las medidas respectivas para evitar el reclutamiento de NNA, incluso fuera de un contexto de un conflicto.¹² La presente investigación no se centrará en la calificación de un CANI, pero se concentrará en el análisis jurídico de los derechos y protección de NNA frente al reclutamiento en un supuesto de CANI.

En consecuencia, la pregunta de investigación se encamina a determinar cómo el Estado del Ecuador cumple con la obligación de prevenir y proteger a los NNA en contra del reclutamiento, dentro del marco del DIH y bajo un supuesto de CANI. El análisis se realizará a partir de un enfoque cualitativo, donde se contextualizará el rol de los Estados en su protección de los NNA dentro de dicho supuesto y la incorporación del DIH al marco normativo ecuatoriano.

La presente investigación se realizará en diferentes secciones. Primero, se delimitará la protección de los NNA en el marco del DIH y el DIDH frente al reclutamiento. Segundo, se expondrán las obligaciones del Estado y los GAO. Tercero, se delimitará la normativa ecuatoriana a la luz del principio del interés superior del niño. Finalmente, se abordarán los decretos ejecutivos emitidos en respuesta al reconocimiento de CANI junto con disposiciones emitidas por la CC y una breve comparación con el caso colombiano.

2. Estado del Arte.

El presente apartado tiene como objetivo delimitar la literatura referente a la reclutación de NNA en el contexto de conflicto armado. En primer lugar, Ochoa Escobar *et. al.*, explican el concepto del interés superior de los NNA de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, considerando a este derecho como un objetivo prioritario, cuyo cumplimiento legítimo debe ser verificado en toda medida que se adopte en torno a la situación de los NNA.¹³

¹¹ Dictamen 1-24-EE/24, Corte Constitucional, del 29 de febrero de 2024, Voto Concurrente, párr. 59.

¹² Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, Nueva York, 25 de mayo de 2000, ratificado por Ecuador el 7 de enero de 2004.

¹³ Laura Ochoa Esobar, *et. al.*, “Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador” en *Revista Conrado vol.17(83)* (Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2021), 422-429.

De la misma forma, Montecé Giler desarrolla el interés superior del niño en el contexto de Ecuador desde una perspectiva constitucional, determinando que el interés superior de los NNA es un principio garantista.¹⁴ Dado que el ámbito de la investigación se enfoca en la protección de los NNA en el contexto de CANI en Ecuador, los artículos académicos mencionados permiten establecer parámetros mínimos: el desarrollo integral y el interés superior del menor.

En la misma línea, Farith Simon analiza la protección especial de los NNA a la luz de las provisiones en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, y la CDN junto con su Protocolo Facultativo.¹⁵ Asimismo, Melzer explica que los NNA son el grupo más vulnerable de cualquier población afectada.¹⁶ Menciona también que los NNA, como combatientes o como civiles que participan directamente en las hostilidades, se pueden convertir en objetivos militares legítimos, por lo cual es necesario instar a las partes beligerantes a respetar y proteger a los menores de 15 años de dichos riesgos.¹⁷

La anterior es una preocupación compartida por la autora Elizabeth Salmón, quien ahonda en la protección que otorga el DIH a los NNA en contextos de conflicto armado, diferenciándose en tres niveles: por un lado, los NNA deben beneficiarse de la protección general estipulada en favor de los civiles; en segundo lugar, los NNA gozan de una protección especial que no pierden incluso cuando participen en las hostilidades; y por último, las normas que limitan la participación activa de los NNA.¹⁸

Es importante tener en cuenta las obras de Melzer y Salmón a lo largo de la presente investigación, ya que analizan las prohibiciones y protecciones que el DIH, a nivel general, otorga a los NNA en contexto de conflicto armado. Además, la disyuntiva entre las interpretaciones de los autores respecto a la pérdida de protección al participar activamente en el conflicto armado aportará para el análisis.

¹⁴ Alejandro Montecé Giler, “Aplicación del principio de interés superior del niño. Caso de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas,” en *Programa de Maestría de Derecho Constitucional* (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017).

¹⁵ Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales* Tomo II (Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2008).

¹⁶ Nils Melzer, “Civiles en Territorios Controlados por el Enemigo. Protección General de Civiles en Poder del Enemigo” en *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2022), 247-249.

¹⁷ Nils Melzer, “Civiles en Territorios Controlados por el Enemigo. Protección General de Civiles en Poder del Enemigo.”

¹⁸ Elizabeth Salmón, “El Conflicto Armado Internacional” en *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 106-107.

Ahora bien, cabe notar que, a lo largo de la presente investigación se hará referencia a autores colombianos que han desarrollado la temática a más profundidad, dada la situación de CANI que enfrentan.¹⁹ De esta forma, Ramírez Barbosa analiza el consentimiento que los NNA son incapaces de dar para participar en el conflicto armado, la normativa aplicable en Colombia, la realidad que subyace en el reclutamiento de NNA y los obstáculos para sancionar a los implicados.²⁰ Se empleará el artículo mencionado con el fin de contrastar la situación que actualmente se vive en Ecuador con el caso colombiano.

A pesar de la protección a nivel internacional actual, el autor colombiano César Alfonso expone que el delito del reclutamiento de menores es difícilmente castigado y comúnmente permanece en la impunidad, suponiendo una necesidad urgente de consolidar una estrategia interinstitucional eficaz en su detección, investigación, prueba y sanción.²¹ Su aporte resulta importante para desarrollar posibles propuestas de reformas a normativa ecuatoriana, tomando en cuenta los obstáculos que describe el autor.

3. Marco Normativo.

Esta sección enuncia la legislación y jurisprudencia en lo referente a las prohibiciones y protecciones de los NNA en contextos de conflicto armado. Se examina la regulación a nivel internacional, desde un enfoque integral.

El régimen del DIH regula los conflictos armados mediante una serie de normas universalmente aceptadas que persiguen fines esenciales, entre ellos, la protección de personas que no participan activamente dentro de las hostilidades, así como la protección de los grupos en situación de vulnerabilidad. De esta forma, se analizarán las disposiciones en el Protocolo Adicional II, PA II, para situaciones de CANI.²²

¹⁹ Paula Andrea Ramírez Barbosa, “El reclutamiento de Menores en el Conflicto Armado Colombiano. Aproximación al Crimen de Guerra” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.90, vol XXXI, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 115-136.

²⁰ Paula Andrea Ramírez Barbosa, “El reclutamiento de Menores en el Conflicto Armado Colombiano. Aproximación al Crimen de Guerra.”

²¹ César Alfonso, “El Crimen de Reclutamiento y Utilización de Niños Soldados en el Primer Fallo de la Corte Penal Internacional” en *Grupo Latinoamericano de Estudios sobre el Derecho Penal Internacional*, (Colombia: Fundación Konrad Adenaur, 2014), 158-165.

²² Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, [PA II], Ginebra, 7 de diciembre de 1978, Ratificado por el Ecuador el 10 de abril de 1979.

Para complementar dicha protección, existen normas consuetudinarias²³, que son obligatorias en su cumplimiento.²⁴ El DIHC regula tanto los CAI como los CANI y su relevancia se ve anclada al hecho de que las normas básicas del DIH, de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), son parte del *ius cogens*.²⁵

En ese sentido, se analizarán específicamente las normas 120, 135, 136 y 137 del DIHC, que establecen la protección especial de los NNA, las condiciones en las que deben estar cuando son detenidos, la prohibición de su reclutamiento por parte de las fuerzas armadas, FFAA, y los GAO, y la prohibición de participación en las hostilidades.²⁶

Asimismo, se aplicará la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, que solicita que los Estados parte tomen todos los mecanismos posibles para asegurar que la persona que no ha cumplido los quince años de edad no participe directamente en las hostilidades.²⁷ Además, se revisará el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, Protocolo Facultativo, el cual requiere que los Estados Parte se aseguren que los GAO no recluten, bajo ninguna circunstancia, a personas menores de los 18 años de edad.²⁸

En cuanto a la normativa nacional, existen protecciones a nivel constitucional, que establecen que los niños son un grupo de atención prioritaria y al Estado como obligado a promover su desarrollo integral y atender sus derechos.²⁹ Adicionalmente, la Constitución del Ecuador, CRE, en su artículo 161 prohíbe toda forma de reclutamiento forzoso, de forma general, la cual será analizada junto con las disposiciones de DIH.

