

Aplicación del Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes frente a Graves Violaciones al D.I.H., Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio

**Edith Amparo Fernández Osorio
Luis Ernesto Cardozo Ávila
José Gilberto Romero Vásquez**

**Universidad Libre
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Penal
Bogotá, Colombia 2014**

Aplicación del Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes frente a Graves Violaciones al D.I.H., Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio

Preparado por:

**Edith Amparo Fernández Osorio
Luis Ernesto Cardozo Ávila
José Gilberto Romero Vásquez**

Director:

Dr. Yesid Viveros Castellanos

**Universidad Libre
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Penal
Bogotá, Colombia 2014**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, _____, _____, _____

Dedicatoria

El fruto de los esfuerzos del equipo de trabajo, lo dedicamos a todos aquellos que con su apoyo, paciencia y sobre todo compañía constante, nos han motivado y estimulado a seguir en el camino de búsqueda de un mundo más justo y más humano.

A nuestras familias, quienes diariamente con su comprensión, nos enseñan a valorar y sentir las grandezas de nuestra profesión.

Agradecimientos

Agradecemos a la Universidad Libre y en ella a todos sus insignes colaboradores, quienes con su dedicación y empeño, nos han permitido alcanzar una etapa más en el proceso de formación académica en cada una de nuestras vidas

Al Dr. Yesid Viveros Castellanos, quien con sus sabias y oportunas orientaciones, nos permitió centrar la reflexión que hoy se ve refleja en la acción profesional que adelantamos a favor de la Administración de Justicia.

A nuestros amigos y compañeros, gracias por su voz de aliento y por los aportes y contribuciones, que iluminaron positivamente la terminación de la investigación propuesta.

A todos, mil y mil gracias

Contenido

Pag.

Capítulo 1

1.	Aspectos Preliminares	9
1.1.	Formulación y Definición del Problema	9
1.2.	Justificación	11
1.3.	Objetivos	12
1.3.1.	Objetivo General	12
1.3.2.	Objetivos Específicos	12
1.4.	Tipo de Investigación	12
1.5.	Resumen	13
1.6.	Abstract	14
1.7.	Introducción	15

Capítulo 2

2.	Graves Violaciones al Derecho Internacional Humanitario	18
2.1.	Crímenes de Lesa Humanidad	18
2.1.1	Qué son los Crímenes de Lesa Humanidad	19
2.1.2.	Recuento Histórico del Concepto “ <i>Crímen de Lesa Humanidad</i> ”	21
2.1.3.	Actos que constituyen Crímenes de Lesa Humanidad	32
2.2.	Genocidio	33

Capítulo 3

3.	La responsabilidad de los Adolescentes en Crímenes de Lesa Humanidad	48
3.1.	Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes	49

3.1.1	Referentes Internacionales para el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes	51
3.1.2	Principio de integralidad – simultaneidad para determinar el Interés Superior del Niño	56
3.2.	Los Inimputables y el Principio de Oportunidad.	58
3.3.	Cómo procede el Principio de Oportunidad	62
3.4.	Derecho Comparado	71
3.4.1	Brasil	74
3.4.2	Perú	76
3.4.3	Guatemala	77
3.4.4	Argentina	78

Capítulo 4

4.	El Principio de Oportunidad	83
4.1.	Crisis que debe enfrentar el Principio de Oportunidad	92
4.1.1	En cuanto a la Crisis del Principio de Legalidad	92
4.1.2	Por la Crisis de la Pena	94
4.2	El principio de oportunidad es solución a la crisis del sistema judicial?	96
4.3	Características del Principio de Oportunidad	97
4.3.1	Su origen es Constitucional	97
4.3.2	Es discrecional reglado	99
4.3.3	Es de aplicación exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación.	100
4.3.4	Es de aplicación Taxativa	103
4.3.5	Es de aplicación residual	103
4.3.6	Tiene Control de Legalidad ante el Juez de Control de Garantías	103
4.3.7	Se funda en la Política Criminal	104
4.4.	Limitaciones del Principio de Oportunidad	104

Capítulo 5

5.	Derechos Fundamentales que se violan al tener como sujetos activos a los menores	107
5.1.	Sobre el Reclutamiento Ilícito	116
	Conclusiones	122
	Bibliografía	132

Capítulo 1

Aspectos Preliminares

1.1 Formulación y Definición del Problema

El artículo 175 Inc.1 de la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, desarrolla el Principio de Oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos por grupos ilegales alzados en armas, en donde se establece que la Fiscalía podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de la beligerancia subversiva, hubieren participado directa o indirectamente en las hostilidades o cuando se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

De ser así, se puede decir, que a pesar de las razones dadas por la Corte para llevar a cabo el procesamiento jurídico penal de los menores combatientes desmovilizados, en la práctica siempre existirán esas condiciones sociales, económicas y culturales que conllevan a los entes judiciales a renunciar a la persecución penal, como hasta el momento se ha visto, pues bajo el nuevo sistema de responsabilidad penal del adolescente se le ha dado prioridad a la condición de víctima de un crimen de guerra, conforme lo es el delito de lesa humanidad, la trata de personas en la modalidad de reclutamiento forzado del menor excombatiente, para brindarle el apoyo que se quiere por parte del ICBF.

La formulación del problema, y teniendo en cuenta la temática a desarrollar se plantea la siguiente pregunta: ¿En el sistema de responsabilidad penal, es procedente aplicar el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad y genocidio de acuerdo con el estatuto de Roma?

No obstante que las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, Crímenes de Lesa Humanidad y el Genocidio, constituyen delitos de suma gravedad y en tal sentido los

organismos internacionales y todas las naciones han enfilado sus esfuerzos para prevenir, juzgar y reprimir de manera ejemplar esta clase de violaciones; cuando se trata de adolescentes que por circunstancias ajenas a su voluntad han terminado siendo parte de grupos armados irregulares, la óptica con la que se los reprocha, no puede ser la misma que cuando se trata de adultos.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 174 del Código de Infancia y Adolescencia, establece: “[...] *las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad [...]*”. De otra parte, de acuerdo con los instrumentos internacionales y la propia ley 1098 de 2006, el tratamiento que se debe dar a los adolescentes debe ser diferencial, priorizando y superponiendo su interés superior, y atendiendo a que la finalidad de la sanción es protectora, educativa y restaurativa, ninguna justificación habría para impedir o prohibir que sean beneficiados con el principio de oportunidad frente a los mencionados delitos de lesa humanidad, genocidio y en general las graves violaciones al D.I.H.

Consideramos que en esa ponderación de derechos entre los de la víctima de una parte y los fundamentales del adolescente, con la arista de su interés superior conforme al artículo 44 de la carta magna, debe privilegiarse frente a los derechos de las víctimas, máxime si tenemos en cuenta que su participación en las hostilidades no ha sido voluntaria.

1.2 Justificación

Uno de los contenidos garantistas del Código de Infancia y Adolescencia lo constituye el Principio de oportunidad en el artículo 175, por parte de la Fiscalía General de la Nación cuando considere que un adolescente fue utilizado por grupos armados al margen de la ley aprovechando circunstancias de orden personal, familiar, social, económico, cultural y por situación de orden público que rodeaba el entorno de estos menores para la ejecución de conductas punibles.

El ejercicio del Juspuniendi en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad. Pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos. Es por esto que el Derecho Penal no puede renunciar a la verdadera misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos, especialmente por los más vulnerables, por lo que ha de tender a la prevención de delitos, entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves.

La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva; mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto.

De este manera, y partiendo de los instrumentos internacionales que posibilitan soluciones alternativas frente a los conducta punibles cometidas por adolescentes en aras de propender por su superación, reeducación y garantía plena de sus derechos como menores de edad, se considera que frente a todo tipo de delitos sin distinción alguna debe estudiarse la viabilidad de aplicar principio de oportunidad.

Así mismo, las violaciones graves al D.I.H, los delitos de lesa humanidad y genocidio, constituyen delicadas y sensibles agresiones contra la humanidad frente a las cuales se debe excluir cualquier tipo de beneficio o solución distinta a la de la sanción penal.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General.

Comprender si el Parágrafo del artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en donde se prohíbe la aplicación del principio de oportunidad en los procesos penales seguidos a los adolescentes respecto de hechos que puedan significar

violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, vulnera derechos fundamentales constitucionales.

1.3.2 Objetivos Específicos

1. Evidenciar que la protección de los derechos de los menores no sería efectiva si el Estado persiste en sancionar las conductas que afectan de manera grave derechos de categoría prevalente.
2. Comprender que la jurisprudencia ha reconocido que el legislador cuenta con un margen de configuración amplio para definir las causales de procedencia del principio de oportunidad.
3. Reconocer que el fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal.

1.4 Tipo de Investigación

El presente estudio busca desarrollar una investigación de tipo exploratoria en la medida en que se intenta como objetivo comprender si el parágrafo del artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia, vulnera principios fundamentales constitucionales.

En tal sentido, las variables a resolver: Código de Infancia y Adolescencia, Derechos Prevalentes del Menor; Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio; Principio de Oportunidad; que conducen al desarrollo de un trabajo investigativo, que de manera descriptiva responda al cuestionamiento sobre si es procedente plantear el principio de oportunidad a menores que hayan cometido delitos de lesa humanidad o genocidio.

1.5 Resumen

En Colombia se denota la participación de menores de edad en la comisión de delitos; la pobreza, la ausencia estatal en zonas marginadas, desplazamientos producto de conflictos armados, la influencia prematura de valores mortíferos en los niños, el uso de

los menores por parte de bandas delincuenciales y grupos armados al margen de la ley, el reconocimiento de adolescentes como sujetos de derechos pero también de obligaciones, son algunas de las razones que impulsaron la transformación del sistema de responsabilidad penal en las niñas, niños y adolescentes. Cabe señalar que este cambio se presenta principalmente por la necesidad de adecuar la legislación nacional a la Constitución de 1991 y a los parámetros internacionales que entran en vigor con posterioridad al Código del menor. Uno de los cambios fundamentales en la nueva normatividad es la concepción del adolescente como imputable, es decir, como sujeto de responsabilidad penal. La ley de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 expedida el 8 de noviembre de 2006, se creó con el fin de garantizar a los menores de edad su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión y establece normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Se protegen los derechos de los menores con instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes. En la ley 12 de 1991, Colombia ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, convirtiéndose en uno de los primeros Estados en incorporarlo a su legislación. La ley de infancia reconoce derechos generales y actuales que han sido regulados en tratados internacionales que el Estado ha ratificado, tales como los derechos de los niños y niñas a ser protegidos contra: toda forma de violencia, abandono, maltrato, explotación, peores formas de trabajo infantil, abuso sexual, desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito, trata de personas, entre otros derechos.

PALABRAS CLAVES., Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, imputable, legislación, principio de oportunidad, Responsabilidad penal.

1.6 Abstract

In Colombia is seen as increasing the participation of minors in the commission of crime, poverty, the absence of the state in marginalized areas, displacement resulting from armed conflicts, the influence values premature deadly in children, the use of children by criminal gangs and armed groups outside the law, the recognition of adolescents as subjects

of rights but also obligations, are some of the reasons that prompted the transformation of the system of criminal responsibility in children and adolescents . Note that this change occurs primarily by the need to adapt national legislation to the 1991 Constitution and international standards that come into force after the minor code. One of the fundamental changes in the new regulations is the concept of the teenager as chargeable, ie as the subject of criminal responsibility. The Children and Young Persons Act, 1098 Act issued November 8, 2006, was created to ensure minors to the full and harmonious development to grow within the family and community in a atmosphere of happiness, love and understanding and provides substantive and procedural rules for the comprehensive protection of children, girls and adolescents. They protect the rights of children with international human rights instruments in the Constitution and the laws. the Act 12 of 1991, Colombia ratified the Convention on the Rights of the Child, becoming one of the first states to incorporate into legislation. The law recognizes childhood and current general rights have been regulated by international treaties that the State has ratified, such as the rights of children to be protected against any form of violence, neglect, abuse, exploitation, the worst forms of child labor, sexual abuse, forced displacement, illegal recruitment, human trafficking, among other rights.

KEYWORDS. Human Rights, International Humanitarian Law, responsible, law, principle of opportunity, Criminal Responsibility

1.7. Introducción

Los niños, niñas y adolescentes que por diversas circunstancias fueron reclutados por grupos armados al margen de la ley y que hoy en día están desvinculados de estos actores del conflicto son considerados como imputables y por tal motivo desde el punto de vista jurídico se constituyen como infractores de la ley penal.

En la actualidad, el Código de la Infancia y Adolescencia señala responsabilidad penal y civil para los mayores de 14 años, pero el artículo 175 del mismo establece el Principio de Oportunidad, el cual podrá ser utilizado por la Fiscalía General de la Nación, quien aplicará una de las variantes señaladas en el at 323 de la ley 906 de 2004,

modificado por el art 1° de la Ley 1312 del 9 de Julio 2009; suspendiendo, interrumpiendo o renunciando a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados ilegales, o participado directa o indirectamente en hostilidades, acciones armadas o delitos cometidos por grupos al margen de la ley.

Es importante tener en cuenta si las causas o motivos que conllevan a un adolescente a cometer ilícitos como integrante de grupos al margen de la ley, coinciden o encuadran con las que establece el artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia, toda vez que estas constriñen a la Fiscalía a inhibir la persecución Penal de adolescentes incurso en las conductas antedichas como reclutas o activistas de organizaciones subversivas alzadas en armas. Los derechos que esos motivos tutelan tienen su fundamento político - criminal en algunas de las causales de Ausencia de Responsabilidad Penal del artículo 32 del Código Penal que, por consiguiente excluyen el presupuesto de la conducta punible.

El principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes se ha institucionalizado para sensibilizar a los operadores judiciales en aspectos básicos tales como el conocimiento y aplicación concreta del interés superior del menor frente a las instituciones jurídicas, así como superar el paradigma sancionador e ingresar en una forma de pensamiento proactivo en relación al desarrollo moral del individuo, teniendo una lectura que no sea puramente jurídica y represiva, ya que este principio propende por generar una respuesta alterna frente al delito sin perder de vista que el infractor de la ley penal deba tomar conciencia de la ilicitud de sus actos y de las consecuencias que de ella se derivan tanto en el campo jurídico como el aspecto socio-familiar.

El principio de oportunidad como facultad constitucional que le asiste, y le permite a la Fiscalía General de la Nación, adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, debe constituirse como un contundente instrumento de política criminal que al utilizarlo y obviamente al aplicarlo debe responder unos lineamientos generales del Estado Colombiano dentro de la justicia penal, eso sí dejando de

lado intereses particulares en su aplicación dado que este principio se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas implicadas en delitos ya sea por razones de conveniencia o por alguna situación en particular lo que conllevaría a que su aplicación se politice, dejando de lado a lo estrictamente jurídico. Esto sería grave toda vez que lo que se pretende no es dejar espacios para la impunidad, antes por el contrario combatirla haciendo eficaz día a día la funcionalidad del aparato judicial. El utilizar este principio de manera inadecuada conllevaría a una crisis no solo de índole judicial sino que implicaría una responsabilidad de índole político, lo que significaría, una censura al concepto y desarrollo de la política criminal del Estado Colombiano.

Cuando se introdujo el Principio de Oportunidad en el sistema penal, se consideró al mismo como una facultad que iría en contravía del principio de legalidad, es decir, sería una negación a este, lo que significa que la acción penal debería ser ejercida cuando existan los presupuestos para adelantarla, ante esta situación y para evitar contradicciones, el sistema penal logró establecer un punto de equilibrio entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, poniendo de presente que el principio de legalidad sería la regla y el principio de oportunidad la excepción. Esto significa que el principio de oportunidad para su aplicación deberá ser ajustado a las causales establecidas contempladas para poder ser aplicado, es decir se está frente a un principio de oportunidad reglado.

Por lo anterior y haciendo énfasis en la formulación del problema, obviamente, y teniendo en cuenta los temas a desarrollar se plantea la pregunta ¿En el sistema de responsabilidad penal, es procedente aplicar el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad y genocidio de acuerdo con el estatuto de Roma?

A nivel mundial las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, Crímenes de Lesa Humanidad y el Genocidio, constituyen delitos de suma gravedad e infortunadamente Colombia no está exento de estos execrables crímenes, por este motivo organismos internacionales y todas las naciones buscan unir esfuerzos no solo para prevenir, sino también para juzgar y reprimir de manera ejemplar esta clase de violaciones; cuando se

trata de adolescentes que por circunstancias ajenas a su voluntad han terminado siendo parte de grupos armados irregulares, la óptica con la que se los reprocha, no puede ser la misma que cuando se trata de adultos.

Para el caso colombiano es importante tener en cuenta que, el nuevo Código de Procedimiento Penal estableció normas sobre los tipos penales en los cuales podrá aplicarse el Principio de oportunidad, de la misma manera estableció que este principio no podrá ser aplicado, cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

En el Código Penal no están establecidos en concreto, o mejor no existen los delitos de lesa humanidad; escasamente se mencionan en el estatuto procedimental para señalar de manera, eso sí, clara, que no se aplicará a ellos el principio de oportunidad, lo cual no es obstáculo para aplicar como es debido una cabal y cumplida justicia.

Capítulo 2

Graves Violaciones al Derecho Internacional Humanitario

A partir de los instrumentos internacionales que posibilitan soluciones alternativas frente a la conducta punible cometida por adolescentes en aras de propender por su superación, reeducación y garantía plena de sus derechos como menores de edad, se considera que frente a todo tipo de delitos sin distinción alguna debe estudiarse la viabilidad de aplicar principio de oportunidad.

Las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, los delitos de lesa humanidad, desapariciones forzadas y genocidio, constituyen delicadas y sensibles agresiones contra la humanidad frente a las cuales se debe excluir cualquier tipo de beneficio o solución distinta a la de la sanción penal, más aún si éstos son cometidos por menores, que amparados en la Ley, por voluntad propia o por acción de terceros, se constituyen en agresores.

Conviene en este acápite tener un breve acercamiento a las violaciones que se cometen contra el Derecho Internacional Humanitario, que permita identificar cuál ha sido y es el modus operandi de los distintos grupos al margen de la Ley, que involucran la acción de los niños y jóvenes en la comisión de los mismos, para determinar si son ellos o no sujetos del Principio de Oportunidad, reglado en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

2.1. Crímenes de Lesa Humanidad

El Derecho Penal Internacional históricamente ha reconocido tres tipos de crímenes de especial relevancia en las jurisdicciones internacionales y en los ámbitos nacionales. Es así como el Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, en Roma el 17 de julio de 1998, el cual entra en vigor en Colombia el 1º de julio de 2002, en virtud de la Ley 742 de junio de 2002, se refiere sobre la cuestión: Se trata del *genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad*, denominaciones cuyos contenidos han evolucionado en los diversos

estatutos de los tribunales penales especiales, como en la jurisprudencia de los mismos, hasta llegar a su consagración en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia C- 578 de 2002, Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, en cuanto a la revisión de la Ley 742 de 2002, acepta de conformidad con el artículo 5° del Estatuto de Roma, que son crímenes de competencia de la Corte *el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los de guerra y el crimen de agresión.*

Entonces, conviene establecer una definición, que lleve a pensar en la realidad que enmarcan los denominados delitos de lesa humanidad.

2.1.1. Qué son los Crímenes de Lesa Humanidad

Se toma como punto de partida la definición que se ha logrado en los estudios realizados por el colectivo “*Colombia Nunca Más, Crímenes de Lesa Humanidad*”, según la cual éstos son:

Actos inhumanos cometidos contra la población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales. Se trata de crímenes de especial gravedad, puesto que atentan contra la especie humana (El término “Lesas” viene del latín “laesae”, que corresponde al participio presente, en voz pasiva, del verbo “Laedo”, que significa: herir, injuriar, causar daño. De allí las expresiones latinas: “laesaemajestatis” (de lesa majestad), “laesaehumanitatis” (de lesa humanidad) que literalmente se traducen: (crimen) de majestad injuriada, o de humanidad injuriada (o herida o lesionada). (En Colombia Nunca Más, Crímenes de Lesa Humanidad. p. 89)

Así pues, en los Documentos oficiales de la Asamblea General de la ONU, noveno período de sesiones. Suplemento No. 9 (A/2693 y corr. 1,)

Los Crímenes de Lesa Humanidad son los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las

autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia". (En http://www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga_intro.shtml

Agrega el colectivo Colombia Nunca Más, Crímenes de Lesa Humanidad, refiriéndose al documento A/CN 4/398 del 11 de marzo de 1986, No. 12 que el sentido de la expresión “*de lesa humanidad*”, apunta a subrayar la gravedad del crimen, revelando que no se afronta a un individuo sino a la especie humana como tal. Según el Relator Especial de Proyecto del Código, podría concebirse en el triple sentido: de crueldad para con la existencia humana; de envilecimiento de la dignidad humana; de destrucción de la cultura humana. Comprendido dentro de éstas tres acepciones, el crimen de lesa humanidad se convierte sencillamente en crimen contra todo el género humano. (Colombia Nunca Más, *Crímenes de Lesa Humanidad*. p. 89)

Esto lleva a pensar que dentro de las categorías de la criminalidad, los Crímenes de Lesa Humanidad se diferencian de otros crímenes principalmente porque reúnen cuatro características:

1. Son actos generalizados.
2. Son actos sistemáticos
3. Son actos perpetrados por las autoridades de un Estado o particulares que actúan por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia, ayuda o complicidad.
4. Están dirigidos contra la población civil por motivos sociales, políticos, económicos, raciales, religiosos o culturales.

De esta manera, cuando se dice “Generalizados” se quiere destacar que se trata de crímenes que se cometen contra una gran cantidad de víctimas, ya sea por la cantidad de crímenes o por un crimen con muchas víctimas. Cuando se dice Sistemáticos, se quiere decir que son crímenes que se realizan con arreglo a un plan o política preconcebida que permite la realización repetida o continuada de dichos actos inhumanos. Es indispensable que el sujeto activo del crimen sea bien un agente estatal o particular que trabaja para el Estado o que actúa con su apoyo, anuencia o tolerancia, lo que en el contexto nacional se ha

denominado grupos paramilitares y escuadrones de la muerte. Finalmente es determinante la motivación del crimen, pues es este elemento el que permite comprender el sentido mismo del crimen de lesa humanidad, al enmarcarlo dentro de un contexto social, político, económico y cultural determinado. (*En Colombia Nunca Más, Crímenes de Lesa Humanidad*).

Cabe decirse, igualmente que al concebirse la generalidad y sistematicidad de los crímenes de lesa humanidad, se establece la diferenciación con otros crímenes, entre los que se pueden mencionar: violaciones a los Derechos Humanos y los abusos de autoridad, en tanto que comparten algunas características con los crímenes de lesa humanidad, pero no las reúnen todas.

Para Félix Murillo Grande, los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por su imprescriptibilidad, son perseguibles por los tribunales de todos los países los específicos hechos de violencia contra personas indistintamente de si la persona es nacional o no nacional e indistintamente de si tales actos son cometidos en tiempo de paz o tiempo de guerra y, tales actos deben ser producto de persecución contra un grupo identificable de personas o personas indistintamente de la composición de ese grupo o del propósito de la persecución. Como una política puede manifestarse por la conducta "generalizada o sistemática" de los perpetradores que resulta en la comisión de los crímenes específicos contenidos en la definición. (Murillo G).

2.1.2. Recuento Histórico del Concepto “Crimen de Lesa Humanidad”

Una de las características propias del siglo pasado, S. XX, está fundada en el hecho de ser uno de los períodos de mayor violencia a nivel mundial; en él se desencadenaron los dos procesos de guerras que más han marcado la humanidad en cuanto a las consecuencias que de ellas se derivaron, dejando a su paso innumerables víctimas mortales y graves violaciones a los Derechos Humanos. Acontecimientos que obligaron a la comunidad internacional a emprender acciones prontas y sólidas que permitieran superar las crisis y evitar de esta manera se siguiera la carrera desenfrenada por el exterminio del género.

Según relata Félix Murillo, aunque algunas reacciones se produjeron recién concluida la segunda guerra mundial, que para el caso, refiere el proceso de Nuremberg, ya se habían formulado desde el siglo XIX iniciativas para limitar la guerra. En este sentido, mencionar los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja en 1864 y las Conferencias y Reuniones internacionales, cuyo tema de discusión siempre fueron los medios bélicos, en cuyas conclusiones se determinaron acciones para la solución pacífica de los conflictos (Murillo G)

Iniciado el siglo XX, se trató de hacer obligatorio el arbitraje de un tribunal permanente de justicia internacional en 1907 sin que se consiguieran los medios para hacerlo. Sin embargo, en el reglamento de La Haya, como lo describe Yves Ternon se estableció la llamada cláusula Martens que decía:

A la espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno constatar que, en el caso no comprendido en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y bajo el imperio del derecho de gentes, tal y como se desprende de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública. (Murillo G)

Si se tiene en cuenta que una de las finalidades del Tratado de Versalles era la consecución de la paz mundial, al ser este objetivo vulnerado, la comunidad internacional propende por castigar la impunidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. No obstante, las preocupaciones de la comunidad internacional y los esfuerzos por evitar los conflictos internacionales, se da inicio al proceso denominado Segunda Guerra Mundial, donde se logra una mayor conciencia del perjuicio de la población civil, la cual resulta ser la más afectada con las hostilidades de la guerra. En palabras del Doctor Félix Murillo, “*todo este discernimiento histórico, hizo posible que se llegara a Nuremberg, bajo un largo proceso de maduración y experiencias adversas de la humanidad*”. (Murillo G).

Por consiguiente, el concepto de “crimen de lesa humanidad” aparece hacia mediados del siglo XIX. Históricamente se tiene que la primera lista de crímenes de lesa humanidad fue elaborada a finales de la primera guerra mundial, aunque no fueron recogidos en un documento internacional hasta que el Tribunal de Núremberg en el año de 1945 recopiló estos datos en su carta.

El Tribunal de Núremberg, tiene como hecho histórico que el 8 de agosto de 1945, las cuatro potencias aliadas (Francia, Reino Unido, URSS y Estados Unidos), firmaron el Acuerdo de Londres, al que se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de la Segunda Guerra Mundial. Recuento histórico alcanzado por Andreas Forer y Claudia López, en el que se menciona:

En virtud de lo dispuesto en su artículo 6º, el Tribunal tendrá competencia para “enjuiciar y castigar a quienes, actuando a título personal o como miembros de organizaciones en interés de los países del Eje europeo, hayan cometido cualquiera de los crímenes siguientes: a) crímenes contra la paz (...), b) crímenes de guerra, a saber, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Entre esas violaciones se incluyen, sin que la lista sea taxativa, el asesinato, maltrato o confinamiento a trabajo forzado o con cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado o que se encuentre en él; el asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o de personas que estén a bordo de naves en los mares; el asesinato de rehenes, el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas y su devastación no justificada por necesidades militares; c) crímenes de lesa humanidad: El asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue adoptado el 6 de octubre de 1945 y está suscrito por los representantes de Estados Unidos de América (Robert H. Jackson); la República Provisional de Francia (Francois de Mentón); el Reino Unido e Irlanda del Norte (HartleyShawcross); y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas URSS (R. Rudenko). (Forer et López, 2010 p- 11)).

De donde, igualmente se pueden identificar las primeras referencias normativas explícitas a “los crímenes de lesa humanidad” que se encuentran en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945 y en la ley del Consejo de Control número 10 (5) en los que se estableció un listado de conductas insertas dentro de tal categoría. (Forer et López, p. 13)

El tribunal de Núremberg, constituyó un precedente en la evolución del derecho internacional de los derechos Humanos, se reconocieron tres categorías de crímenes internacionales. Contra la paz (o guerra de agresión), de guerra y contra la humanidad. Las dos primeras categorías ya encontraban precedentes en declaraciones o tratados. En cuanto al concepto de delito de lesa humanidad, data de mediados del siglo XIX y un listado de dichos crímenes se elaboró al final de la Primera Guerra Mundial (Murillo G), como se enuncio anteriormente.

Pero es recién, con la creación del Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg , que se consideraa los crímenes contra la humanidad, en el artículo 6, c), señala, Marie Claude Robergé (1997), y en donde se enumeran:

El asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”. (Carta de Creación Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg, Art. 6C. (Robergé. 1997 p. 696)

De esta manera, el Derecho brindaba una respuesta a la "desmesura de estos crímenes" que habían superado las previsiones de cualquier legislador común. Por eso se sostiene que "El derecho de Núremberg es fruto de una necesidad. Ante el desarrollo del fenómeno criminal nazi, políticos y juristas tomaron conciencia de la necesidad de colmar urgentemente el vacío jurídico en el campo de la protección de las minorías nacionales en tiempos de paz. Hasta entonces, un Estado podía reprimir y matar a sus ciudadanos sin estar limitado por una obligación internacional, y además no existía ninguna ley que otro Estado pudiera invocar para justificar una intervención humanitaria. Desde el principio de la

guerra, esta impunidad resultó escandalosa" Tal y como lo señala IvesTernon en su escrito "*El Estado Criminal. Los Genocidios en el Siglo XX*". (Murillo G)

Hacia el año de 1946 los crímenes de lesa humanidad fueron reconocidos como tal por la Asamblea General de las Naciones Unidas y los mismos fueron incluidos en posteriores instrumentos internacionales, tales como los estatutos de los tribunales penales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Paralelamente a la creación de estos dos tribunales, se iniciaron los estudios y los debates en relación con la antigua y constante idea de crear una Corte Penal Internacional permanente, planteamiento formulado incluso desde antes del estallido de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, solo hasta 1998 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que entró en vigencia el 1º de julio del 2002 luego de la ratificación de 60 Estados. Según lo cual, Carolina Anello narra

El proyecto de creación de una Corte Penal Internacional surgió en los años 50, momento en que la Asamblea General creó una comisión sobre la Jurisdicción Penal Internacional, mediante resolución 489 (V) del 12/12/50 y 687 (VII) del 5/12/52, encargada de compilar las normas de los procesos de Nuremberg y de preparar un proyecto del estatuto para una Corte Penal Internacional. Esta comisión redactó un proyecto de estatuto en 1953 para una Corte Penal Internacional, elevándolo a la Asamblea en 1954. Este proyecto fue suspendido hasta tanto se llegara a un acuerdo en la definición del crimen de agresión. Asimismo, la guerra fría trajo consigo el estancamiento de estos progresos, por lo que recién en 1994 la Comisión finalizó la tarea que se le había encomendado y recomendó que la Asamblea General de las Naciones Unidas convocara a una conferencia internacional de Plenipotenciarios para que examinase tal proyecto. (Anello)

En este contexto, reviste particular importancia la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Mediante la cual se enfatizó en la necesidad de "*represión efectiva de tales crímenes*" y por lo tanto se estableció su imprescriptibilidad. En el mismo sentido, tal como

se desarrollará párrafos adelante, el Estatuto de Roma establece la imprescriptibilidad de la acción judicial y la pena de dichos crímenes.