De forma más específica, el Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, prohíbe en su artículo 57 el reclutamiento de NNA y su participación directa, ya sea en un contexto de CAI o CANI.³⁰ Asimismo, el artículo 127 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, prohíbe el

²³ Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario [DIHC].

²⁴ Normas 135-137, DIHC.

²⁵ Comisión de Derecho Internacional, CDI, "Capítulo V - Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)" (Nueva York: Naciones Unidas, 2019).

²⁶ Normas 120, 135-137, DIHC.

²⁷ Convención sobre los Derechos del Niño [CDN], Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 21 de marzo de 1990.

²⁸ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Nueva York, 25 de mayo de 2000, ratificado por Ecuador el 7 de enero de 2004.

²⁹ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

³⁰ Artículo 57, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], R.O. No. 737 de 3 de enero de 2003, reformado por última vez Suplemento R.O. No. 279 de 29 de marzo de 2023.

alistamiento de NNA en las FFAA o GAO, ya sea en contexto de conflicto armado o independientemente del mismo.³¹

Junto con las disposiciones mencionadas, se examinará la sentencia Subcaso Casanare 055 emitida por la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.³² Dicha sentencia analiza la utilización de NNA en el CANI colombiano como un crimen de guerra desde una perspectiva internacional a la luz de las prohibiciones de derecho interno.

Por último, se analizarán los Decretos Ejecutivos por medio de los cuales se reconoce la existencia de CANI, siendo esenciales para determinar el ámbito de protección de los NNA y la aplicación de disposiciones del DIH en el supuesto de un CANI.³³ Junto con los decretos, se considerarán las sentencias emitidas por la CC, que realizan un control constitucional de los estados de excepción planteados en dichos decretos ejecutivos.

4. Marco Teórico.

La problemática de la utilización, alistamiento y reclutamiento de los NNA en contexto de conflicto armado se ha ahondado conforme se han desarrollado diversos conflictos alrededor del mundo. Especialmente, en el supuesto de CANI, es un obstáculo hacer cumplir con las disposiciones del DIH a los GAO.

Por un lado, la autora Salmón explica que, junto con la adopción del Protocolo Facultativo, la edad mínima para el reclutamiento forzoso de NNA en las FFAA se ha elevado a los 18 años, pero queda abierta la posibilidad de participación indirecta y el alistamiento voluntario para menores de 18 años y mayores de 15 años.³⁴ Esta teoría busca una interpretación integral de la normativa del DIH junto con el Protocolo Facultativo, con el fin de conjugar ambas disposiciones.

Ahora, el autor Melzer sostiene que los NNA que son reclutados en las FFAA o los GAO están expuestos a situaciones de violencia y otros peligros del conflicto.³⁵ Sin embargo, explica

³¹ Artículo 127. Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.S. 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. Suplemento 279 de 29 de marzo de 2023.

³² Subcaso Casanare 055, Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, 14 de julio de 2022, párr. 578.

³³ Decretos Ejecutivos 110 y 111, Presidencia de la República [Por medio del cual se declara estado de excepción con base en la causal de grave conmoción interna, siendo el segundo en el cual se declara estado de excepción bajo la causal de conflicto armado interno], Registro Oficial del 8 y 9 de enero del 2024.

³⁴ Elizabeth Salmón, “El Conflicto Armado Internacional.”

³⁵ Nils Melzer, “Civiles en Territorios Controlados por el Enemigo. Protección General de Civiles en Poder del Enemigo.”

que, al participar directamente en las hostilidades, pueden convertirse en objetivos militares legítimos, perdiendo su protección especial.³⁶ Por lo tanto, dicha teoría propone una interpretación literal de las normas de DIH, sin tomar en consideración las normas del DIDH que protegen a los NNA.

Por último, Alfonso considera que la participación activa no abarca sólo las actividades de combate propiamente, sino también otras incluyendo roles de apoyo, quedando excluidas aquellas que claramente no están relacionadas con la conducción de hostilidades.³⁷ De esta forma, debería considerarse participación en las hostilidades toda actividad, directa o indirecta, que exponga a los NNA a los riesgos de los conflictos armados, incluyendo aquellos peligros que originan en el seno de los propios GAO.³⁸

Por ende, se puede decir que Alfonso complementa las teorías sostenidas por Melzer y Salmón, adoptando una postura enfocada en la protección integral de los NNA en contextos de conflicto armado, reconociendo las afectaciones que pueden sufrir al estar involucrados en las hostilidades. La presente investigación se realizará con base en esta teoría.

5. Protección de los NNA en el marco del DIH y del DDHH: Una mirada conjunta

Como se ha mencionado anteriormente, el DIH y el DIDH son regímenes no excluyentes que buscan la protección de los derechos de una forma integral, la diferencia radica en que las disposiciones del DIH entran en vigor al momento en que surge un CAI o un CANI.³⁹ La existencia de un conflicto armado no resta validez a la normativa que compone al DIDH, por lo que sus disposiciones continúan plenamente vigentes.

Ahora, la relación entre ambas ramas del derecho internacional público es compleja, a tal punto que ha sido denominada por la CDI como un “hoyo negro legal.”⁴⁰ De esta concepción radica la importancia de esclarecer la interacción entre ambas ramas.

³⁶ Nils Melzer, “Civiles en Territorios Controlados por el Enemigo. Protección General de Civiles en Poder del Enemigo.”

³⁷ César Alfonso, “El Crimen de Reclutamiento y Utilización de Niños Soldados en el Primer Fallo de la Corte Penal Internacional.”

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Hugo Cahueñas et. Juan Felipe Idrovo Romo, “La Protección Integral en la Relación DIH-DIDH - Una propuesta para futuras investigaciones” en *Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos* (16) (Quito: Universidad de las Américas, 2021), 45-60.

⁴⁰ Hugo Cahueñas et. Juan Felipe Idrovo Romo, “La Protección Integral en la Relación DIH-DIDH - Una propuesta para futuras investigaciones.”

Ante este tema, se puede observar una disyuntiva en cuanto a los criterios de diferentes cortes a nivel internacional. Primero, la Corte Internacional de Justicia, CIJ, ha expresado de forma recurrente la aplicabilidad del DIDH en contextos de conflicto armado, pero no ha sido constante en su análisis la aplicación del principio de *lex specialis* como herramienta de interpretación para guiar la interacción entre el DIH y el DIDH.⁴¹ Asimismo, en el caso Fiscal c. Bosco Ntaganda, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, CPI, interpreta el DIH y el DIDH a la luz de la CDN con el fin de otorgar la mayor protección posible a los NNA menores de 15 años. La misma establece que éstos continúan disfrutando de la protección del DIH frente a actos de violación y esclavitud sexual, pero pierden dicha protección cuando participan directamente en las hostilidades.⁴²

Ahora, las amenazas y desafíos que enfrenta la humanidad el día de hoy requieren una aproximación diferente que otorgue una protección integral a quienes se encuentran en situaciones vulnerables. Así, se plantea, en el marco de casos concretos en contextos de conflicto armado, que el DIH y el DIDH se apliquen de forma simultánea en favor de la protección de las personas de forma exhaustiva, tomando en cuenta todas las normas relevantes para dicho caso concreto, en ambos regímenes.⁴³ Por lo tanto, cuando se trata de reclutamiento de NNA en contextos de CANI, se debe ampliar su protección conjugando ambas ramas con el fin de ofrecer una protección integral.