En la actualidad al aprobarse el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, los crímenes de lesa humanidad han sido definidos. El Estatuto distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad respecto de los que la Corte tiene competencia de tres formas, claramente explicados por la Escuela de Caballería del Ejército Nacional en su artículo ¿Qué son Crímenes de Lesa Humanidad? Y que se expresan de la siguiente forma:

1. En primer lugar, los actos que constituyan crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, tienen que haber sido cometidos *“como parte de un ataque generalizado o sistemático”*. No obstante, el término «ataque» no denota una agresión militar, sino que se puede aplicar a leyes y medidas administrativas como deportación o traslado forzoso de población.
2. tienen que ir dirigidos *“contra una población civil”*. Los actos aislados o cometidos de manera dispersa o al azar que no llegan a ser crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de enjuiciamiento como tales. La presencia de soldados entre la población civil no basta para privar a ésta de su carácter civil.
3. tienen que haberse cometido de conformidad con *“la política de un Estado o de una organización”*. Por consiguiente, pueden cometerlos agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los *“escuadrones de la muerte”*. Así mismo, pueden ser cometidos de conformidad con la política de organizaciones sin relación con el gobierno, como los grupos rebeldes. (ESCAB, 2006)

De donde se llega a concluir que en el Estatuto de Roma se considera que pueden constituir crímenes de lesa humanidad los 11 tipos de actos siguientes:

1. Asesinato;
2. Exterminio;
3. Esclavitud;

4. Deportación o traslado forzoso de población;
5. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
6. Tortura;
7. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
8. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
9. Desaparición forzada de personas;
10. El crimen de apartheid;
11. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Así mismo, cabe anotar que en Colombia recurrentemente en la actualidad, se discute acerca de si los delitos de concierto para delinquir y la desaparición forzada, entre otros, son crímenes de lesa humanidad.

Particular atención llama la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, Rad. 26945 de once de julio del 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca; Rad. 29472 de 10 de abril del 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Rad. 32022, de 21 de septiembre del 2009, M.P. Sigifredo Espinosa; Rad. 29640 de 16 de septiembre del 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario de Lemos; y, Augusto Ibáñez Guzmán; Rad. 31582, de 22 de diciembre del 2009, M.P. María del Rosario González, en el sentido de que el delito

de concierto para delinquir agravado (artículo 340. 2 del C.P),se encontraría en la lista de delitos de lesa humanidad. Al respecto se indica:

Artículo 340. 2 del Código Penal. “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes”. (C.P Art. 340. 2)

Que además de imputarse como el delito base en las actuaciones adelantadas en el marco de la Ley 975 del 2005, debe ser considerado crimen de lesa humanidad. En este sentido la Corte ha establecido que:

Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no solo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el concierto para delinquir agravado.

Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos³:“(i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; “(ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y “(iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización, bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza⁽⁴⁾, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica. (Sentencia C – 620 de 2011)

Según Claudia López, no se comparte el criterio de la Corte por cuanto en ningún instrumento de derecho penal internacional, incluidos los Estatutos de los Tribunales Yugoslavia o Ruanda, de la Corte Especial para Sierra Leona, de la Corte Penal

Internacional ni de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, el delito de concierto para delinquir es considerado, en cualquiera de sus modalidades, como delito de lesa humanidad. Ni la mera pertenencia a un grupo al margen de la ley, ni la concertación para cometer crímenes de lesa humanidad como etapa previa a la tentativa (*conspiracy* en el Derecho Penal Internacional), constituyen delitos de lesa humanidad en sí mismos. (López, 2010. p. 219 y ss)

Por otra parte, la Sala de Casación Penal olvida que los Estatutos de los Tribunales Especiales, así como de la Corte Penal Internacional, no permiten que se califiquen como crímenes de lesa humanidad conductas que en ellos no se han tipificado de tal manera, por cuanto ello vulneraría el principio de legalidad y correspondería a una aplicación indebida de la analogía *in malam parte*. Por cuanto el Art. 22 del Estatuto de Roma: “*Nullum crimen sine lege. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte*”.

A sí mismo, se llega a la conclusión que los Estados que redactaron el Estatuto de Roma reafirmaron, por omisión de toda relación con un conflicto armado, que los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse en tiempo de paz o durante conflictos armados. Aunque los Tribunales de Núremberg y Tokio limitaron su competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad a los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, posteriores instrumentos internacionales, jurisprudencia y análisis eruditos han puesto claramente de manifiesto que no es necesario que el acto se cometa durante un conflicto armado para que constituya un crimen de lesa humanidad, por lo que se puede afirmar que los actos atroces cometidos por los grupos al margen de la ley contra la población civil hacen parte de esta esfera, los cuales merecen el repudio por parte de los organismos internacionales y darle la transcendencia del caso. (ESCAB, 2006).

Se debe reconocer que el derecho internacional y Estatuto de Roma no imponen requisitos para el ejercicio de la competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad, salvo en el caso del crimen de persecución. En consecuencia, hay que decir, que los

crímenes de lesa humanidad se distinguen de estos según la corte penal de Roma, ya que son cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático”, lo que lleva a pensar que pueden ser ejecutados bien sea por agresión militar o en la aplicación de medidas administrativas en cumplimiento de la ley (desaparición forzosa, tortura, etc.), bajo las políticas de un Estado o una organización armada, subversiva o rebelde.

Sin embargo, al concebir estos actos que atentan contra los Derechos Humanos y por ende contra el Derecho Internacional Humanitario, no necesariamente se debe estimar de manera exclusiva a los Estados como sujetos activos de la conducta; de donde cabe la posibilidad a interpretar las acciones, que en virtud del acto, desarrollan organizaciones delictivas, que operan en el territorio nacional. De donde se debe, igualmente desdeñar e interpretar la acción garantista del Estado que debe proteger integralmente a los connacionales de estas prácticas de atrocidad y barbarie, bajo la prescripción de los Derechos Humanos.

En el entendido que los criminales de guerra deben ser enjuiciados en el momento y por el Estado respectivo, Colombia ha dispuesto llevar los casos a los Altos Tribunales, tal como lo estipula la Convención de Ginebra. Igualmente, hay que decir, que el Derecho Internacional Humanitario rompe los límites y exige que los Estados castiguen los delitos sin importar la nacionalidad del criminal, abordando de esta manera la concepción de “Transnacionalidad Criminal”, la cual en su afán de mejorar la seguridad de los pueblos, está llamada a tomar medidas y aplicar la justicia, llevándolos a instancias internacionales, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (ESCAB, 2006).

A su vez, se asume que el tratado de Ginebra debe aplicarse en toda su extensión a aquellos que cometan crímenes de lesa humanidad, sin distingo o excepción alguna. Por ello se debe recordar que quien ejecute este tipo de delitos son objeto de extradición y no admiten amnistías o indultos. En tal sentido traer a colación el episodio referente a la extradición del autor material de asesinato de los tres indigenistas estadounidenses, sujeto conocido con el alias “el marrano”. (ESCAB, 2006).

No obstante los esfuerzos realizados por los organismos estatales de protección e investigación criminal, que buscan prevenir la ejecución de crímenes de lesa humanidad y garantizar los derechos de los ciudadanos, contenidos en la Carta Política, bajo los parámetros de la igualdad, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los connacionales siguen viéndose vulnerados e irrespetados frecuentemente, sin que por ello la acción y administración de justicia nacional logre establecer los mecanismos propios para la sanción que merecen las vejaciones criminales con que se cometen estos actos.

Cuando se refiere a los crímenes de lesa humanidad, se habla de infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, que ofenden la conciencia ética de la humanidad y niegan la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana. Entonces, determinar que los crímenes de mayor ocurrencia en el país, como son las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y las torturas, atribuidas a los grupos al margen de la ley, son delitos de lesa humanidad, es acertado. GAOML, como se pueden denominar, según la Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (Fiscalía, 2009)

Las Naciones Unidas, guiadas por los propósitos y principios enunciados en la Carta referentes al desarrollo de la cooperación entre los pueblos y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, proclaman principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, Cabe preguntarse entonces, si se encuentran identificados las organizaciones que atentan contra estos principios (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos)

De donde surge la imperiosa necesidad de ayuda y cooperación internacional que contribuya a combatir los efectos e impacto de los crímenes de lesa humanidad y a su vez abra la posibilidad al juicio y sanción de los responsables de las conductas. Se tiene entonces que el enjuiciamiento y sanción corresponde en primera instancia al Estado donde fue perpetrado el crimen, sin desconocer que es deber de los organismos internacionales hacer este tipo de acciones tendientes a denunciar a la luz pública a personas u

organizaciones que ejecuten este tipo de actos, de conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial, de 14 de diciembre de 1967, “*Los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad*”. Se puede observar, en este sentido, cómo países bajo el manto de amigos de la paz, acogen a los cabecillas de estos grupos como grandes embajadores, cuando llevan sobre sus espaldas las atrocidades cometidas en nombre de la reivindicación social.

2.1.3. Actos que constituyen crímenes contra la humanidad

Tal y como se expresa en el documento “*Crímenes contra la humanidad: configuración del tipo penal en derecho internacional y sus diferencias respecto del tipo de genocidio*”, al referirse al “*Código de Crímenes*”, aunque los instrumentos legales posteriores a Núremberg han profundizado en la definición de crímenes contra la humanidad, existe un acuerdo generalizado sobre los tipos de actos inhumanos que constituyen crímenes contra la humanidad, los cuales son esencialmente los mismos que se reconocían hace casi ochenta años. A la luz del desarrollo actual del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, constituyen crímenes contra la humanidad el genocidio, el apartheid y la esclavitud. Así mismo, han sido considerados crímenes contra la humanidad la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción a estado de servidumbre, los trabajos forzados, las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, las violaciones y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario. (Equipo Nizkor, 2007)

De este modo, el Artículo II, pár. 1 de la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, promulgada para hacer efectivos los términos de la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1975, define los crímenes contra la humanidad del siguiente modo:

(c) Crímenes contra la Humanidad: atrocidades y ofensas incluyendo, pero no limitadas a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, o

cualesquiera actos inhumanos cometidos contra una población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

(d) Pertenencia a las categorías de grupo u organización declarados criminales por el Tribunal Militar Internacional. (Equipo Nizkor, 2007)

Que posteriormente van a ser definidos por los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) en sus artículos 5 y 3 de la siguiente manera:

Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- 1. Asesinato;*
- 2. Exterminio;*
- 3. Esclavitud;*
- 4. Deportación;*
- 5. Encarcelamiento;*
- 6. Tortura;*
- 7. Violaciones;*
- 8. Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;*
- 9. Otros actos inhumanos (En: Equipo Nizkor, 2007)*

Concluye el Equipo Nizkor, que esta definición está basada en la primera parte del artículo 6(c) del Estatuto de Nuremberg y la misma hace referencia también a los actos de persecución que, de hecho, constituyen la segunda categoría de crímenes contra la humanidad contenida en el Estatuto del Tribunal. (Equipo Nizkor, 2007)

2.2. Genocidio

“Antes, los asesinos eran llevados ante la justicia mientras que los genocidas se retiraban en medio de lujos. La Corte Penal Internacional terminará con el reino de la

impunidad para siempre"William R. Pace Coordinador General, Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional.

Hablar de genocidio es hablar de maldad, es una palabra que produce temor, es más cuando se escucha esta palabra tan fea de inmediato se imaginan cosas atroces que difícilmente se entienden. El comprender este tipo de situaciones sería por la "cercanía" o la exposición a esta cruda realidad.

Se puede decir, que el genocidio es un acto por el cual se observan imágenes de personas que han padecido un ataque, una agresión, donde la sangre se hace presente, pero no, eso solo es imaginación, ya que la realidad es otra y cruel. Genocidio significa más que una escena con víctimas y esto sucede con más frecuencia de lo que se cree. Se escuchan en las noticias informes sobre conflictos irregulares, pero sin explicación alguna, es decir, no se informa acerca de las causas que originaron tales actos de violencia. Cuando la sociedad se entera de hechos de este tipo a lo largo de la historia ha sido porque tales actos fueron descubiertos e informados después que ocurrieron los crímenes.

Sin duda alguna, todos los países que respetan los derechos Humanos deben y tiene la obligación de prevenir y castigar a los responsables de cometer este crimen abominable: el genocidio. Se tiene que éste, no ocurre de manera inmediata o de un momento a otro, no, es planeado, premeditado, de manera deliberada y las consecuencias no solo las padecen los habitantes del sitio en donde se perpetra, sino también los países fronterizos, lo que hace que la seguridad de los vecinos se vea afectada.

Este crimen considerado como crimen de crímenes, va en detrimento de una población y resquebraja las estructuras en donde descansa la sociedad, afecta las familias y pueblos quienes tienen que afrontar secuelas irreparables. Hablar de genocidio es hablar de la negación al derecho a la existencia que tienen los grupos humanos.

Este crimen que busca asesinar a la población en masa es considerado un delito de talla internacional, razón por la cual se lo define como “*delito internacional cometido por funcionarios del Estado o particulares con la intención de destruir a un grupo étnico, racial o religioso, causando lesiones, muerte o exterminio*”. Esta es la definición aceptada el 9 de diciembre de 1948 cuando se creó la organización de las naciones unidas ONU.

La historia muestra episodios en los que se ven claramente tipificado el delito de genocidio. Con la llegada de los españoles a América la población indígena disminuyó ostensiblemente y entre otras causas se diezmó la población nativa cuando los europeos en su afán de saquear los recursos naturales de estos territorios arrasaron con esta población.

En la frontera de Israel con el Líbano a diario se encuentran episodios sangrientos en donde mueren seres humanos que lo único que hacen es vivir con sus congéneres que se constituyen en sus enemigos. Los judíos han tenido que soportar este crimen y quizá alguien como ellos entienden lo que significa esta palabra, sinónimo para ellos de horror, muerte, desolación. Ellos lo padecieron porque lo vivieron. Fueron perseguidos por los alemanes en cabeza de Hitler y acabaron estos seres humanos en campos de concentración y todo por la ambición de poder, por sus creencias de superioridad y las pretensiones de este dictador.

Por estos crímenes se crea la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio que surgió luego del proceso que se dio en Núremberg, y en donde se procesó y juzgó a muchos de los culpables de estos crímenes atroces. Según Sentencia del Tribunal de Nuremberg del 1 de octubre de 1946,

Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse efectivas las normas del derecho internacional. (En Valencia, 2000)

Para el Profesor Theodor Meron, de la Universidad de Nueva York, una de las más representativas autoridades académicas en materia de Derecho Internacional Humanitario,

lo más importante del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, son los artículos 6, 7 y 8, que tratan de los delitos de competencia del nuevo tribunal. Allí se contemplan: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra; normas inspiradas en el artículo 6 del Acuerdo de Londres, del 8 de agosto de 1945, que estableció el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para el juzgamiento de los jefes de la dictadura hitleriana, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial (Valencia, 2000)

Del mismo modo, el maestro Antonio Cassese, quien fuera presidente del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, desmiente uno de los principios fundamentales de la civilización jurídica moderna al decir: “nadie puede ser juzgado por una acción, que en el momento de llevarse a cabo, no se consideraba como criminosa (*nullum crimen sine lege*)”(Valencia, 2000)

Entonces, según Yves Terner, de estas dos opiniones, se deriva la invención de la responsabilidad penal internacional del individuo por el llamado “Derecho de Nuremberg” (Valencia, 2000), la cual sin lugar a dudas, se constituye en una hazaña de la razón democrática y humanitaria en medio de la infamia y barbarie del hombre contra el hombre, vivida durante el siglo pasado, signada por millones de muertos y desaparecidos.