Con base en el enfoque mencionado, la normativa aplicable respecto al reclutamiento de NNA y su participación en las hostilidades en contexto de conflicto armado está regulada, en el ámbito del DIH, en el artículo 4.3 (c) del PA II, las normas de DIHC 135, 136 y 137. Además, está regulado por la CDN y su Protocolo Facultativo en cuanto a las normas de DIDH. Por lo tanto, éstas se deben interpretar de forma conjunta y simultánea, en lugar de aisladamente con el fin de garantizar y proteger los derechos de los NNA de forma adecuada.

5.1 Mecanismos de Monitoreo e Implementación del DIH y el DIDH

Cabe mencionar que existen mecanismos de monitoreo del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los Convenios pertinentes por parte de los Estados y las partes en los conflictos armados. Por ejemplo, organismos como el Comité de los Derechos del Niño, el Consejo

⁴¹ Hugo Cahueñas et. Juan Felipe Idrovo Romo, “La Protección Integral en la Relación DIH-DIDH - Una propuesta para futuras investigaciones.”

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

de Seguridad de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aseguran que se cumpla la normativa en los tratados internacionales de DIDH y registran el avance en la ratificación por parte de los Estados. En ese sentido, el Consejo de Seguridad reafirmó la necesidad de que los Estados parte cumplan las obligaciones contraídas en virtud de la CDN y su Protocolo Facultativo, a fin de frenar el reclutamiento por parte de los grupos armados.⁴⁴

Asimismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, es un organismo internacional que se encarga de la promoción y difusión del DIH, además de colaborar con asistencia humanitaria. En su reporte del 2024, señala su preocupación por los NNA que han sido separados de sus familias en contextos de conflicto armado, ya que de esa manera son expuestos a vulneraciones de sus derechos y al riesgo de ser reclutados.⁴⁵

Como un mecanismo judicial, la CPI persigue a individuos que presuntamente hayan cometido uno de los cuatro crímenes bajo su jurisdicción, de los cuáles únicamente el crimen de guerra exige que se lleve a cabo en un contexto de conflicto armado.⁴⁶ Indistintamente, es posible que el resto de los crímenes bajo la jurisdicción de la CPI se cometan en un contexto de conflicto armado, constituyendo un mecanismo de vigilancia del cumplimiento del DIH.

Ahora, existe la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta⁴⁷, IHFFC, un órgano permanente para la implementación del DIH establecido en el artículo 90 del PA I⁴⁸. Éste se encarga de facilitar, por medio de buenas prácticas, la restauración de una actitud de respeto por las Convenciones y sus Protocolos.⁴⁹ A pesar de que su regulación aplica principalmente en contextos de CAI, su actuación no se limita a dichas situaciones.

El IHFFC ha anunciado que puede investigar violaciones del DIH cometidas en contextos de CANI, particularmente aquellas enumeradas en el Artículo 3 común, siempre y cuando las partes beligerantes estén de acuerdo.⁵⁰ La codificación del delito de crimen de guerra por el

⁴⁴ Resolución 1820 del Consejo de Seguridad de la ONU, 2008.

⁴⁵ International Committee of the Red Cross, “Separated family members, missing people and the dead, and their families” en *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts* (Ginebra: 34th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2024), 20-27.

⁴⁶ Artículo 8, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, ratificado por el Ecuador el 25 de noviembre de 2005.

⁴⁷ Conocido como International Humanitarian Fact-Finding Commission, IHFFC.

⁴⁸ Artículo 90.2 (c) (ii) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, [PA I], Ginebra, 08 de junio de 1977, Ratificado por el Ecuador el 8 de junio de 1977.

⁴⁹ Artículo 90.2.c.ii, PA I.

⁵⁰ Alagbe Mérick Freedy, “What role for the International Humanitarian Fact-Finding Commission?”, en *Politique Étrangère*, (Geneva: Médecins Sans Frontiers, 2020).

Estatuto de Roma apoya el mandato del IHFFC para indagar sobre las violaciones del DIH cometidas en ambos tipos de conflicto armado. De esta forma, se evidencia a nivel global una preocupación constante respecto al reclutamiento de NNA y su participación en las hostilidades,

6. Obligaciones Estatales de Prevenir el Reclutamiento y Adecuar su Normativa

Los Estados, bajo el marco del DIH y el DIDH, tienen la obligación de cumplir las disposiciones de las Convenciones de Ginebra, sus protocolos adicionales y de las Convenciones de DIDH que hayan ratificado. En este caso, específicamente la CDN y su Protocolo Facultativo.

En primer lugar, el DIHC establece la prohibición general para las FFAA y los GAO en contra del reclutamiento de NNA y su participación en las hostilidades.⁵¹ Con el fin de clarificar la interpretación de dichas disposiciones, el artículo 4 del PA II establece que los NNA menores de 15 años no deberán ser reclutados ni participar en las hostilidades.⁵²

Ahora, la CDN dispone en su artículo 38 que los Estados deben adoptar todas las medidas posibles para asegurar que los NNA menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades y que éstos deben abstenerse de reclutar en las FFAA a los NNA que no hayan cumplido la edad señalada.⁵³ En la disposición mencionada se permite a los Estados reclutar a NNA mayores de 15 años, pero se indica dar prioridad a los de más edad.⁵⁴

Con el fin de ampliar la protección de los NNA en contexto de conflicto armado, reconociendo su vulnerabilidad, el Protocolo Facultativo dictamina que los Estados velen por que no se reclute de forma obligatoria a las FFAA a ningún NNA, independientemente de su edad.⁵⁵ Además, establece que los Estados deben elevar la edad mínima para el reclutamiento voluntario, reconociendo la protección especial que tienen los NNA.

Resulta interesante que el Protocolo en cuestión permite el alistamiento voluntario de NNA a las FFAA, pero con medidas que garanticen mínimos, entre ellos: que el reclutamiento sea auténticamente voluntario; se realice con el consentimiento informado de sus representantes

⁵¹ Normas 136 -137, DIHC.

⁵² Artículo 4 (3)(c), PA I.

⁵³ Artículo 38, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

⁵⁴ Artículo 38, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

⁵⁵ Artículo 2, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

legales; los NNA estén plenamente informados de los deberes que supone el servicio militar; y, que presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar.⁵⁶

De esta forma, el Protocolo Facultativo prohíbe completamente el reclutamiento y el uso en las hostilidades de NNA por parte de GAO distintos de las FFAA.⁵⁷ Consecuentemente, se delimita que las disposiciones de DIH y DIDH buscan proteger a los NNA por medio de “salvaguardias” que establecen mínimos para los Estados Parte, además de los GAO en un conflicto.⁵⁸

Cabe recalcar que las obligaciones en los instrumentos mencionados de DIDH no se deben cumplir únicamente en el contexto de un conflicto armado, sino de forma preventiva a éste también. Con el fin de proteger a los NNA que se encuentran en riesgo de ser reclutados y a aquellos que están siendo reclutados, los Estados deben cumplir con la normativa vigente a nivel internacional, además de adecuar su normativa interna correspondientemente.

6.1 La Diferencia entre los Conceptos de Conscripción y Alistamiento

Como fue mencionado anteriormente, el Protocolo Facultativo marca una diferencia entre el reclutamiento y el alistamiento, permitiendo el alistamiento voluntario de NNA en las FFAA, siempre y cuando se reconozca su protección especial y concuerde con las normas de DIH.⁵⁹ Por ende, los Estados tienen la posibilidad de alistar de forma voluntaria a NNA mayores de 15 años.

La CPI en el caso Fiscal c. Thomas Lubanga, explica esta diferencia, manteniendo que “conscripción” y “alistamiento” son dos formas de reclutamiento, refiriéndose la primera al reclutamiento forzoso y la segunda al reclutamiento voluntario.⁶⁰ Así, cuando se habla de alistamiento, es un acto voluntario, mientras que la conscripción es reclutamiento forzoso, tomando en cuenta que el consentimiento de un NNA menor a 15 años no constituye una defensa válida para el reclutador. Por lo tanto, los mínimos que plantea el Protocolo Facultativo resultan fundamentales con el fin de que los Estados cumplan sus obligaciones en su totalidad, en cuanto

⁵⁶ Artículo 3, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

⁵⁷ Artículo 4, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

⁵⁸ Farith Simon, “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados” en *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I (Quito: Cevallos Librería Jurídica, 2008), 81-83.

⁵⁹ Norma 136, DIHC.

⁶⁰ Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, International Criminal Court, Decision on Confirmation of Charges, 29 January 2007, parr. 246.

éstos deben asegurarse de que los NNA siendo alistados confirmen su edad por medios fidedignos, entiendan a cabalidad sus deberes como parte de las FFAA y sus representantes legales concuerden.⁶¹

De esta forma, la autora Ramírez Barbosa clasifica al reclutamiento en tres modalidades: voluntario, forzoso y obligatorio. A pesar de ello, toda forma de reclutamiento de NNA, excluye la posibilidad de justificación o exculpación de la conducta criminal del reclutador, simplemente porque el consentimiento del NNA es nulo y carece de validez.⁶² Además, resulta importante tomar en cuenta que, debido a la inmadurez del NNA, éste se puede encontrar influenciado por opiniones y situaciones externas, el contexto general de violencia e incluso promesas de un futuro y una vida mejor, sugiriendo que la manifestación de su voluntad se encuentre viciada.⁶³

En la misma línea, el Protocolo Facultativo permite un alistamiento voluntario para los NNA mayores de 15 años en las FFAA, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la norma, pero niega de forma reiterada la posibilidad de su alistamiento en los GAO. Esto se debe en atención al hecho del ambiente sostenido de violencia que se propaga en dichos grupos, lo cual vulnera sus derechos fundamentales, muchas veces obligándolos a participar de ejecuciones sumarias, torturas, asesinatos y secuestros.⁶⁴ Los NNA, igualmente, suelen ser víctimas de violencia sexual, que muchas veces es pasada por alto por las autoridades estatales.⁶⁵

6.2 Obligaciones de los GAO como Partes en un CANI

Ahora, resulta un desafío garantizar el acatamiento de las disposiciones del DIH por parte de los GAO como partes en un CANI ya que, al no ser sujetos plenos del derecho internacional público, éstos no ratifican los Convenios respectivos. A pesar de que la falta de conocimiento de la ley no exime a los GAO de cumplirla, es un obstáculo para los Estados establecer medidas para incentivar su acatamiento. Cabe recalcar que, mientras los Convenios de Ginebra en el artículo 3 común establecen obligaciones para todas las partes involucradas en un CANI, incluyendo a los

⁶¹ Artículo 3, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

⁶² Paula Andrea Ramírez Barbosa, “El reclutamiento de Menores en el Conflicto Armado Colombiano. Aproximación al Crimen de Guerra.”

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

GAO;⁶⁶ el cumplimiento de disposiciones del DIDH dependen de la adecuación de la normativa interna, siendo entonces una obligación estatal.

Consecuentemente, la falta de cumplimiento por parte de los GAO y a pesar de las prohibiciones legales de la participación de los NNA en las hostilidades a nivel internacional, regional y doméstico; los NNA continúan siendo utilizados de diferentes formas durante el conflicto armado.⁶⁷ Además, permanece un reto generar respeto por el derecho internacional, aún frente a los mecanismos e instrumentos legales.⁶⁸

Ahora, la CPI, bajo su Estatuto, tiene la potestad para perseguir a individuos que configuren uno o más de los crímenes bajo su jurisdicción. De esta forma, si un grupo de individuos que son parte de un GAO reclutan o alistan a NNA menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, cometerían un crimen de guerra.⁶⁹ Sin embargo, los Estados tienen la ulterior obligación de adecuar su normativa y proponer políticas públicas para garantizar el cumplimiento de disposiciones del DIDH por parte de los individuos en su territorio.

En la misma línea, es pertinente mencionar que los Estados podrían incurrir en responsabilidad internacional al no garantizar adecuadamente que los GAO respeten los derechos de los NNA. El Estado es quien responde por los hechos ocurridos a los individuos que hacen parte de su territorio, y por las acciones u omisiones que generen un hecho internacionalmente ilícito dentro de su territorio.⁷⁰

A modo de ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, CDHNU, observó en el 2004 que los GAO cometieron la mayoría de las violaciones contra el DIH y otros actos delictivos en Colombia, en el contexto de CANI.⁷¹ La CDHNU condenó el hecho de que ningún GAO involucrado respetó los principios del DIH⁷², constituyendo un hecho atribuible

⁶⁶ Convenios de Ginebra de 1949, Artículo 3 común, 12 de agosto de 1949, ratificado por el Ecuador el 11 de agosto de 1954.

⁶⁷ Ellen Policinski *et Krotiuk Kvitoslava*, “Childhood in the Crossfire: How to Ensure a Dignified Present and Future for Children Affected by War” en *International Review of the Red Cross*, (England: Cambridge University Press, 2019), 425-435.

⁶⁸ Pascal Bongard *et Ezequiel Heffes*, “Engaging Non-State Actors on the Prohibition of Recruiting and Using Children in Hostilities: Some Reflections from Geneva Call’s Experience” en *International Review of the Red Cross*, (England: Cambridge University Press, 2019), 606-621.

⁶⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, ratificado por el Ecuador el 25 de noviembre de 2005.

⁷⁰ Yanitza Giraldo Restrepo, “Violación del Derecho Internacional Humanitario por Parte del Estado Colombiano” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008), 223-253.

⁷¹ Yanitza Giraldo Restrepo, “Violación del Derecho Internacional Humanitario por Parte del Estado Colombiano.”

⁷² *Ibidem*.

al Estado colombiano, sin perjuicio de que se pueda perseguir por responsabilidad penal internacional a individuos que hayan incurrido en uno de los delitos establecidos bajo la jurisdicción de la CPI.

Ahora, la responsabilidad internacional del Estado por su tolerancia, complicidad o aquiescencia se puede configurar por medio de agentes estatales o particulares que creen, mantengan o favorezcan situaciones violatorias de derechos humanos.⁷³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, establece que el Estado estaría incumpliendo con sus obligaciones internacionales, de carácter erga omnes, de asegurar la efectividad de los derechos humanos en las relaciones interindividuales.⁷⁴

La determinación de tolerancia, complicidad o aquiescencia se da en la medida en que los actos cometidos por los particulares no pueden ser caracterizados como meros hechos dentro de su esfera privada por estar vinculados con conductas activas y omisivas de agentes estatales, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado.⁷⁵

Así, se demuestra que mientras los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por violaciones al DIH y DIDH cometidas por individuos en su territorio o nacionales, los GAO que participan en un CANI también pueden incurrir en responsabilidad penal internacional por violaciones al DIH.

6.3 Desafíos y Avances en el Cumplimiento a Nivel Global

A pesar de que varios GAO han demostrado respeto se han obligado a las normas de DIH, todavía existe un amplio porcentaje que no.⁷⁶ Un avance importante es el Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict, un documento que constituye una iniciativa sin carácter jurídico propuesta por la organización no gubernamental, ONG, Geneva Call en el año 2010. Al firmar este documento, los GAO se comprometen a prohibir el uso de NNA en las hostilidades, asegurándose que ningún NNA sea reclutado a sus filas y a no convencerlos a

⁷³ Felipe Medina Ardila, “La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano” en *Debate Interamericano*, vol. I (Colombia: Biblioteca Corte IDH, 2009), 83-122.