Decir entonces, que el establecimiento de esta nueva justicia de la humanidad, requiere que sus postulados se contemplen dentro de lo que se ha denominado crímenes de lesa humanidad, de tal manera que desde allí se puedan enfrentar y combatir los efectos de las vejaciones criminosas con las que se cometen estos actos en contra del hombre mismo. En tal sentido, cabe pensarse que “*la lucha democrática, por medio del derecho y de los derechos contra la barbarie de los estados, contra – estados y para - estados que plagan la tierra*” (Valencia, 2000), constituye una de las mayores preocupaciones de la Corte Penal Internacional, de modo que desde allí le corresponde a los Estados librarla en defensa de los derechos humanos

Igualmente, cómo no recordar a Ariel Sharon, ex primer ministro israelí es acusado de perpetrar un genocidio en su país cuando ordenó destruir a los pueblos de Sabra y

Chatila, en el Líbano, sitio en el que se refugiaban miles de civiles palestinos que se encontraban en estado de indefensión. Sharon ordenó esa masacre el 15 y 16 de septiembre de 1982, lo que causó indignación mundial. Se calcula que en esos días murieron más de 4,000 palestinos. La réplica hace que este conflicto se agudice y todo porque luego de aquella masacre, se creó el grupo ChiítaHezbollah ,que acosa y ataca constantemente a Israel, y exige la liberación de los centenares de prisioneros que tiene Israel en su poder.

Según datos estadísticos, hasta la fecha en Israel han muerto 55 soldados, y hay más de mil heridos, en tanto que del lado libanés, han muerto 860 civiles, hay 3,265 heridos y lo más lamentable, hay 913,760 desplazados, que han perdido todo y huyen a Siria o a Turquía para no perder la vida.

En el medio oriente la situación es tensa, y a diario hay enfrentamientos y lo que sucede en este territorio lo pueden catalogar o llamar de muchas maneras, pero dado que de ambos lados los contendientes intentan aniquilar al enemigo por el hecho de ser de raza y religión diferente, eso es genocidio. Hay muchas definiciones de genocidio, sin embargo se pueden referenciar algunas que se consideran relevantes y que se encuentran descritas en el trabajo de Daniel Feierstein *“El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia Argentina”*; en el referido trabajo se menciona:

1. La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de las Naciones Unidas en el artículo 2 de 1948:

Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) matanza de miembros del grupo;*
- b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;*
- e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. (Feierstein, 2007)*

Según Chalk y Jonassohn, desde el punto de vista del perpetrador son genocidios:

- a) aquellos implementados para eliminar una amenaza real o potencial a la sociedad;*
- b) aquellos implementados para diseminar el terror entre enemigos reales y potenciales;*
- c) aquellos implementados para adquirir riqueza económica;*
- d) aquellos implementados para desarrollar una creencia religiosa, una teoría científica o una ideología. (Feierstein, 2007)*

Israel Charny establece una clasificación:

- a) Masacre genocida (ligada a la «pequeña escala» en que se desarrolla la práctica);*
- b) Genocidio intencional (aquel desarrollado con la intención explícita de destrucción de un grupo, sea este del tipo que fuere);*
- c) Genocidio en el curso de procesos de colonización o de consolidación de poder;*
- d) Genocidio en el curso de una guerra agresiva (matanza de civiles en acciones militares);*
- e) Genocidio como modalidad específica de los «crímenes de guerra»;*
- f) Genocidio como resultado de la destrucción ecológica. (Feierstein, 2007)*

VahaknDadrian elaboró una tipología vinculada a los resultados de las prácticas genocidas:

- a) Genocidio cultural;*
 - b) Genocidio latente (como resultado de matanzas sin intención previa de aniquilamiento);*
 - c) Genocidio retributivo: matanzas cuyo objetivo es el castigo a una minoría que desafía a un grupo dominante;*
 - d) Genocidio utilitario: aquel que se realiza con el objetivo y resultado de obtener el control de recursos económicos;*
 - e) Genocidio óptimo: cuando se busca el aniquilamiento total de una población.*
- Los casos prototípicos de este modelo serían el genocidio armenio y el genocidio judío implementado por el nazismo. (Feierstein, 2007)*

Helen Fein distingue entre los genocidios “previos al Estado nación moderno”:

- a) aquellos cometidos para eliminar a miembros de fe;*

b) aquellos cometidos para exterminar a otras tribus o pueblos y aquellos «posteriores»:

a) para legitimar la existencia estatal;

b) para eliminar a un grupo originario que bloquea la expansión estatal;

c) como reacción a una rebelión contra el estado. (Feierstein, 2007)

A su vez, Daniel Feierstein, por último, comparte la separación entre genocidios pre moderno y moderno, y para aquellos producidos a partir del desarrollo del “*Estado nación*” distingue los siguientes tipos:

a) genocidio constituyente, aquel cuyo objetivo, en términos de relaciones sociales, es la constitución de un Estado nación, para lo que se requiere el aniquilamiento de todas aquellas fracciones excluidas del pacto estatal, tanto poblaciones originarias como núcleos políticos opositores al nuevo pacto social;

b) genocidio colonialista: es aquel que involucra la aniquilación de poblaciones autóctonas, básicamente como necesidad de utilización de los recursos naturales de los territorios que ocupan y/ o como estrategia de subordinación de la población originaria;

c) genocidio poscolonial: se refiere específicamente al aniquilamiento de población producto de la represión a las luchas de liberación nacional;

d) genocidio reorganizador: remite a la aniquilación cuyo objetivo es la transformación de las relaciones sociales hegemónicas al interior de un estado nación preexistente.(Feierstein, 2007)

Según Alexander Aizenstatd, La palabra *genocidio* fue creada por el jurista polaco Raphael Lemkin, de las raíces *genos* (término griego que significa familia, tribu o raza) y *-cidio* (del latín *cidere*, forma combinatoria de *caedere*, matar). Lemkin quería referirse con este término a las matanzas por motivos raciales, nacionales o religiosos. Su estudio se basó en el genocidio perpetrado por el Imperio Otomano contra el pueblo armenio en 1915. Luchó para que las normas internacionales definiesen y prohibiesen el genocidio. De esta manera se introdujo para los grupos colectivos (nacionales, étnicos, raciales y religiosos) el concepto de lo que el homicidio es para los individuos, el reconocimiento de su derecho a existir.(Aizenstatd, 2007. P: 12)

Así mismo, La Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad considera el genocidio del género crímenes de lesa humanidad; el Acuerdo o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, que estableció el Estatuto del Tribunal de Núremberg, definió como:

Crímenes contra la humanidad el "asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra. (Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, art. 1b)

En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal y proclamó la resolución 96 (I) sobre el crimen de genocidio, que define como *"una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros"*, instando a tomar las medidas necesarias para la prevención y sanción de este crimen. Esta resolución cristalizó en la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.(Feierstein, 2007).

La definición de genocidio plasmada en la Convención de 1948 ha sido acogida en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, de 1993, el artículo 2 del Estatuto del Tribunal penal Internacional para Ruanda, de 1994, y el artículo 6 del Estatuto de Roma de 1998, por el que se creó la Corte Penal Internacional.

Según la normatividad, el genocidio refiere un tipo penal que no protege el derecho a la vida. Al respecto la pensadora alemana Hannah Arendt, plantea ciertas reflexiones sobre estas materias y que no han sido superadas todavía. Dice que el genocidio constituye el crimen de los crímenes porque pretende destruir la característica clave de la condición humana, que es la diversidad: *"No es el Hombre sino los hombres quienes habitan este planeta: la pluralidad es la ley de la Tierra"*. Más aún, según Arendt el incumplimiento del principio de legalidad del delito y de la pena por parte del Tribunal de Núremberg no sólo

estaba justificado sino que era hasta cierto punto imperativo debido a la novedad absoluta del genocidio nazi como tentativa de destrucción de la diversidad de la humanidad (Arendt. En: D'Arcais et Arendt, 1996 P: 42).

Desde el punto de vista de la doctrina, la penalista Cerezo Mir, define por lo general el Derecho penal como el sector del ordenamiento jurídico que tiene la función de proteger los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos y la suma de todos ellos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho (11). Pero el Derecho penal no protege todos los bienes cuya protección ha asumido el Derecho en general y frente a cualquier forma de agresión sino solamente aquellos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión. (Cerezo, 1996. P: 13)

De esta manera, al ser la consecuencia prevista para la infracción de sus normas: la pena, la más grave que prevé el ordenamiento jurídico, se entiende que el legislador sólo debe acudir al Derecho penal cuando sea absolutamente imprescindible, por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica menos graves propias de otros sectores del ordenamiento. (Cerezo, 1996. P: 13). Trasladando esta concepción del Derecho penal en los ordenamientos internos al Derecho penal internacional se tiene que, del mismo modo, el Derecho penal internacional sería el sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, de los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves (Cerezo, 1996. p.13).

Así, el delito de genocidio se describe mediante la enumeración de una serie de conductas que han de ser cometidas con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso. No se trata, como se ha mantenido en ocasiones erróneamente, del móvil del delito, sino de un elemento subjetivo de lo injusto. El móvil con el que se actúe es irrelevante para la existencia del delito. Se puede actuar con el propósito de destruir el grupo por motivos políticos, económicos, xenófobos, por venganza. Se está, por tanto, ante un delito de intención. (Gil A. p. 23)

El delito de genocidio es un crimen y como tal es letal para todos los grupos humanos porque ataca su existencia, vulnera y desconoce derechos fundamentales que son vitales del mundo en la actualidad y dentro de esos derechos precisamente es el que tiene que ver con derecho de todos los pueblos y de las personas a la coexistencia y al pluralismo, a la igualdad, a considerar a los seres humanos como seres dignos lo cual implica a todos, la población y a los Estados la obligación de ser tolerantes y respetuosos hacia la diversidad racial, cultural, étnica , política, nacional, solo así y con fundamento en ese respecto se lograrían las condiciones para una convivencia pacífica y civilizada, en tal virtud el genocidio como crimen contra la humanidad humilla y ofende a los pueblos y de paso desestabiliza al mismo Estado donde los hechos son producidos, de allí su inmensa gravedad.

En la sentencia número C-148 del 2005 la Corte Constitucional pone de presente los antecedentes en el ámbito interno del delito de Genocidio y la tipificación que como delito encuentra su fundamento en la Constitución Nacional. Al respecto la Corte manifiesta:

En el ámbito interno cabe hacer énfasis en que la tipificación del delito de genocidio no obedece exclusivamente al cumplimiento de los compromisos internacionales a que se ha hecho referencia o al acatamiento de normas que como la prohibición del exterminio selectivo hacen parte del ius cogens, sino que haya fundamento en la Constitución misma, la cual reconoce el derecho a la vida como inviolable al tiempo que impone al estado el deber de garantizar la diversidad étnica y cultural, la libertad religiosa, el derecho de asociación, la conformación de movimientos o grupos políticos y proscribire la discriminación por razones de raza, sexo, origen nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Sentencia C – 148 de 2005)

En esta Sentencia, Frente al genocidio y su tipificación como delito en la legislación penal colombiana, al análisis del tipo penal, la norma que determina la gravedad de la lesión como elemento para su configuración, la tortura y su prevención, la Corte señala:

Téngase en cuenta al respecto que dicha Convención no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana. Así, el numeral 2 del artículo 1° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes señala que dicho artículo en que se define lo que se entiende por tortura para dicha Convención suscrita antes de la Convención Interamericana “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Es decir que el texto de la Convención Interamericana prima en esas circunstancias. A su vez el artículo 10 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala que “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”. Es decir que el hecho de que en dicho estatuto -cuya aprobación por Colombia es la más reciente- figure una disposición que no es coincidente con la definición de tortura establecida en la Convención Interamericana, en nada impide que se tome en cuenta el contenido más garantista que se establece en la referida Convención en cuanto al delito de tortura. (Sentencia C – 148 de 2005)

En uno de sus apartes haciendo énfasis a la gravedad de este delito de genocidio, dice la Corte:

GENOCIDIO-Inclusión de la expresión “grave” para la tipificación como delito... Al respecto la Corte constata que como se desprende de los apartes preliminares de esta sentencia no existe ninguna contradicción entre las normas internacionales que definen el delito de genocidio -que se contienen en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio y en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional- y el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 en cuanto a la inclusión en dicho texto legal de la expresión grave para calificar el tipo de lesión que se considera constitutiva de dicha conducta. Es claro, en efecto, que tanto en dichos textos internacionales como en el artículo 101 en que se contiene la expresión acusada se hace referencia al carácter grave de las lesiones que puedan infligirse a los miembros de un grupo para tipificar el delito de genocidio y en este sentido mal puede considerarse que el Legislador desconoció en este caso el mandato contenido en el artículo 93 superior que señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que

reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Así como que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Sentencia C – 148 de 2005)

Así mismo, respecto a los bienes jurídicos que se protege al penalizar el genocidio la Corte señala:

El bien jurídico que se busca proteger al penalizar el genocidio, no es tan sólo la vida e integridad sino el derecho a la existencia misma de los grupos humanos, sin supeditarlos a su nacionalidad, raza, credo religioso o político. Así mismo que el delito de genocidio supone el elemento intencional especial a saber la destrucción total o parcial del grupo humano de que se trate. Dicho bien jurídico específico y dicha intencionalidad igualmente específica hacen que de la misma manera que no cualquier agresión racista pueda considerarse como genocidio, no toda lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo deba calificarse como tal. (Sentencia C – 148 de 2005)

En cuanto a la tipificación de este delito y la libertad de configuración legislativa dice la Corte:

La simple existencia del elemento subjetivo del tipo penal genocidio, -sin que la conducta que se desarrolle sea consecuente con la intención, por carecer en sí misma de eficacia para obtener dicho resultado-, no puede llevar a la conclusión de que necesariamente el legislador deba tipificar como una de las modalidades de genocidio cualquier lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo sea este nacional, étnico, religioso o político. Si bien la Corte en la sentencia C-578 de 2002 precisó que no es necesario que el resultado querido por el genocida -a saber la destrucción total del grupo- se produzca para que determinadas conductas se tipifiquen como genocidio, es claro que para que la Ley penalice una conducta de esta manera es necesario que la actuación que se sanciona pueda en sí misma conducir a dicho resultado y esté en posibilidad real de amenazar el bien jurídico que se pretende proteger. (Sentencia C – 148 de 2005)

Debe ser una de las banderas del Estado colombiano la lucha contra la impunidad, al igual que el castigo a aquellos actores que han sembrado el terror en la patria y la batalla contra la impunidad y por la búsqueda y consolidación de una verdadera democracia requiere que se armonicen acciones jurídicas no solo internas sino con el apoyo de mecanismos internacionales, en este ámbito, que las víctimas se movilicen en protesta contra estos crímenes al igual que su participación en política con verdaderos defensores de derechos humanos haciendo a un lado a los politiqueros, uniendo esfuerzos con el apoyo y la gestión internacional. Esta lucha debe dejar de ser un problema solo de las víctimas y las organizaciones de derechos humanos y debe pasar a convertirse en una preocupación de toda la sociedad.

Es necesario que la estructura judicial funcione y acoja no solo la ayuda internacional para castigar estos crímenes que la sociedad internacional rechaza y de ahí la importancia que las Altas Cortes se manifiesten al respecto tal como lo hizo la honorable Corte Constitucional quien en sentencia numero C-488 del año 2009, con ponencia del magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, se manifestó frente a los instrumentos internacionales sobre genocidio adoptados por Colombia y su incorporación al bloque de constitucionalidad. A este respecto dice la Corte:

Las normas de derecho internacional adoptadas por Colombia en relación con el genocidio son básicamente dos: (i) la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, aprobada en el derecho interno mediante Ley 28 de 1959, y (ii) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobada por el Congreso mediante Ley 742 de 2002 y declarado exequible por esta Corporación en la Sentencia C-578 de 2002. (Sentencia C – 488 de 2009)

En cuanto hace referencia a la Convención sobre Genocidio, considera la Corte que es un instrumento que se incorpora al bloque de constitucionalidad por diversas vías. Como parámetro interpretativo de los derechos humanos reconocidos desde la Constitución (art.93-2), pues la Convención es un tratado ratificado por Colombia que tiene relación directa con el respeto a la existencia de los grupos como expresión del pluralismo y la dignidad humana (art.1 CP), a la vida (art.11 CP), a la integridad física, a la prohibición de

tratos inhumanos, crueles y degradantes (art.12 CP), a la libertad personal (art. 28 CP), así como a la protección de los niños (art.44 CP).

Aquí es importante recordar que el derecho internacional de los derechos humanos comprende el conjunto de normas convencionales dirigidas a la *“protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes”*. En esa medida, entiende la Sala que un importante mecanismo de protección de los derechos humanos es precisamente la tipificación de conductas que atentan de manera grave contra esos derechos, por cuanto no sólo nadie puede ser sujeto pasivo de genocidio sino, además, la imposición de sanciones individualizadas contribuye notablemente y con alto impacto persuasivo a desestimular los actos de barbarie contra la humanidad.

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que la prohibición de genocidio también es una norma relacionada con el Derecho Internacional Humanitario que se integra a la Constitución por la vía del artículo 214-2 Superior, pues la propia Convención sobre Genocidio señala que ese crimen se prohíbe tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Es así como esta Corporación ha reconocido que *“la prohibición absoluta de genocidio en el curso de un conflicto armado (...) tiene indubitablemente el rango de iuscogens”*.

Las mismas consideraciones son predicables en cuanto tiene que ver con la consagración del delito de genocidio en el artículo 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por supuesto sin desconocer las particularidades propias de esa regulación, en especial en virtud del principio de complementariedad frente a la legislación nacional.

Sobre la relevancia del Estatuto de Roma como instrumento de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en la Sentencia C-370 de 2006, que examinó la constitucionalidad de la ley de justicia y paz, la Corte insistió en el deber del Legislador de respetar las obligaciones adquiridas por Colombia en el marco del

derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente conforme a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

El Estatuto de Roma, mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional, constituye probablemente el mayor instrumento internacional de protección a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Según lo define el Preámbulo del mismo Estatuto, el ánimo que impulsó a la creación de esta Corte fue el reconocimiento de que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”

Así mismo, el deber de investigación del Estado respecto de los delitos de suma gravedad ha de cumplirse en términos respetuosos de sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; a este respecto cobra especial relevancia lo dispuesto en el estatuto de la Corte Penal Internacional, debidamente suscrito y ratificado por Colombia, en relación con el cual afirmó esta Corporación en la sentencia C-578 de 2002.

La vigencia del Estatuto de Roma, constitutivo de la CORTE PENAL INTERNACIONAL, adoptado el día 17 de Julio de 1998, en Roma, Italia, durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional", en Colombia, fue ratificado mediante la Ley 742 de 2002, y en sentencia de la Corte Constitucional No 578 del 2002, se declaró exequible.

Capítulo 3

La responsabilidad de los Adolescentes en Crímenes de Lesa Humanidad

El artículo 175 Inc.1 de la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, desarrolla el Principio de Oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos por grupos ilegales alzados en armas, en donde se establece que la Fiscalía podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes ,en cualquier condición hayan hecho parte de la beligerancia subversiva, hubieren participado directa o indirectamente en las hostilidades o cuando se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

De ser así, se puede decir, que a pesar de las razones dadas por la Corte para llevar a cabo el procesamiento jurídico penal de los menores combatientes desmovilizados, en la práctica siempre existirán esas condiciones sociales, económicas y culturales que conllevan a los entes judiciales a renunciar a la persecución penal, como hasta el momento se ha visto, pues bajo el nuevo sistema de responsabilidad penal del adolescente se le ha dado prioridad a la condición de víctima de un crimen de guerra, que es delito de lesa humanidad, tal y como lo es la trata de personas en la modalidad de reclutamiento forzado del menor excombatiente para brindarle el apoyo que se quiere por parte del ICBF.

No obstante que las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, Crímenes de Lesa Humanidad y el Genocidio, constituyen delitos de suma gravedad y en tal sentido los organismos internacionales y todas las naciones han enfilado sus esfuerzos para prevenir, juzgar y reprimir de manera ejemplar esta clase de violaciones; cuando se trata de adolescentes que por circunstancias ajenas a su voluntad han terminado siendo parte de grupos armados irregulares, la óptica con la que se los reprocha, no puede ser la misma que cuando se trata de adultos.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 174 del Código de Infancia y Adolescencia, establece: *“las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad”*. De otra parte, de acuerdo con los instrumentos internacionales y la propia ley 1098 de 2006, el tratamiento que se debe dar a los adolescentes debe ser diferencial, priorizando y superponiendo su interés superior, y atendiendo a que la finalidad de la sanción es protectora, educativa y restaurativa, ninguna justificación habría para impedir o prohibir que sean beneficiados con el principio de oportunidad frente a los mencionados delitos de lesa humanidad, genocidio y en general las graves violaciones al D.I.H

3.1. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Se hace necesario conocer acerca del Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes el cual se define como *el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de adolescentes entre catorce (14) y dieciocho (18) años que cometen delitos.*

Colombia al hacer parte de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el año 1991 y a sus disposiciones se les reconoce primacía con relación a las leyes nacionales esto es en concordancia con los artículos 44 y 93 de la Constitución Nacional. El artículo 44 de la carta política contempla el principio de integralidad para determinar el interés superior del menor de edad y desarrollado además en los artículos 7 y 8 del Código de Infancia y Adolescencia. Se resalta que el artículo 44 de la Constitución Nacional es la consecuencia de la incorporación del principio del interés superior del menor, que busca garantizar su eficacia y orientar la interpretación y definición de otros derechos.

Precisamente se constituyen como derechos humanos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, lo cual significa que estos menores son sujetos y titulares de derechos.

La Constitución Política, como la Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Infancia y Adolescencia (ley 1098 del 2006) reconocen y establecen esta condición. Así mismo la normatividad vigente en estos documentos declaran que los derechos de infancia y adolescencia prevalecen sobre los derechos de los demás y consagran de esta manera el principio de “*interés superior*” como herramienta jurídica para garantizarlos en todos los procesos en los que se profiera decisiones.

Es por esto que existe y se hace evidente a nivel internacional y nacional una responsabilidad política, social e institucional del Estado y la sociedad, no sólo para proteger sino también para garantizar la Protección Integral de la infancia y adolescencia.

El Estado Colombiano es el garante de Derechos, en el artículo 41 de la Ley 1098 hace una referencia a la obligación de Garantía de Derechos por parte del estado, “*Los gobernantes son los responsables de garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con el fin de lograr su desarrollo armónico e integral*”; por consiguiente los derechos de los menores una vez son reconocidos legalmente por la Constitución Política y por el Código de Infancia y Adolescencia el Estado cumple un papel esencial: Garantizar esos derechos.

Según los lineamientos de Política Pública para el Desarrollo de los niños, niñas y adolescentes en los Departamentos y los Municipios, se distinguen entre otras las siguientes competencias y responsabilidades básicas del Estado:

1. Respetar: No impedir que las personas ejerzan sus derechos
2. Proteger: Impedir que terceros obstruyan el ejercicio de los derechos
3. Garantizar: Tomar medidas positivas para que las personas ejerzan sus derechos.
(portalterritorial.gov.co).

3.1.1 Referentes Internacionales para el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

La Constitución Política de 1991 establece que *“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”* Artículo 93 Bloque de Constitucionalidad. Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Artículo 6, reglas de interpretación y aplicación, remite a tales tratados y convenios, en especial a la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, como guías de su interpretación y aplicación.

En orden cronológico, se presenta los principales referentes internacionales para el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

La Declaración se aprobó y proclamó el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, vinculante para sus países miembros. Se trata de un conjunto de reglas encaminadas a proteger los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales, ambientales y culturales de las personas.

2. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

La Declaración fue adoptada mediante la Resolución 1386 de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Consagra una serie de principios garantes de una infancia feliz y goce efectivo de derechos y libertades. Prohíbe cualquier acto de abandono, crueldad o explotación e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente, a las organizaciones particulares, a las autoridades locales y los gobiernos nacionales a reconocer los derechos del Niño y luchar por su observancia.

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

El Pacto fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Señala la obligación de los Estados parte de garantizar los derechos y libertades que consagra el Pacto, al igual que el deber de respetarlos. Así mismo, insta a realizar los ajustes correspondientes en las disposiciones constitucionales, legales y otros desarrollos normativos de los Estados parte. (Partes I a III).

Entre los derechos que consagra el Pacto están: el derecho a la vida, libertad, seguridad, igualdad; la prohibición de tortura, tratos crueles e inhumanos; al igual que la esclavitud, servidumbre o trabajos forzados. En su Artículo 24 señala el derecho de todo niño a ser protegido por parte de la familia, la sociedad y el Estado; a tener un nombre y una nacionalidad (III Parte). La IV Parte del Pacto contiene las disposiciones relativas al Comité de Derechos Humanos. La V armoniza el Pacto con la Carta de las Naciones Unidas y la VI fija el procedimiento para su firma y entrada en vigor.

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 Aprobado por la Ley 74 de 1968. Entró en vigor el 3 de enero de 1976.

El Pacto fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Está estructurado en cinco partes. La primera (I) trabaja lo relativo “al derecho de todos los pueblos de libre determinación”. La segunda (II) versa sobre “las obligaciones que adquieren los Estados parte al respecto”. La tercera (III) señala que los Estados parte reconocen el catálogo de derechos consagrados en el Pacto, entre ellos el derecho a trabajar, al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, de asociación, seguridad social, participar en la vida cultural, entre otros. En particular, el Artículo 10, numeral 3, señala que “*se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y los adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y a los adolescentes contra la explotación económica y social*”. La cuarta (IV) señala las obligaciones de los Estados parte de informar sobre las medidas adoptadas para garantizar

estos derechos y la quinta (V) los procedimientos de entrada en vigor del Pacto para la plena efectividad de los derechos, sin discriminación.

5. Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969. Aprobada por la Ley 16 de 1972. Entró en vigor el 18 de julio de 1978.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica por los Estados americanos signatarios de la misma. Desarrolla los principios emanados de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Señala la obligación a los Estados parte de respetar los Derechos Humanos. Entre los derechos que contempla están: el derecho a la vida, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la integridad y libertad personal, de pensamiento y expresión, a las garantías judiciales, al principio de legalidad, reunión, asociación, protección de la familia, entre otros.

6. Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, 1989. Aprobada por la Ley 12 de 1991. Entró en vigencia para Colombia el 27 de febrero de 1991.

La Convención sobre los Derechos del Niño señala que *niño* es toda persona menor de 18 años de edad. Sus disposiciones se agrupan en tres partes. La primera consagra los derechos del niño. La segunda trata los compromisos de los Estados parte y su seguimiento. La tercera determina los mecanismos mediante los cuales los Estados se hacen parte de la Convención y su entrada en vigor, de acuerdo con la regla establecida el 2 de septiembre de 1990.

Compromete a los Estados parte en la aplicación y garantía efectiva de los derechos del niño, desde los principios de su interés superior, ser sujeto de derechos, la protección integral de éstos y la corresponsabilidad para tal protección. Entre el catálogo de derechos que observa la Convención están: el derecho intrínseco a la vida, supervivencia y desarrollo del niño; a un nombre, una familia y una nacionalidad; a la libre expresión, a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales, entre otros.

7. Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT, 1999. Aprobada por la Ley 704 de 2001. Entró en vigencia para Colombia el 22 de enero de 2006.

EL Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo señala que niño es toda persona menor de 18 años e indica cuatro tipos de peores formas de trabajo infantil. Estos son: “*a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad y la moralidad de los niños*” (Artículo 3).

8. Otros referentes de interpretación para la administración de justicia en personas menores de 18 años de edad y prevención de la comisión de conductas punibles.

Referentes que según Pérez (2009), son necesarios “de cara a la implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para las y los adolescentes, como quiera que el legislador no previó un procedimiento especial para regular la investigación, juzgamiento y control de la sanción que se imponga a los menores de edad.”

Reglas de Naciones Unidas para la Administración de justicia – Reglas de Beijing, 1990. Las Reglas de Beijing fueron adoptadas por la Resolución 4033 del 28 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Remiten a principios generales o fundamentales para la administración de justicia; definen su alcance y ámbito de aplicación; consagran lo relativo a la *mayoría de edad penal*; establecen los objetivos de la justicia de menores y precisan el alcance de las facultades discrecionales. De otra parte, consagran los

derechos de los menores y la protección de su intimidad; a la vez que establecen cláusulas de salvedad, investigación y procesamiento, especialización judicial, prisión preventiva, sentencia y resolución (pluralidad de sanciones), asesoramiento jurídico, informes sociales, entre otras materias. En la sexta y última parte consagra lo relacionado con la investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas.

Reglas de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil – Reglas de Riad, 1990. Las Reglas fueron adoptadas y proclamadas mediante la Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Consagran principios esenciales para la prevención de la delincuencia juvenil; precisan el alcance de sus directrices de conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos; establecen lo concerniente a la prevención general y los procesos de socialización; así como lo referente a la política social; la legislación y administración de justicia para menores; la investigación, formulación de normas y coordinación, entre otros aspectos. Es de anotar que entre los principios, las Reglas de Riad señalan la importancia de que los Estados estudien de manera sistemática la delincuencia juvenil y desarrollen medidas que eviten criminalizar y penalizar a esta población.

Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad – Reglas de La Habana, 1990. Las Reglas fueron adoptadas mediante la Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fijan disposiciones sobre los menores retenidos o en prisión preventiva y la administración de los centros y las características del recurso humano en éstos. Tienen por objeto “*establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad*” [Tercera regla]. En todo caso, señalan que la privación de la libertad deberá utilizarse como último recurso.

Reglas de Naciones Unidas para sobre las Medidas no Privativas de Libertad – Reglas de Tokio, 1990. Las Reglas fueron adoptadas mediante resolución 45/110, de 14 de

diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Establecen principios generales, el alcance de las medidas no privativas de la libertad y lo concerniente a las salvaguardias legales. Así mismo, fijan disposiciones previas al juicio, durante el juicio, su sentencia e imposición de sanciones y posterior a la sentencia. También, consagran medidas relacionadas con la investigación, planificación, formulación y evaluación de las políticas, entre otras materias.