⁷⁴ Felipe Medina Ardila, “La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano.”

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Pascal Bongard *et* Ezequiel Heffes, “Engaging Non-State Actors on the Prohibition of Recruiting and Using Children in Hostilities: Some Reflections from Geneva Call’s Experience.”

asociarse o mantenerse asociados con ellos.⁷⁷ El documento define a los NNA como la persona menor a los 18 años de edad y en el caso de que haya duda, él o ella será tratado como un NNA.⁷⁸

Los GAO que hayan firmado el documento mencionado también se obligan a proteger a los NNA viviendo en áreas bajo el control y el efecto de sus operaciones militares, facilitando su acceso a la asistencia humanitaria y cuidados que necesiten, además de evitar utilizar escuelas para fines militares.⁷⁹ El documento descrito propone un progreso significativo en cuanto a la obligación de los GAO respecto a la protección de los NNA que sean afectados por su presencia y por un contexto de CANI, buscando el cumplimiento de medidas efectivas que prevengan el uso e involucramiento de los NNA en el conflicto armado.

Aunque el documento no genera efectos jurídicos para las partes, permite que la ONG Geneva Call, junto con otras organizaciones asociadas publiquen el cumplimiento o no del mismo, ejerciendo presión por parte de la comunidad internacional para que los GAO's cumplan con su compromiso.⁸⁰ Además, permite a Geneva Call monitorear su cumplimiento por medio de visitas e inspecciones y reportarlas en informes.⁸¹

Un ejemplo de la efectividad del documento y del progreso mundial en la protección de los NNA frente a los GAO es el caso de Myanmar, Estado que ha sido clasificado como uno de los que tienen el mayor número de niños soldados, junto con el Congo, Ruanda y Colombia.⁸² De acuerdo con Geneva Call, Myanmar ha sido uno de los países con más necesidad de asistencia humanitaria y protección de grupos en situación de vulnerabilidad.⁸³ El GAO étnico Shan State Army-South (SSA-S), también conocido por las siglas RCSS, se comprometió a adherirse a la prohibición total en el uso de NNA en conflicto armado y prevenir su participación en las

⁷⁷ Pascal Bongard *et* Ezequiel Heffes, “Engaging Non-State Actors on the Prohibition of Recruiting and Using Children in Hostilities: Some Reflections from Geneva Call’s Experience.”

⁷⁸ Geneva Call, Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict.

⁷⁹ Pascal Bongard *et* Ezequiel Heffes, “Engaging Non-State Actors on the Prohibition of Recruiting and Using Children in Hostilities: Some Reflections from Geneva Call’s Experience.”

⁸⁰ Geneva Call, “Protecting children in armed conflict in Myanmar – The Restoration Council of Shan State (RCSS) reaffirms its signature of Geneva Call’s Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict” en *Geneva Call News* (Geneva: 2023).

⁸¹ Geneva Call, “Protecting children in armed conflict in Myanmar – The Restoration Council of Shan State (RCSS) reaffirms its signature of Geneva Call’s Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict.”

⁸² Paula Andrea Ramírez Barbosa, “El reclutamiento de Menores en el Conflicto Armado Colombiano. Aproximación al Crimen de Guerra.”

⁸³ Geneva Call, “Protecting children in armed conflict in Myanmar – The Restoration Council of Shan State (RCSS) reaffirms its signature of Geneva Call’s Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict.”

hostilidades mediante la firma del Deed of Commitment en el 2023. Además, se obliga a proveer a los NNA con comida, educación, servicios salubres y actividades de ocio en conjunto con otras organizaciones, en las zonas en las que ejerce autoridad.⁸⁴

Finalmente, el RCSS se obligó a proteger a los NNA en contra del abuso sexual y otras formas de violencia.⁸⁵ Cabe mencionar que la firma del Deed of Commitment incluye un plan de monitoreo e implementación en conjunto con la organización Geneva Call, bajo el cual se asegurará que los GAO consten con el conocimiento y los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones.⁸⁶ Dicho esto, el documento demuestra la posibilidad de involucrar a los GAO a comprometerse no solamente a proteger a los NNA, sino a garantizar y promover sus derechos, incluso en contextos de conflicto armado.

7. Naturaleza del Principio del Interés Superior de los NNA en Ecuador y el Derecho al Desarrollo Integral, en Conexión con su Protección Otorgada por el DIH

Los cuatro principios básicos de la CDN incluyen la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por las opiniones del niño.⁸⁷ De esta forma, al asumir las obligaciones de la Convención, los Estados se comprometen a proteger y garantizar los derechos de los NNA y a responsabilizarse ante la comunidad internacional.⁸⁸ Por ende, el Estado del Ecuador está obligado a velar por el cumplimiento de los estándares y precedentes que respalden los derechos de los NNA. Además, de acuerdo con su Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, siendo así de aplicación directa e inmediata.⁸⁹

Asimismo, uno de los principios más importantes del derecho internacional es el principio del interés superior del niño, establecido en el artículo 3 de la CDN.⁹⁰ El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de

⁸⁴ Geneva Call, “Protecting children in armed conflict in Myanmar – The Restoration Council of Shan State (RCSS) reaffirms its signature of Geneva Call’s Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict.”

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Geneva Call, “Protecting children in armed conflict in Myanmar – The Restoration Council of Shan State (RCSS) reaffirms its signature of Geneva Call’s Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict.”

⁸⁷ UNICEF, “Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño de relevancia constitucional,” en *Documento de Trabajo*.

⁸⁸ Martín, 2010; González, et al., 2016 en Interés Superior de los Niños Niñas y Adolescentes en Ecuador.

⁸⁹ Artículos 424 y 426, CRE.

⁹⁰ Laura Ochoa Escobar, *et. al.*, “Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador.”

los NNA, e impone a todas la autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.⁹¹ De esta forma, el principio en cuestión trasciende los ámbitos legislativos y judiciales y se extiende a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño.⁹² Sobre la base de este principio, el legislador debe elaborar las normas y los jueces deben interpretar y aplicar las normas en su función de defensa y protección.

En el caso del Ecuador, la CRE establece en su artículo 44 el principio del interés superior del NNA, que otorga la obligación de atender los derechos de los NNA por encima del derecho de otra persona o circunstancia, para lo cual el Estado debe adoptar las políticas públicas necesarias para su cumplimiento integral.⁹³ Esta doctrina está relacionada con la doctrina del desarrollo integral del NNA, siendo ambas complementarias entre sí.⁹⁴

De acuerdo con la CRE, el derecho al desarrollo integral de los menores es entendido como su proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.⁹⁵ De esta forma, el derecho al desarrollo integral y el principio del interés superior del NNA se conjugan en cuanto sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas, promoviendo su crecimiento y desenvolvimiento en un entorno saludable y garantizando sus derechos, involucrando la adopción de medidas normativas y públicas que hagan efectivos sus derechos.

Ahora, la protección que brinda el DIH a los NNA que se encuentran en contextos de conflicto armado se puede diferenciar en tres niveles: la protección general otorgada a los civiles, la protección especial que les es otorgada por su condición de vulnerabilidad, y la protección que radica en la prohibición de su participación directa en las hostilidades.⁹⁶ Las normas del DIH, en el caso de Ecuador, deben interpretarse en conjunto con el principio del interés superior del NNA y el derecho a su desarrollo integral, además de tomar en cuenta las protecciones que les garantiza el DIH.

⁹¹ Farith Simon, “Definiciones y principios de las legislaciones integrales” en *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, (Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2008), 307.

⁹² Laura Ochoa Escobar, *et. al.*, “Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador.”

⁹³ Artículo 44, CRE

⁹⁴ Laura Ochoa Esobar, *et. al.*, “Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador.”