Observación General de las Naciones Unidas No. 10 sobre los Derechos del Niño en la Justicia de Menores, 2007 El Comité de los Derechos del Niño, el 2 de febrero 2007, formuló la Observación General No. 10 que reconoce el esfuerzo de los Estados parte por administrar justicia a los menores conforme a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, no obstante señala vacíos aún por subsanar en materia “de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales, y privación de libertad únicamente como medida de último recurso”.

3.1.2. Principio de integralidad – simultaneidad para determinar el Interés Superior del Niño

Se ha dicho que la simultaneidad hace parte de la integralidad en tanto los derechos fundamentales de los menores son interdependientes entre sí, según lo indica el artículo 8 de la Ley de Infancia y Adolescencia al referirse al “interés Superior”, *“se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*.

El principio de integralidad –simultaneidad para determinar el interés superior del niño es la clave para entender que en materia penal para el adolescente, el principio de oportunidad no funciona como una excepción sino como una verdadera y fundante regla general, pasando a naturaleza meramente excepcional la obligación de llevar adelante la judicialización del menor de edad.

La integralidad - simultaneidad aparece claramente expuesta y exigida por el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño, vinculada a la legislación interna por la ley 12 de 1991, la cual demanda que los derechos especiales de que trata, tienen que ser vistos en perspectiva sistemática, atendiendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y desarrollando “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 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, llamadas “*Reglas de Beijing*” consagran, que para promover el bienestar del menor, el tratamiento jurídico e interdisciplinario a que debe someterse tiene que ser “*efectivo, humano y equitativo*” (Regla 1.3) y precisa que la justicia de menores “*deberá administrarse en el marco general de justicia social*” (Regla 1.4)

Así mismo, las “*Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil*”, también llamadas “*Directrices de RIAD*”, enfatizan que toda actividad oficial en materia de menores debe guiarse “*por la justicia y la equidad, y cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes*”, lo cual tiene el carácter de “*Principio Fundamental*” (Directriz I.5, c).

Las normas específicas sobre menores prefieren en su aplicación a las de las demás personas en tanto se encuentran informadas por los criterios de diferenciación y distinción. Esto tiene su fundamento en la necesidad de una protección para el menor que ha sido enunciada en la normatividad interna como internacional, así mismo en estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones

internacionales que se interesan en el bienestar del niño, puesto que “*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales*”.

La judicialización del menor debe ser la excepción y debe abrir camino a la adopción de medidas concretas menos informales como la aplicación al principio de oportunidad que gobierne como regla general. No aplica pues, en materia del Derecho Procesal Penal de la Adolescencia, lo dicho por la jurisprudencia constitucional en el ámbito del Derecho procesal penal de mayores, según lo cual tal mecanismo procesal se rige por el principio de discrecionalidad reglada, donde “la discrecionalidad hace referencia a atribuciones en las cuales la ley deja librada la evaluación de ciertos asuntos al criterio de los funcionarios competentes para aplicar una norma (Sentencia C- 095 de 2007).

Según lo anterior y sin duda alguna, se contempla o deriva la necesidad de tener como principio rector del procedimiento de menores, la aplicación de medidas discrecionales, entre las cuales juega como derrotero principal la aplicación del principio de oportunidad, que para estos efectos evoluciona de una discrecionalidad reglada a una discrecionalidad jurídica fundada en principios.

3.2 Los Inimputables y el Principio de Oportunidad.

La historia muestra que se le ha dado a los menores un tratamiento diverso en la legislación penal colombiana. Es así como en El Código Penal Colombiano del año 1936 (Ley 95 de 1936) establece que:

Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas”. El artículo 29 del mismo cuerpo normativo dispone que si “al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este libro (Ley 95 de 1936)

De aquí se puede deducir que el Código Penal del año 1936, las actuaciones de los menores de edad son intencionales o culposas, y solo se excluye de esta posibilidad a aquellos indicados en su mismo artículo 29.

Los menores, se contempla en este código, actúan sin pleno entendimiento, esto significa que un menor no es un inimputable. Según este Código no es una presunción de inimputabilidad sino una afirmación de que los menores de edad pueden llevar a cabo conductas punibles de manera intencional.

A su vez, el Código Penal del año 1980 (Decreto 100 de 1980), contempló que es inimputable:

Quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Si bien adiciona el elemento de la falta de capacidad de comprender la ilicitud cometida o la falta de poder determinarse de acuerdo a la misma, retira a los menores de dicha discusión, pues, inmediatamente después, adiciona “Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años.” (Código Penal 1980)

Cabe anotar que este decreto buscó ser muy proteccionista y garantista de los derechos fundamentales del menor y esto pretendiendo en no causar ningún daño físico ni mental.

En el Código Penal del año 2000 (Ley 599 de 2000), se encuentra un cambio fuerte de la situación del menor frente al derecho penal. Se retira del ordenamiento jurídico la presunción del menor como inimputable y se dio paso a un tratamiento especial. Este Código al hablar de inimputabilidad en el artículo 33 expresa:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere pre ordenado su trastorno

mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. (Gutiérrez, 2001. P: 71)

En este código ya los menores no son inimputables por definición legal ni se necesita probar su incapacidad para cometer ilicitudes con el fin de ser tratados como inimputables, sino que son extraídos del sistema penal ordinario. Los menores son remitidos a una jurisdicción penal especial, jurisdicción penal basada en pilares distintos con objetivos diferentes a la justicia penal ordinaria.

Respecto a los menores inimputables sólo cabe hablar de una responsabilidad penal fundada en comportamiento típico y antijurídico –injusto material-, pues su conciencia ético - práctica se encuentra afectada por discapacidad física o mental.

Es importante recordar como la Ley 1098 define, en su artículo 139, el sistema de responsabilidad penal para adolescentes:

El conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible. (Ley 1098 de 2006 Art. 139)

Es la misma ley, además, la que soporta la concepción del menor como responsable penalmente y ya no inimputable cuando determina que:

Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad. (Ley 1098 de 2006. Art. 142 inc2)

Los menores indígenas que no tengan capacidad de comprender así sea en forma burda el injusto material o comprendiéndolo no tengan capacidad de autodeterminación también son considerados inimputables.

Si constitucionalmente claro y diáfano es que los inimputables mayores no puedan estar por debajo de los estándares de garantía dispensados a los imputables, tal como en múltiples sentencias la Corte Constitucional ha quedado expuesto en las sentencias T-401 de 1992, C-176 de 1993 y C- 370 de 2002, con mayor razón tampoco lo pueden estar los menores de edad inimputables.

El Código de Procedimiento Penal de 2004, guarda silencio respecto al punto, no obstante, afirmar que ello implica la imposibilidad de reconocer la aplicación del principio de oportunidad en materia de inimputables, sería tanto como revivir épocas ya superadas por el Derecho Penal Colombiano.

Por virtud del principio de igualdad, especialmente por el llamado principio de igualdad material (artículos 13 inciso final de la Carta política y 7 del Código Penal), debe afirmarse que también la aplicación del principio de oportunidad tiene cabida cuando el imputado sea un inimputable.

Si en materia de imputables el principio de oportunidad se encuentra anclado en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad consagrados en el artículo 3 del Código Penal, también, por la misma razón, tiene cabida en materia de inimputables, puesto que tales principios cubren el género sanciones penales, siendo éstas las penas y las medidas de seguridad.

Por tanto, las dificultades que surgen de una falta expresa de regulación normativa tienen que superarse por fiscales especiales y jueces de control de garantías atendiendo a la especial naturaleza de la inimputabilidad, de las medidas de seguridad para el SRPAy de las medidas de aseguramiento para imputables.

3.3. Cómo Procede el Principio de Oportunidad.

El Fiscal General de la Nación Eduardo Montealegre expresó, por no prohibirlo la carta Política, que *“el ejercicio del principio de oportunidad no está limitado procesalmente a la apertura del juicio”*(Bernal et Montealegre, 2004 p 197).

De acuerdo con Bazzani Montoya, resulta aplicable en cualquier etapa procesal, incluido el juicio, habida cuenta que no existe restricción constitucional para ello. (Bazzani, 2004 p. 248 – 249), lo cual avala (Perdomo, 2005. p.120)

El Código de Procedimiento Penal señala que el término para ejercitar el principio de oportunidad es de treinta (30) días contados a partir del día siguiente a aquel de la formulación de la imputación (artículo 175), el cual tiene naturaleza preclusiva.

La oportunidad para aplicar el principio de oportunidad se origina a partir de la formulación de la imputación, esto es, a partir de aquel momento en el cual tempranamente se puede identificar jurídicamente que nos encontramos ante una conducta con características delictivas (artículos 286 y 287 del Código de Procedimiento Penal). Su ejercicio implica la necesidad de encontrarnos ante una investigación penal: “Un Fiscal delegado adelantare una investigación y surgieren los requisitos y condiciones para aplicar el principio de oportunidad” (artículo primero párrafo de la Resolución No.6657 de diciembre 30 de 2004, expedida por el Fiscal General de la Nación)

En materia del Derecho Procesal Penal para adolescentes, el principio de oportunidad se podrá aplicar desde el momento de formalizar la imputación hasta antes de que adquiera ejecutoria material la sentencia sancionatoria. Es decir la aplicación del principio de oportunidad procede aun en la etapa del juicio y con posterioridad a la emisión de las sentencias de primera y segunda instancia, como también la de casación, hasta cuando adquieran respectivamente ejecutoria.

Es importante tener en cuenta y no olvidar que el Principio de Oportunidad posee una expresión en la Constitución Política de Colombia y es precisamente que es una

excepción a la aplicación del Principio de Legalidad que rige todo el ordenamiento jurídico. Es necesario recordar que el Acto Legislativo 03 del año 2002 dispuso que la Fiscalía General de la Nación “no podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

Por lo expuesto en esta norma es necesario e importante establecer que la aplicación de este principio se realiza de manera excepcional, lo que supone a su vez que existan causales taxativas por las cuales pueda efectuarse su aplicación. Esto muestra que la regla general en lo que tiene que ver con persecución penal, es que la Fiscalía deberá aplicar de manera contundente el principio de legalidad lo cual implica una obligación para la Fiscalía adelantar el ejercicio de la acción penal cuando los hechos muestren las características de un delito.

Se hace claridad respecto a que los acuerdos y negociaciones que se desarrollen entre la Fiscalía y el imputado o acusado tienen como fuente formal la ley toda vez que su reglamentación no deviene directamente de la Constitución Nacional, es por esto que este instituto procesal debe estar sometido a la regla general de la legalidad.

De acuerdo a lo planteado en este texto se puede establecer que si bien es cierto que se han determinado acuerdos y preacuerdos para buscar solucionar conflictos dentro de un proceso penal, es importante tener en cuenta que la libertad de configuración tiene como límite el denominado principio de legalidad y esto conlleva a deducir que la Fiscalía no podría como consecuencia de los acuerdos, renunciar a perseguir un hecho punible ya esto implicaría la aplicación de la excepción a este principio: el principio de oportunidad.

Esto por supuesto no descarta que si existe un acuerdo, el Fiscal se comprometa a aplicar el principio de oportunidad frente a determinada conducta punible. Ante esta situación esta circunstancia que se presenta no sería sometida a la aprobación o control de

un juez de conocimiento sino que tendría su propio camino y el cumplimiento de los requisitos legales y la decisión se sometería al control de un juez de control de garantías de manera posterior a su aplicación.

En esta eventualidad el juez de conocimiento será competente únicamente para realizar el examen de control de legalidad respecto del acuerdo y no de la aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía en ningún momento podría suscribir acuerdos que conlleven la renuncia a perseguir hechos respecto de los cuales existen suficientes elementos que se constituyen como material probatorio y que permitan inferir la posible responsabilidad del imputado o acusado, si esto se presenta y si no se quiere dar desarrollo a la acción penal se debería aplicar el principio de oportunidad dada su procedencia.

Como se ha referido en el desarrollo de este trabajo, el Código de Infancia y Adolescencia contempla unas causales específicas para la aplicación del principio de oportunidad en los procesos penales que se siguen contra menores y que hayan participado como autores o partícipes de delitos cometidos por grupos armados ilegales, y es precisamente el artículo 175 donde se encuentra dichas causales.

Al respecto el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en su obra *“La Oportunidad Como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia*, refiere:

Lo primero que debe afirmarse, es que el nomen iuris del artículo es equivocado, o al menos no es exacto desde el punto de vista técnico jurídico, pues la categoría dogmática de la participación sólo recoge a los intervinientes determinadores y cómplices, quedando por fuera las diversas modalidades de autoría.

*Lo segundo que debe advertirse, es que las causales 1,2 y 3 deben entenderse en el marco del llamado error de prohibición directo, esto es, aquel que afecta directamente la conciencia de la ilicitud por falsa o insuficiente valoración normativa, y por tanto, sólo tendrá aplicación cuando el error haya sido calificado como **vencible** (artículo 32 numeral 11 inciso 1, segunda parte, e inciso 2 de la ley 599 de 2000), toda vez que, si el mismo resulta invencible, queda desestructurada la responsabilidad penal (artículo 32 numeral 11 inciso 1, primera parte ibídem) y como se vio deja la conducta de tener las*

características de un delito y allí entonces la respuesta adecuada no es la aplicación del principio de oportunidad sino el archivo del proceso.

Y es allí, en el marco de la vencibilidad del error de prohibición directo, donde debe manejarse el asunto, pues el factor determinante de ello fue el no total desarrollo de la conciencia ético – práctica que afecta la capacidad plena de comprender o valorar el comportamiento conforme a lo demandado por el ordenamiento jurídico. (Gómez, 2007)

Entonces, en dichas tres causales, muy propias del Derecho Penal de la Adolescencia, se pone de presente la corresponsabilidad del Estado en el comportamiento punible del menor de edad, puesto que no ha cumplido cabalmente con su deber constitucional de “promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente” ,olvidando que ello es fundamento de la nacionalidad (artículo 70 de la Carta Política) incumpliendo con el artículo 2 ibídem; debiendo por virtud del principio de corresponsabilidad (artículos 10,11,15 16,20 y 41 del Código de Infancia y Adolescencia),correr con la proporción de la responsabilidad que le corresponde.

Agrega Gómez Pavajeau, en efecto, ha desatendido el Estado sus obligaciones de:

- 1. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.*
- 2. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.*
- 3. Inculca al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores ,de los valores nacionales del país en que vive ,del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.*
- 4. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;*
- 5. Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural (artículo 29 numeral 1 de la CDN.)*

Por ello, como criterio rector para la operatividad del principio de oportunidad, entre las medidas que imponga el Estado como obligaciones a cumplir durante la suspensión del proceso, se tiene la de enfocarse en “una visión pedagógica y formativa”, para que el adolescente tome “conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan” (artículo 174 inciso 1 del Código de Infancia y Adolescencia).

La causa del numeral 4 del artículo 175 refiere circunstancias de fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento, empero, debe precisarse que ello aplica al principio de oportunidad solo si no tienen la entidad o envergadura suficiente para constituir una eximente de responsabilidad en el marco de la exculpación, bien por insuperable coacción ajena o miedo insuperable (artículo 32 numerales 8 y 9 de la Ley 599 de 2000), caso en el cual la conducta deja de tener todas las características de un delito y por lo tanto se constituye en un estado de inexigibilidad de otra conducta, cuya única respuesta adecuada es el archivo de la investigación.

En consideración y según lo planteado por el autor se pueden ver cosas puntuales tales como: Considera equivocado e inexacto el nomen iuris, expresión ésta que referencia a un principio jurídico conocido como "primacía de la realidad". Esto significa que viene a decir que las cosas son tal y como son y no tal y como las partes aseguran que son.

Que el Estado no ha cumplido con sus obligaciones en la protección de sus asociados. Que el Estado ha incumplido con sus deberes a nivel internacional al no asegurar a los menores de edad, por ejemplo, cuando estos son explotados.

Es por eso que se hace indispensable que en la formulación de diversas políticas, al Estado le corresponde adelantar los trámites necesarios para que opere en el país un cambio cultural en las prácticas e imaginarios que permita a los operadores/as e instituciones reconocer a los menores de edad como sujetos de derechos prevalentes y se elimine la discriminación de la que han venido siendo sujetos hasta hoy. Así mismo se requiere que la sociedad se ponga a tono con la tendencia de tal forma que “cuando un niño, niña o adolescente reclame sus derechos, la actitud asumida sea la de garantizar su efectividad y

eficacia desde su responsabilidad ética, política y de política pública, y no desde la perspectiva asistencialista de quien otorga una concesión”. (Hurtado, 2007)

En fin, dice el autor que se está desconociendo derechos fundamentales de los menores y en particular cuando se refiere al interés superior del niño. Es cierto deben prevalecer los derechos del niño y esto por el mencionado interés superior que les asiste.

En cuanto a esta responsabilidad es importante mencionar que el Código de Infancia y Adolescencia tomó en cuenta los planteamientos de la Corte Constitucional respecto a este tema -Responsabilidad Penal-, de la que pueden ser sujetos los menores de edad que en cualquier momento infrinjan la ley penal, y por este motivo se trae a colación la Sentencia C -203 del 2005, Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda, que muestra las consideraciones que se acogieron frente a este tema. Señala la Corte:

Los menores de edad que cometen conductas violatorias de la ley penal son jurídicamente responsables ante el Estado y la sociedad. Por su condición de sujetos de especial protección, tal responsabilidad está sujeta al cumplimiento estricto de ciertos principios claves, a saber:

(i) los principios de diferenciación y especificidad de las leyes, órganos, objetivos, sanciones y modo de actuación propios del sistema de justicia de menores, que debe estar orientado hacia la promoción de su bienestar, su tutela y la garantía de proporcionalidad entre el hecho y la respuesta institucional;

(ii) el principio de la finalidad tutelar y resocializadora de las medidas que se han de imponer a los menores de edad como consecuencia de su responsabilidad penal, principio que conlleva la proscripción de un enfoque represivo en su tratamiento jurídico-penal; y

(iii) el principio de la promoción del interés superior de cada menor de edad involucrado en la comisión de hechos punibles, y del respeto de sus derechos fundamentales prevalecientes.

En el procesamiento penal de menores de edad, se han de seguir en forma estricta las pautas constitucionales e internacionales mínimas que están consagradas en (i) el artículo 44 de la Carta Política, (ii) las Reglas de Beijing o “Reglas Mínimas de las

Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, (iii) en los casos excepcionales en que ello sea pertinente, por encontrarse el menor de edad privado de la libertad, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño, (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y (vi) la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de parámetros de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por mandato expreso del artículo 44 Superior, de conformidad con el cual los niños son titulares de la totalidad de derechos consagrados en instrumentos internacionales a su favor. Dichos parámetros han de obrar, a la vez, como criterios obligatorios de interpretación de las normas infraconstitucionales vigentes en nuestro país. (Sentencia C -203 del 2005.)

Así mismo en la obra se señala que el Fiscal en estos casos únicamente invocará las causales que previamente estén consagradas en la ley. Precisamente a este respecto la Corte Constitucional en Sentencia C -673 de 2005, con ponencia de la magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández, en lo relacionado al establecimiento de causales equivocadas y ambiguas de aplicación del principio de oportunidad hace imposible el ejercicio del control de legalidad por parte de la autoridad encargada para este fin. Al respecto la Corte Constitucional

Considera que si bien el legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad, cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal. (Sentencia C -673 de 2005)

Al respecto, es preciso tener en cuenta que si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

En este orden de ideas, cuando el legislador al momento de regular el principio de oportunidad, diseña las causales respectivas, debe hacerlo de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad.

En efecto una norma que regule de manera imprecisa y vaga el ejercicio del principio de oportunidad, impide al juez de control de legalidad contar con los suficientes elementos de juicio para establecer si los hechos que sirven de base o de presupuestos para la aplicación de aquel se encuentran o no presentes en el caso concreto.

En efecto, en materia penal, dado que el principio de legalidad obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio, la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe encontrarse perfectamente delimitada por el legislador, con el propósito de que el control judicial que se ejerza sobre la aplicación de aquél sea realmente efectivo. En otras palabras, frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera equívoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial. (Sentencia C -673 de 2005)

No obstante, en tratándose de conductas delictuales cometidas por adolescentes, es posible que el Estado, titular de la acción penal, se abstenga de adelantar investigación penal a un menor, es decir aplique el principio de oportunidad, siempre que encuentre acreditada alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley, debiendo en todo caso adelantar acuerdos que permitan llegar a conciliación entre las partes involucradas en la acción, sobre los daños. En el caso de la ley 1098 del 2006 las causales para aplicar el principio de oportunidad se encuentran en el art.175. En la ley 906 de 2004 están en el artículo 324, pero esta se aplica para adultos.

ARTICULO 175. El Principio de Oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley. La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando:

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

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

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

4.- Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento. (Sentencia C-203 .M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Los adolescentes que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, tendrán que ser remitidos al programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares.

PARAGRAFO.No se aplicara el Principio de Oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma. (Ley 1098 de 2006 Art. 175)

Según esto y es importante tenerlo en cuenta que, dentro del nuevo régimen penal para los adolescentes, es el Fiscal delegado ante los jueces penales para adolescentes, quien aplica las reglas establecidas en el artículo 175 ya que es el facultado para iniciar los procesos penales contra los adolescentes a partir de la entrada en vigencia del sistema de Responsabilidad Penal, sistema éste que entró a regir de manera gradual, de conformidad con el artículo 2 del decreto 4652 de 2006.

Es importante tener en cuenta que en todos los casos de adolescentes desvinculados de los grupos armados, al margen de la ley el funcionario judicial deberá remitirlos al programa de atención especializada del Instituto colombiano de Bienestar Familiar para los niños, niñas y adolescentes desvinculados de estos grupos tal y como lo dispone la ley 782 de 2002 y el artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia.

En concreto y referenciando el nivel constitucional, este principio de oportunidad se estableció en el orden colombiano como un instituto procesal en atención al cual, bajo ciertas circunstancias, puede prescindirse de enfielar el aparato estatal hacia el castigo y, en cambio, optar por una solución racional y ponderada del fenómeno delictivo.

Esta figura procesal, cuyo contenido, alcances y posibilidades han sido largamente evaluados y discutidos en la doctrina nacional e internacional, no ha recibido, sin embargo, en la realidad jurídica nacional, la atención que se esperaba al momento de adoptarla. El último informe de Gestión de Fiscalía General de la Nación revela que, durante el año 2008 y el primer trimestre de 2009, (pág. 55), el principio de oportunidad se aplicó en 3419 asuntos penales, de un total de 209.319 causas en las que no se encontró merito suficiente para investigar, es decir, se aplicó el 1,63% de los casos.

3.4. Derecho Comparado

Con la incorporación en América Latina de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales se ha producido a nivel normativo cambios sustanciales en la manera de concebir a los niños, a los jóvenes y a sus derechos. Tal transformación se conoce, en el debate actual, como la sustitución de la “*doctrina de la situación irregular*” por la “*doctrina de la protección integral*” y ha sido caracterizada como el pasaje de la consideración de los menores como objetos de tutela y represión a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.

Independientemente de que en efecto se haya producido un cambio legal en los países de la región, el proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha sido caracterizado

como un proceso de triple vía. En algunos países la ratificación del mencionado instrumento internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial. En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado o se encuentran en proceso de una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional. A nivel doctrinario se debaten los alcances de la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos y la noción de interés superior del niño (Cillero)

En cualquier área temática relacionada con los derechos, la falta de claridad respecto de que es lo que se entiende por interés superior o por sujeto de derecho, aún más por protección integral, plantea en muchos casos la discusión en términos del viejo paradigma de la situación irregular. Esa circunstancia explica que se sigan proyectando y eventualmente aprobando leyes en diversos países de América Latina a fin de dar cumplimiento al artículo 2 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño que repiten un diseño y una concepción de la infancia.

La nueva respuesta latinoamericana al delito de los adolescentes ha sido construida en América Latina a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y eventualmente pueden devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional, según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Estos instrumentos son, fundamentalmente y más allá de los generales:

1. las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing; Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

2. las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990; y

3. las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh, Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

Además, deben considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que sean pertinentes en la materia. Por ejemplo, en la medida en que la Convención sobre los Derechos del Niño no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura en los países latinoamericanos un mejor nivel de reconocimiento de los derechos de los niños al crear el sistema interamericano de protección de derechos humanos en general, que en los últimos años ya ha dado muestras de su utilidad en la promoción y defensa de derechos de la niñez.

Básicamente, el cambio incluye algunas características que, en líneas generales, se encuentran presentes en las leyes de los países que han adecuado su ordenamiento jurídico a la Convención sobre los Derechos del Niño de manera sustancial y en una reforma completa (Beloff). Estas características enfatizan los aspectos de promoción y defensa de los derechos de los niños y jóvenes en la región que se expresan en construir condiciones de vida para estos sectores de la población que los pongan completamente fuera de la posibilidad de ingresar a sistemas de responsabilidad por conductas infractoras de la ley penal, por ejemplo, si se trata de un Código integral, se definen al comienzo los derechos de los niños y se establece que, en caso de que alguno de esos derechos se encuentre

amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos tanto administrativos cuanto judiciales. De este modo desaparecen las categorías de abandono, riesgo o peligro moral o material, situación irregular o las más modernas de vulnerabilidad, o disfunción familiar y los remedios pretenden restablecer derechos, en lugar de vulnerarlos.

También en el caso de un Código integral, se distinguen claramente las políticas sociales de la política criminal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales, entendidas como responsabilidad conjunta, en su diseño y ejecución, de la sociedad civil y del Estado, y definidas a partir de la descentralización.

Es importante mencionar las características de algunos de estos sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina, y como estos sistemas se incluyen en códigos integrales de derechos de niños y adolescentes.

3.4.1 Brasil:

El proceso de Reforma Legal comenzó en América Latina con la aprobación por Brasil del Estatuto del Niño y del Adolescente en 1990, Ley número 8069 de 13 de julio de 1990.

El Estatuto establece por primera vez en la región precisiones sobre el tema de la respuesta estatal a las conductas tipificadas como delitos o faltas cuando son llevadas a cabo por personas que tienen menos de 18 años. El estatuto no habla de responsabilidad penal juvenil ni de imputabilidad. Todo lo contrario, mantiene la categoría de inimputables para las personas menores de 18 años. El artículo 103 del Estatuto sostiene que para hacer esta exclusión más precisa y al mismo tiempo superar el fraude de etiquetas propio de las leyes de la situación irregular, establece una categoría que le da nombre al título "*practica de acto infractor*", definiendo a este último como la conducta descrita como delito o contravención por la ley penal.

Ello permite establecer 3 características de un sistema de responsabilidad penal juvenil. En primer lugar, que trata de personas menores de 18 años que realizan la conducta descrita como antecedente de una sanción sean delitos o contravenciones. En segundo lugar, es un sistema completamente diferente del sistema de justicia penal para adultos (“son penalmente inimputables”); y, en tercer lugar una de esas diferencias se expresa en las “medidas “o consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal cuando es llevada por una persona menor de 18 años. El estatuto establece en el artículo 105 que *“al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101”*, que son las medidas de protección previstas para aquellos niños o adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados.

Aparece entonces una cuarta característica que es la que habilita a hablar de sistemas de responsabilidad penal juvenil: es la exclusión de los niños de este sistema. El estatuto establece una solución en estos casos que ha sido posteriormente revisada. Se trata de la casi automática derivación de los niños imputados de la comisión de delitos o contravenciones a los sistemas de protección, ya que establece que a estos les corresponden medidas de protección.

El sistema de responsabilidad penal juvenil que se inaugura con el Estatuto del niño y del Adolescente de Brasil, y que ha servido de modelo para el resto de los países establece:

1. que comprende exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de 18 años comete un delito o una contravención.
2. que es un sistema que coloca a estas personas fuera del sistema de justicia penal de adultos y en ese sentido exclusivamente se habla de inimputabilidad.
3. que la atribución de responsabilidad en función de la particular condición en sujeto en desarrollo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en este caso medidas socio educativas.

4. que esa atribución de responsabilidad también se expresa en la exclusión de este sistema de los niños.

5. que los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado, más derechos particulares que se expresan en este sistema;

6. que la privación de la libertad es excepcional, alternativa, limitada en el tiempo y breve; y

7. que se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal frente al conflicto jurídico penal.

3.4.2 Perú:

El Código de los niños y Adolescentes de Perú (9) recoge la propuesta de adecuación sustancial de Brasil y establece un sistema muy similar en relación con los infractores de la ley penal. Similar descripción del principio de legalidad (delito o falta) y similar exclusión de los niños, quienes según el artículo 208 “serán pasibles” de medidas de protección, lo que plantea idéntico problema con la derivación automática de los niños al sistema de protección.

El Código regula sobre responsabilidad o inimputabilidad. Incluye cláusulas como la del artículo 214 que de no ser interpretadas de modo armónico con los principios de la protección integral, podrían afectar garantías fundamentales de los adolescentes: *“El sistema de justicia del adolescente infractor se orientará a su rehabilitación encaminada a su bienestar. La medida no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho sino también de las circunstancias personales que lo rodean”*.

En cuanto a la remisión, a diferencia del Brasil se admite la posibilidad de la semilibertad como medida a cumplir, lo que agrava la situación descrita en relación con los estatutos. En cuanto al consentimiento del adolescente, se complica, ya que se establece

que el trabajo que se imponga como consecuencia de la remisión deberá contar con su consentimiento; pero no se lo requiere para el otorgamiento de la remisión en sí. Por otra parte, no queda claro si en todos los casos la remisión será con medida.

3.4.3 Guatemala:

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece que debe entenderse como una acción cometida por un joven en conflicto con la ley penal a aquella que sea tipificada como delito o contravención en el Código Penal o en las leyes especiales. Son sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los 12 y menos de 18 años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales.

El Código distingue entre dos grupos etarios en cuanto al proceso, a las medidas y a su ejecución: a partir de los 12 años de edad y hasta los 15 años de edad, y a partir de los 15 años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los 18 años de edad.

Los actos cometidos por personas menores de 12 años de edad que constituyan delito o contravención no son materia de este título del Código previéndose que estos niños sean objeto de la atención médica, psicológica y pedagógica que fuere necesaria bajo el cuidado de los padres o encargados, siendo atendidos por los Juzgados de la niñez y juventud.

Se prevén formas anticipadas de terminación del proceso como el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad reglado (artículo 211).