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Elizabeth Salmón, “El Conflicto Armado Internacional.”

Sin embargo, existe polémica sobre si los NNA pierden su protección al momento de participar en las hostilidades, como es el caso de los civiles en general.⁹⁷ No obstante, a la luz del principio del interés superior del niño, su derecho al desarrollo integral, y su situación de vulnerabilidad que es agravada en el contexto de un CANI, inclinan a argumentar que dicha protección no puede ser perdida. Tomando en cuenta que los NNA que son reclutados por las FFAA o por los GAO están particularmente expuestos a situaciones de violencia y otros peligros que pueden vulnerar su integridad física, psicológica y sexual; el permitir que pierdan su protección por tomar parte en las hostilidades, sería contrario a su protección especial, su interés superior y su desarrollo integral.

7.2 Protección de NNA ante el Reclutamiento en Ecuador

Existen varias disposiciones a nivel nacional que se refieren al reclutamiento de NNA. En primer lugar, existe una disposición general a nivel constitucional que establece que el servicio cívico-militar es voluntario, siendo prohibida toda forma de reclutamiento forzoso.⁹⁸ Asimismo, existen normas que determinan la atención prioritaria y protección de los NNA, además de la promoción de su desarrollo integral,⁹⁹ junto con la obligación del Estado de adoptar medidas en contra de su explotación laboral, protección en contra todo tipo de violencia y atención prioritaria en caso de conflicto armado.¹⁰⁰ En la presente sección, se analizarán las disposiciones en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Integral Penal pertinentes en cuanto a la protección y garantías de los NNA en contextos de CANI.

7.2.1 Disposiciones a Nivel Interno: La Legislación como Respuesta a Situaciones Fácticas.

El CNA establece el ámbito de aplicación del derecho a la protección especial de los NNA en el caso de desastres y conflictos armados, determinando que dicha protección se expresa en la provisión prioritaria de medios de evacuación, entre otras medidas que no especifica la norma.¹⁰¹ También, dicta la obligación del Estado de garantizar el respeto irrestricto de las normas del DIH

⁹⁷ Ver, Artículo 13(3), PA II.

⁹⁸ Artículo 161, CRE.

⁹⁹ Artículo 44, CRE.

¹⁰⁰ Artículo 46, CRE.

¹⁰¹ Artículo 57, CNA.

en favor de los NNA, asegurando los medios y mecanismos para que se reintegren a la vida social con la plenitud de sus derechos y deberes.¹⁰² Finalmente, la norma prohíbe reclutar o permitir la participación directa de los NNA en contextos de CANI o CAI.¹⁰³

En ese sentido, la norma trata dos temas diferentes pero relacionados en cuanto se refiere a las circunstancias en las que se requiere medidas de protección especial por la situación excepcional que los NNA enfrentan, para efectos de la presente investigación, por un CANI.¹⁰⁴ Dicha situación constituye una emergencia, que demanda medidas excepcionales para enfrentarla, atendiendo a la protección que requieren los NNA en este caso, considerando la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran,¹⁰⁵ en concordancia con la disposición a nivel constitucional.¹⁰⁶

Al analizar la norma, se pueden recabar cuatro reglas: 1) la protección especial durante el conflicto armado; 2) el respeto “irrestricto” a las normas de DIH; 3) el “asegurar los recursos, medios y mecanismos para que los NNA se reintegren en la vida social; 4) y la prohibición de reclutamiento o participación directa de NNA en las hostilidades.¹⁰⁷ Lo último, de conformidad con las normas de DIH, implica la protección de los NNA en dos dimensiones: aquella derivada de su condición de civiles y el reconocimiento de la necesidad de protección especial por su condición.¹⁰⁸

Ahora, con el fin de entender el ámbito de protección de la norma y sus efectos, cabe analizar lo que implica la participación directa e indirecta. Primero, de acuerdo con Melzer, no existe una definición de participación directa en las hostilidades, y tampoco es posible deducir de la práctica estatal o de la jurisprudencia internacional, pero comprende esencialmente, dos elementos: “hostilidades” y “participación directa.”¹⁰⁹

Mientras que el concepto de hostilidades se refiere al recurso colectivo por las partes beligerantes de medios y métodos para causar un daño concreto, la noción de participación se refiere a la implicación individual de una persona en dichas hostilidades, y es según ese grado de

¹⁰² Artículo 57, CNA.

¹⁰³ Artículo 57, CNA.

¹⁰⁴ Farith Simon, “Definiciones y principios de las legislaciones integrales.”,

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ver*, Artículo 46 CRE.

¹⁰⁷ Farith Simon, “Definiciones y principios de las legislaciones integrales.” Tomo II.

¹⁰⁸ Farith Simon, “Definiciones y principios de las legislaciones integrales.” Tomo II.

¹⁰⁹ Nils Melzer, “Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades Según el Derecho Internacional Humanitario” en *El Concepto de Participación Directa en las Hostilidades* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017), 41-50.

participación que se puede clasificar entre directa e indirecta.¹¹⁰ Por ende, para que los actos que generan el daño puedan ser considerados participación directa en las hostilidades, éstos deben cumplir con los requisitos de causalidad directa y nexo beligerante.¹¹¹

Sin embargo, debería considerarse participación en hostilidades toda actividad, directa o indirecta, que exponga a los NNA a los riesgos de los conflictos armados, incluyendo peligros que se originan dentro de los propios grupos armados.¹¹² En esta línea, la Sala de Primera Instancia de la CPI en el caso Fiscal c. Thomas Lubanga Dylo expresó que todas las actividades que cubren tanto la participación directa como la indirecta, colocan al NNA como un blanco potencial, por lo que la clasificación de su participación “directa” o “indirecta” tendrá que depender de la condición de haber expuesto al NNA a un peligro real.¹¹³

Siendo así, la participación directa o indirecta de un NNA en las hostilidades tendrá que ser determinada por los juzgados competentes, sobre la base de la protección especial del NNA, su interés superior y su derecho al desarrollo integral. Por lo tanto, respecto a la norma en cuestión, resulta inoportuno pretender clasificar la participación activa del NNA en un conflicto armado como directa o indirecta ya que dependerá de cada situación analizada en concreto.

En el mismo sentido, el COIP dispone la prohibición del reclutamiento de NNA por parte de las fuerzas armadas o GAO, ya sea en un contexto de conflicto armado o independientemente de este.¹¹⁴ Dicha disposición fue reformada en el año 2019: el texto anterior no incluía “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado,” reconociendo únicamente el reclutamiento y alistamiento por el crimen organizado y para el cometimiento de conductas delictivas.¹¹⁵ El mismo presenta un avance significativo, ya que se reconoce la situación de reclutamiento en el contexto de un conflicto armado o sin necesidad de éste, atendiendo a la obligación del Estado de prevenir que los NNA sean reclutados por los GAO, incluso fuera de un contexto de conflicto armado.

8. Situación de Conflicto Armado No Internacional en el Ecuador

¹¹⁰ Nils Melzer, “Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades Según el Derecho Internacional Humanitario.”

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² César Alfonso, “El Crimen de Reclutamiento y Utilización de Niños Soldados en el Primer Fallo de la Corte Penal Internacional.”

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Artículo 127, COIP.

¹¹⁵ Artículo 369.1, COIP. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

El Ecuador ha pasado por contextos de conmociones internas causadas por situaciones de inestabilidad política y la presencia de organizaciones criminales en diferentes sectores del país. El reporte del año 2023 realizado por la ONG Human Rights Watch explica que el Estado ha vivido un repunte de violencia y actividad por el crimen organizado, incrementando el porcentaje de homicidios a un nivel nunca antes visto.¹¹⁶ Específicamente, entre finales de diciembre del 2023 y el 7 de enero del 2024, el Presidente Daniel Noboa Azín narra situaciones aisladas de violencia, caracterizándola como una “ola de criminalidad”¹¹⁷ que llevó al reconocimiento de “conflicto armado interno” y subsecuentes estados de excepción en diferentes sectores del país.

8.1 Decretos Ejecutivos y Dictámenes Constitucionales en Función del Reconocimiento de CANI: Declaratoria de Estado de Excepción como un Mecanismo Ineficiente para Enfrentar el Reclutamiento de NNA.

El Presidente emitió varios decretos ejecutivos reconociendo la existencia de un CANI, con el fin de contrarrestar los efectos de la creciente ola de criminalidad e inseguridad en el país.¹¹⁸ Entre los hechos ocurridos que llevaron a dicha declaratoria se encontraban operativos reportados por la Policía Nacional que evidenciaron la influencia de GAO en varias funciones e instituciones del Estado.¹¹⁹

Consecuentemente, se declara estado de excepción en todo el territorio nacional, disponiendo la movilización e intervención de la Policía Nacional y las FFAA en todo el territorio nacional incluyendo los centros de privación de libertad.¹²⁰ El reconocimiento de CANI como causal de estado de excepción no dictamina la existencia *de facto* de este, pero pone en evidencia el contexto de violencia e inseguridad que vive el país.

Asimismo, se explica que la Policía Nacional, mediante informe presentado a la Presidencia de la República, caracteriza a los grupos delincuenciales, con un nivel mínimo de organización y su incidencia en un enfrentamiento armado conforme la consolidación del crimen organizado desde el 2014, siendo entonces el detonante para la crisis que enfrenta el Ecuador.¹²¹ Además, se ha declarado a un grupo de organizaciones de delincuencia organizada como

¹¹⁶ Human Rights Watch, “Ecuador, Events of 2023,” en *Human Rights Watch* (New York: 2023).

¹¹⁷ Decreto Ejecutivo 111, p.3.

¹¹⁸ *Ver*, Decreto Ejecutivo 111.

¹¹⁹ Decreto Ejecutivo 110, p.6.

¹²⁰ Decreto Ejecutivo 110, p. 10 artículo 3.

¹²¹ Decreto Ejecutivo 111. p.2.

terroristas, sin definir una diferencia entre los GAO que son parte del CANI, y aquellos que son considerados terroristas, ya que ambas categorías no constituyen sinónimos.¹²²

Con base en el contexto enunciado, cabe mencionar que, incluso bajo un supuesto de CANI, el Estado es el principal obligado en precautelar y garantizar los derechos incluidos en el DIH y el DIDH. La obligación de respetar y hacer respetar el DIDH y el DIH abarca el deber de investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional.¹²³

Por otro lado, como parte de las funciones de la CC, se realizó un control constitucional posterior a cada decreto presidencial emitido en relación con el reconocimiento de CANI. En estos, la CC reconoció que la existencia de un “conflicto armado interno” es una cuestión de hecho que no depende de la declaratoria de una autoridad, ni de la emisión de un estado de excepción.¹²⁴ Ahora, la misma explica que se reconoce el reclutamiento de NNA por parte de los GAO, específicamente en la provincia de Guayas en el decreto ejecutivo N.111,¹²⁵ pero, en el mismo sentido, alega que la declaratoria de estados de excepción no soluciona los problemas estructurales como la falta de seguridad y el que los NNA sean captados y reclutados por los GAO.¹²⁶

En ese sentido, argumenta que se requiere adoptar medidas de prevención y políticas públicas dirigidas a garantizar los derechos de los NNA, con el fin de frenar la crisis.¹²⁷ Consecuentemente, los estados de excepción declarados con base en la causal de CANI no constituyen mecanismos efectivos para evitar o frenar el reclutamiento de NNA por parte de GAO's, ni protege sus derechos de ninguna forma.

No obstante, la CC determina que las normas de los CG y el PA II son parte del bloque de constitucionalidad ya que tienen carácter de *ius cogens*; ya que plantean objetivos comunes y una relación directa con los derechos humanos, y Ecuador debe cumplir sus obligaciones en virtud del derecho internacional.¹²⁸ También, reitera que la causal de estado de excepción por CANI

¹²² Caso No. 1-24-EE, amicus curiae presentado por Farith Simon Campaña, Juan Pablo Albán Alencastro y Hugo Cahueñas Muñoz (Corte Constitucional del Ecuador, 29 de enero del 2024).

¹²³ Resolución A/RES/60/147, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2005.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 3 dictamen.

¹²⁵ Sentencia 2-24-EE/2024, Corte Constitucional, Voto Concurrente, párr. 6.

¹²⁶ Sentencia 2-24-EE/2024, Corte Constitucional, párr. 140.

¹²⁷ Sentencia 2-24-EE/2024, Corte Constitucional, párr. 140.

¹²⁸ Sentencia 2-24-EE/2024, Corte Constitucional, Voto Concurrente, párr. 34.

prevista en el artículo 164 de la CRE, es particular ya que la existencia de un CAI o CANI, y la consecuente aplicación del DIH, no requiere de una declaración política o jurídica, siendo una situación *de facto*.¹²⁹ Por ende, de cumplirse en los hechos, el DIH, en conjunto con el DIDH y las normas de derecho interno, rigen tal situación de forma automática.¹³⁰

9. Análisis del Caso Colombiano, enfocado en la protección otorgada a los NNA durante el Supuesto de CANI.

Con el fin de esclarecer la situación en Ecuador, resulta pertinente analizar brevemente el caso colombiano, siendo un país cercano al ecuatoriano enfrentando un contexto de CANI durante varias décadas. De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, la naturaleza obligatoria del DIH aplica a todas las partes en un conflicto, no solamente a las FFAA que han ratificado los tratados relevantes.¹³¹ Individuos armados irregulares o las FFAA no pueden legítimamente considerar que no deben respetar los mínimos estándares en un conflicto armado, simplemente porque no son signatarios de los convenios internacionales relevantes.¹³²

El reclutamiento de NNA en Colombia consiste en la vinculación menores de 18 años, por parte de los GAO, siendo utilizados como “instrumentos de guerra” y de cierta forma cediendo sus derechos fundamentales y empleando su protección para la consecución de las finalidades de la organización criminal.¹³³ Colombia constituye el cuarto país del mundo con mayor número de NNA combatientes, siendo un problema originado hace décadas a raíz del conflicto armado.¹³⁴ Lo mencionado, hace que Colombia contenga mayor desarrollo normativo y jurisprudencia al respecto del reclutamiento de NNA.

Con respecto a la prohibición nacional en contra del uso y participación de NNA en conflicto armado, en su Ley 2110, reformada en el 2021, se castiga a la persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado reclute menores de 18 años, los utilice o los obligue a participar directa e indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas.¹³⁵ En relación con dicha

¹²⁹ Dictamen 1-24-EE/24, Voto Concurrente, párr. 47.

¹³⁰ Dictamen 1-24-EE/24, Voto Concurrente, párr. 48.

¹³¹ Marco Sassòli et al., “Case No.24, Colombia, Constitutional Conformity of Protocol II” en *How Does Law Protect in War?* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 2011), párr. 8.

¹³² Marco Sassòli et al., “Case No.24, Colombia, Constitutional Conformity of Protocol II.”

¹³³ Paula Andrea Ramírez Barbosa, “El reclutamiento de Menores en el Conflicto Armado Colombiano. Aproximación al Crimen de Guerra.”

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Subcaso Casanare 055, Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, párr. 578.

disposición, se presentó una demanda de inconstitucionalidad en la cual se señaló que el legislador había omitido la participación voluntaria de los NNA en conflicto armado. No obstante, la Corte Constitucional Colombiana se pronunció al respecto decidiendo la constitucionalidad de la norma dado que dentro del ámbito de protección de esta se entienden incluidas todas las modalidades de reclutamiento ilegal.¹³⁶

De la misma forma, señala que basta que el GAO utilice a NNA en actividades no relacionadas directa y activamente en las hostilidades para que sean consideradas delitos.¹³⁷ Es decir, por medio de la palabra “utilizar” en dicho artículo, carece de importancia si los NNA están involucrándose con el GAO o con las FFAA de forma voluntaria, o si están siendo utilizados como combatientes, cocineros, mensajeros o usados para fines sexuales. Esta protección resulta bastante amplia, tomando en consideración el principio del interés superior del niño y su derecho al desarrollo integral, al reconocer los peligros a los que se expone un NNA al participar, de cualquier forma, en un conflicto armado.

La Jurisdicción Especial para la Paz argumenta que utilizar a NNA para participar activamente en las hostilidades, no puede equipararse a una participación directa que implique la pérdida de protección frente a un ataque directo, aclarando que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, la participación activa en las hostilidades no requiere participación directa en combate.¹³⁸ Dicha aclaración resulta importante ya que, como fue señalado anteriormente, la participación directa no es la única forma en que el NNA se coloca en riesgo en un contexto de conflicto armado, pero en cuanto se involucra en un GAO se convierte en un blanco.

Por ende, se puede sustraer de la normativa colombiana la importancia de considerar los riesgos a los que se expone un NNA, ya sea participando directa o indirectamente, tomando en cuenta que su participación activa en las hostilidades no conlleva necesariamente una participación directa. Además, en atención al principio del interés superior del niño y la protección especial que le es otorgada, los NNA reclutados por los GAO deben ser considerados víctimas, en lugar de victimarios por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

¹³⁶ Subcaso Casanare 055, Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, párr. 578.

¹³⁷ Subcaso Casanare 055, Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, párr. 579.

¹³⁸ Subcaso Casanare 055, Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, párr. 591.

10. Seguimiento realizado por la Defensoría del Pueblo.

Con base en la situación de violencia que vive el Ecuador actualmente y los Decretos Ejecutivos que dictan el estado de excepción bajo las causales de grave conmoción interna y CANI, la Defensoría del Pueblo realiza un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado para con los ciudadanos, conforme artículo 3 numeral 1¹³⁹ y el artículo 11 numeral 3 de la CRE.¹⁴⁰ Además, recordando la protección especial a la que tienen derecho los NNA, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, adoptando medidas especiales orientadas por el interés superior del NNA.¹⁴¹

De esta forma, se exhorta al Estado a cumplir con las acciones que observen un enfoque de derechos humanos para atender al interés superior del NNA y su desarrollo integral, a la Fiscalía General del Estado a iniciar investigaciones de oficio respecto a presuntos tratos crueles, inhumanos o degradantes con especial énfasis en el caso de los NNA, y a la misma a investigar y juzgar en un plazo razonable.¹⁴² Sin embargo, no se ha encontrado más seguimiento de la situación en cuestión, además de que no se han propuesto medidas para promover el interés superior de los NNA que se encuentran en riesgo de ser reclutados o lo están siendo por parte de los GAO.

11. Conclusiones y recomendaciones

En conclusión, queda en evidencia que el Estado ecuatoriano no ha cumplido con su obligación de prevenir el reclutamiento de NNA por parte de los GAO. El Presidente ha reconocido la situación de inseguridad que atraviesa la nación, constituyendo una de las causales para declarar estado de excepción.

No obstante, la Corte Constitucional alega que dicha declaratoria y el reconocimiento de CANI no son medidas suficientes para solucionar problemas estructurales como la falta de seguridad y el reclutamiento de NNA por parte de los GAO. Impedir y prevenir que los NNA de edad sean reclutados por GAO requiere medidas de prevención y políticas públicas. De esta forma, a pesar de la normativa existente a nivel internacional y nacional, se ha expuesto que los NNA

¹³⁹ Artículo 3.1, CRE.

¹⁴⁰ Artículo 11.3, CRE.

¹⁴¹ Defensoría del Pueblo, Pronunciamiento por la protección, garantía y tutela de Derechos y la integridad física, psicológica y emocional de niños, niñas y adolescentes, en el contexto de conflicto armado interno, 27 de enero de 2024.

¹⁴² *Ibidem*.

continúan en riesgo de ser reclutados por los GAO actualmente en el Ecuador, siendo los estados de excepción mecanismos ineficientes para frenar dicha problemática.

Ahora, reconociendo que el Estado es el principal obligado en garantizar que el DIH y el DIDH se cumplan, especialmente bajo un supuesto de CANI, la presente investigación ha permitido esclarecer que es el mismo quien debe tomar medidas efectivas para evitar el reclutamiento de NNA por parte de los GAO. Se explicó la iniciativa adoptada por la ONG Geneva Call, el Deed of Commitment on the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict. A pesar de que el documento en sí no genera efectos jurídicos, éste habilita a la ONG mencionada a realizar visitas y verificar su cumplimiento por medio de informes periódicos.

Dicha iniciativa se puede adaptar al contexto ecuatoriano, ya sea por medio de una iniciativa por parte de organizaciones de la sociedad civil, ONG a nivel internacional, e incluso por medio del Estado. El documento, de ninguna forma, pretende regular a los GAO o favorecerlos, pero proteger los derechos y garantías de los NNA en situaciones vulnerables. Además, por medio de un documento que formalice las obligaciones de los GAO, el Estado se puede asegurar de no incurrir en responsabilidad internacional por tolerancia o aquiescencia.

Por otro lado, con base en lo analizado respecto al principio del interés superior del niño y el derecho a su desarrollo integral, se comprueba que la forma más eficiente de prohibir el reclutamiento de NNA en la normativa, es prohibir el reclutamiento de menores de 18 años de edad como parte de las FFAA o de GAO para participar en las hostilidades, independientemente de si su participación se podría constituir indirecta o directa, ya que depende de cada caso concreto.

Bajo una interpretación integral de las disposiciones de DIH y DIDH se puede concluir que éstas se complementan al momento de buscar proteger de forma completa a los NNA y promover sus derechos en contextos de conflicto armado. Por lo tanto, los juzgados en Ecuador deben tomar en cuenta ambas disposiciones, a la luz del derecho interno, con el fin de llegar a proteger de la forma más óptima al NNA que ha tenido sus derechos vulnerados al participar en las hostilidades como parte de un grupo armado.

De esta forma, se propone incluir en el Proyecto COPINNA normativa que establezca procesos con el fin de analizar cada caso de reclutamiento de NNA en concreto, a la luz del principio del interés superior del niño y su derecho al desarrollo integral, independientemente de una presunta participación directa o indirecta en las hostilidades. Asimismo, se recomienda

acentuar en el proyecto de ley mencionado, la obligación del Estado de prevenir el reclutamiento y delimitar objetivos claros para políticas públicas.

Por último, estos hallazgos permiten contestar a la pregunta de investigación, ya que se demostró que el Estado del Ecuador no está cumpliendo con su obligación de proteger a los NNA del reclutamiento por parte de GAO en atención al principio del interés superior y adecuar su normativa con base en el principio del desarrollo integral, bajo una interpretación conjunta de las disposiciones de DIH y DIDH.

En cuanto a las limitaciones del trabajo, debido a la actualidad del tema y al contexto que vive el Ecuador de “conflicto armado interno reconocido,” todavía existen opiniones disidentes sobre el marco normativo aplicable. Además, siendo el reclutamiento de NNA por los GAO un tema poco discutido, ya sea por la falta de investigación o recursos, las fuentes académicas locales disponibles son escasas.

Por ende, se sugiere la apertura de nuevas líneas de investigación, conforme la situación actual se vaya desarrollando, en las cuales se estudie más a detalle el contexto actual del país, el marco normativo aplicable y los pasos a tomar por parte del Estado para prevenir que los NNA continúen siendo reclutados.