El proceso prevé una instancia nueva en el debate para adolescentes infractores que es la medida. Así, el artículo 241 establece que el Juez dividirá el debate en dos etapas: una que verse sobre el grado de responsabilidad del joven en el acto que viole la ley penal, y otra que verse sobre la idoneidad y justificación de la medida.

Tanto en relación con la remisión con medida como en relación con los niños imputados de delito o falta, la derivación se realiza a otro juez o dentro del mismo juzgado

a otra secretaria, de modo que no opera la desjudicialización pretendida por los instrumentos internacionales al prever esta figura. Decreto 78/96 del 11 de septiembre de 1996.

3.4.4 Argentina

Caso Mendoza vs. Argentina.

A consideración otro caso en el que se relacionan temas atinentes al trabajo aquí desarrollado es, precisamente, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conocida como el caso Mendoza vs Argentina.

El caso Cesar Alberto Mendoza y otros vs Argentina, fue sometido a análisis de La Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 17 de junio del año 2011, amparado en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los hechos, manifestó:

La Imposición de penas a perpetuidad por la comisión de delitos durante la infancia César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo David Videla Fernández crecieron en barrios marginales, en una situación de exclusión y gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias materiales que condicionaron su desarrollo integral. Todos ellos fueron condenados a penas de privación perpetua de la libertad por delitos cometidos antes de haber alcanzado la mayoría de edad, con base en la Ley 22.278, relativa al Régimen Penal de la Minoridad, la cual data de la época de la dictadura argentina y tiene alcance nacional.

Dicha Ley es aplicable a los adolescentes que al momento de la comisión del hecho delictivo que se les imputa aún no han cumplido los 18 años de edad. Los artículos 2 y 3 de la Ley 22.278 facultan a los jueces a disponer tutelarmente del niño que incurra en delito, durante la investigación y la tramitación del proceso, con independencia de la edad que tenga. No se prevé determinación o limitación temporal para las medidas que, discrecionalmente, se ordenen sobre los niños infractores de la ley.

Según el artículo 4 de esta Ley, al cumplir 18 años de edad, y luego de haber sido sometido a tratamientos tutelares por lo menos por un período de un año, el juez puede imponer a éstos las penas previstas en el Código Penal de la Nación, el cual es aplicable a adultos.

Este sistema deja un amplio margen de arbitrio al juez para determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas menores de 18 años, tomando como base no sólo el delito, sino también otros aspectos como “los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez. (C.I.D.H. caso Mendoza y otros vs. Argentina. Resumen oficial emitido por la corte interamericana sentencia de 14 de mayo de 2013)

Posteriormente se interpusieron recursos de casación, entre otros, en contra de las condenas impuestas a las cinco personas mencionadas, con base en los artículos 474 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza y 456 del Código Procesal Penal de la Nación, respectivamente. Dichos recursos fueron denegados porque lo que se procuraba era una revisión de cuestiones fácticas y probatorias, lo cual, de conformidad con las disposiciones señaladas no era procedente”.

En este asunto el planteamiento del problema radica en que se impuso la pena de privación perpetua de la libertad “prisión perpetua”, a cinco personas de nacionalidad Argentina, en circunstancias un tanto complejas ya que los imputados alegan que los hechos imputados para esta condena ocurrieron cuando estos ciudadanos aún eran niños en aplicación de un sistema de justicia de adolescentes que permite que estos sean tratados igual que adultos infractores. Tal es así, que entre las recomendaciones vertidas sobre el Estado Argentino, en la sentencia dictada el 14 de mayo del año 2013, se hizo especial hincapié en la necesidad que éste adopte las medidas necesarias para que los ciudadanos en cuestión obtengan una “revisión a las sentencias condenatorias” en cumplimiento del artículo 8.2 h) de la Convención Americana, para aplicar los estándares internacionales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes en los términos planteados y que así se determine la situación jurídica de estos en congruencia con el plexo normativo

enunciado, propiciando a su vez que se planteen nuevas medidas legislativas para cumplimentar con ello.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió una sentencia en la cual declaró internacionalmente responsable a la República Argentina por las violaciones de derechos humanos cometidas al haber impuesto penas de privación perpetua de la libertad a cinco personas por delitos cometidos durante su infancia.

Y la sanción de declarar responsable a nivel internacional a la República de Argentina se hizo toda vez que los códigos procesales penales aplicados en los casos de dichas personas no permitían una revisión amplia de sus juicios por un juez o tribunal superior; por la falta de adecuada atención médica a uno de los niños mencionados; por haber sometido a dos de las personas referidas a actos de tortura, sin haber investigado estos hechos adecuadamente, y por no haber investigado adecuadamente la muerte de uno de aquéllos mientras se encontraba bajo custodia estatal.

Por estos motivos el Estado Argentino es sancionado por la Corte Interamericana quien estableció la responsabilidad internacional de Argentina por la violación de los derechos a la integridad y libertad personales de César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán, Ricardo Videla y Claudio David Núñez, por la imposición de penas de privación perpetua de la libertad sobre éstos por la comisión de delitos cuando aún eran menores de edad.

Para el fallo la Corte Penal Internacional tuvo en cuenta que hubo flagrante violación a los derechos fundamentales de estos ciudadanos argentinos entre otras cosas porque el tribunal consideró que con las penas impuestas no hubo resocialización, mucho menos reintegración social de los niños ya que estos fueron excluidos de tajo de la sociedad; además las penas fueron desproporcionadas y por ende esto conlleva a que se les haya dado a estas personas menores un trato cruel e inhumano violando de paso el derecho a la integridad personal de sus familias.

Con este fallo y con el pronunciamiento de la Corte se dejó en claro que el recurso de casación interpuesto y que está previsto en las leyes de esta República Argentina y en particular de la provincia de Mendoza no garantizaron una revisión íntegra de las sentencias condenatorias de las personas que fueron condenadas además el tribunal reconoció al Estado Argentino como responsable por la violación del derecho a la integridad personal de dos de los cinco implicados, concretamente los ciudadanos Lucas Matías Mendoza, a quien no se le brindó asistencia médica requerida, y a Claudio David Núñez, quien fue torturado al igual que su otro compañero por parte de la guardia penitenciaria.

La Corte recalca además que declaró la responsabilidad de Argentina por violar derechos como la protección y garantías judiciales que están consagradas en la Convención Americana, por no investigar a fondo sobre la muerte de Ricardo Videla y sobre las torturas a las que se ha referido, hecho éste que se constituye como un incumplimiento de las obligaciones de prevención y sanción en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Llama la atención que dentro de los presupuestos para aplicar la sanción a Argentina se haga notoria la declaración de este organismo cuando manifiesta que Argentina incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno ya que a nivel interno y en su ordenamiento legal este país permite la posibilidad de imponer a los niños sanciones penales previstas para los adultos, así como las limitaciones al recurso de casación existentes, las cuales derivan de la normatividad contenidas en los códigos procesales aplicados en el caso.

Por último, la Corte consideró que:

Su sentencia constituye per se una forma de reparación, y además ordenó al Estado, como medidas de reparación, entre otras:

- (i) brindar gratuitamente el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico necesario;*
- (ii) asegurar a las víctimas las opciones educativas o de capacitación formales que ellos deseen, incluyendo educación universitaria, a través del sistema penitenciario o, en caso de que se encuentren en libertad, a través de sus instituciones públicas;*

(iii) ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados en la sentencia en materia de justicia penal juvenil y diseñar e implementar políticas públicas para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes;

(iv) asegurar que no se vuelva a imponer la prisión o reclusión perpetuas a quienes hayan cometido delitos siendo menores de edad, y garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas;

(v) adecuar su ordenamiento jurídico interno a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior;

(vi) implementar, en un plazo razonable, si no existieran actualmente, programas o cursos obligatorios sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y de la niñez, incluyendo aquéllos relativos a la integridad personal y la tortura, como parte de la formación general y continua del personal penitenciario federal y de la Provincia de Mendoza, así como de los jueces con competencia sobre delitos cometidos por niños, y

(vii) investigar con debida diligencia, la muerte de Ricardo Videla y la tortura sufrida por Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez. (C.I.D.H. caso Mendoza y otros vs. Argentina. Resumen oficial emitido por la corte interamericana sentencia de 14 de mayo de 2013)

Se puede observar en este caso que con el fallo la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la incompatibilidad de las penas privativas de libertad perpetuas impuestas a niños con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reafirmó el derecho a un recurso amplio.

Así mismo importante destacar que es la primera vez en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara la responsabilidad internacional a un Estado.

Capítulo 4

El Principio de Oportunidad

Cuando se inició a hablar del Principio de Oportunidad y a buscar introducir éste en la legislación colombiana, para su aplicación en los procesos de tipo penal, se escucharon voces que de una u otra manera estaban a favor y en contra, ya que el incorporar este principio era acabar con un sistema tradicionalista en el sistema penal. Se iba a innovar y de hecho esto implicaba que se requería unos mínimos para que la aplicación del principio de oportunidad se hiciese efectiva: el primero, entender, conocer y comprender que era el principio de oportunidad y el segundo, y quizá algo que iba a chocar con el andamiaje de años que se conservaba en Colombia, y es precisamente un cambio en la mentalidad de quienes acudirían a él en la práctica.

Es fundamental y sí que necesario antes de comprender que es y porque su importancia, este principio de oportunidad, y es que fue concebido como una alternativa al principio de legalidad, que involucra en su aplicación la política criminal del Estado colombiano, y todo esto porque es imposible conocer los delitos cometidos en el país y más difícil aun denunciarlos, creándose un manto de dudas sobre el sistema penal ya que la imagen o el ambiente generalizado es que pulula la impunidad, hecho éste que debe ser combatido por el Estado a través de políticas públicas que interpongan mecanismos que hagan efectiva su reducción, en pro de la seguridad de los colombianos y por qué no de una sana convivencia, y de manera pacífica.

Muchos sectores de la sociedad colombiana, y a nivel internacional han reconocido lo importante que es el principio de oportunidad, sus ventajas, y más si lo que se busca con su aplicación es perseguir los delitos graves y sus autores que están organizados en bandas criminales que día a día azotan con su negro proceder la estabilidad no sólo de los compatriotas sino también de las instituciones.

Establecido como un mecanismo de terminación de la actuación penal, busca un enfoque hacia los recursos de la administración de justicia, a la investigación de las conductas más lesivas, desincentivar la auto composición del conflicto, facilitar la colaboración de imputados y acusados para combatir la delincuencia organizada, y evitar la imposición de penas innecesarias.

Después de varios y duros debates en el seno del Congreso de la República, el Principio de Oportunidad es incluido en el ordenamiento jurídico procesal de Colombia y éste entró en vigencia a partir del acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. Con este principio se busca tener una importante herramienta para lograr la solución alternativa de conflictos derivados de conductas punibles de poca monta, impulsar la justicia restaurativa como mecanismo de reconstrucción del tejido social, evitar la imposición de penas innecesarias, lograr la colaboración de personas involucradas en conductas punibles para lograr la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, entre otros fines.

Situaciones como el considerable y acelerado aumento de la criminalidad y las dificultades e imposibilidades de perseguir todos los hechos que se tipificaban como delitos, es decir ante la difícil situación de poder aplicar el principio de legalidad en toda su extensión, hecho que traía como consecuencia el colapso en la administración de justicia, como ha sido la característica del sistema judicial. Es importante tener en cuenta que el principio de oportunidad en el sistema judicial es en sí una excepción al principio de legalidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, por este motivo el Estado ,a través de la Fiscalía General de la Nación se obliga a ejercer la acción penal e investigar y acusar los hechos que como ya se dijo, se tipifican como delitos, ya sea de oficio o de parte, esto es que lleguen a su conocimiento mediante denuncia, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución y la ley.

Ahora bien es necesario entender el significado de este principio, razón por la cual se tomarán en el desarrollo del presente estudio las siguientes definiciones:

Principio de Oportunidad: utilizando un lenguaje sencillo se conoce a este principio como *“la facultad de NO adelantar un proceso penal contra un acusado, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia a la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona”*. Según lo señala Yesid Reyes Alvarado (El Espectador.Com)

Así mismo, en el Diario Oficial número 47405 de 9 de julio de 2009, Congreso de la República de Colombia, artículo 323B, ley 1312 de 2009. Se dice que es:

La facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el juez de garantías.

En el mismo sentido la Defensoría del Pueblo asume que *“el principio de oportunidad consiste en la facultad discrecional del funcionario que tiene la obligación de investigar, de abstenerse de hacerlo, en presencia de particulares circunstancias que identifican la ausencia necesidad de la pena”*. (Defensoría del Pueblo, 2008)

Según el Fiscal Vicente Orejarena Parra, Es la excepción al principio de legalidad y por él se facultó a la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal, para optar entre investigar o dejar de hacerlo de acuerdo con conveniencias político - criminales, así la prueba conduzca a la existencia de conducta punible y a la responsabilidad del imputado pero con el requisito adicional de que esa decisión solo se consuma con el aval del juez de que ejerce la función de control de garantías. (Orejarena, 2008)

Para José Joaquín Urbano es la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones político-criminales. Es una atribución reglada y sometida a control. (Urbano, 2006 p. 34)

Todas estas acepciones, permiten entender por qué razón en el Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004 en los artículos 321 a 324, se faculta a la Fiscalía General de la Nación, como encargada del procedimiento para beneficiar o no con el principio de oportunidad, a quien se acoja a sus prerrogativas, siempre y cuando se contemple la acción dentro del artículo 324.

En este sentido, el Código de Procedimiento establece que el principio de Oportunidad debe estar sujeto a la política criminal del Estado. Artículo 321:

Artículo 321. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado. (C.P.P. Art. 321)

Así mismo, determina como eje encargado para dar sentido de legalidad al Principio a la Fiscalía General de la Nación

Artículo 322. LEGALIDAD. La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código. (C.P.P. Art. 322)

En materia de aplicación, el artículo 323 dispone:

Artículo 323. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad. (C.P.P. Art. 323)

El Código de Procedimiento Penal explícitamente da a conocer los casos en los cuales será aplicado el Principio de Oportunidad, y en el artículo 324 dispone:

Artículo 324. CAUSALES. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. *Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.*
2. *Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.*
3. *Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.*
4. *Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.*
5. *Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.*
6. *Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.*
7. *Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.*
8. *Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.*
9. *Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.*
10. *Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.*
11. *Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.*

12. *Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.*
13. *Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.*
14. *Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.*
15. *Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.*
16. *Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.*
17. *Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa. (C.P.P. Art. 324)*

Entonces según Yesid Reyes, al referirse al principio de oportunidad, establece que

La figura es más propia de países en los que hay una clara separación entre una Fiscalía que tiene la facultad de impulsar los procesos penales y los jueces que tienen a su cargo el juzgamiento de las personas acusadas. A partir de esta división de funciones, le corresponde a la Fiscalía decidir cuáles son los casos en los que conviene renunciar a iniciar o continuar una acción penal, de acuerdo con causales previamente señaladas en la ley. Sobre esta misma separación de atribuciones, los jueces no tienen ninguna injerencia en la decisión de cuándo iniciar o continuar una acción penal y cuándo no, pues su labor se limita de manera estricta al juzgamiento de las personas contra las que la Fiscalía haya iniciado una acción penal. En un sistema edificado a partir de esa clara distinción entre las funciones de acusar y juzgar, sólo la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad, porque sólo ella tiene el monopolio de la acusación y decide cuándo iniciarla y cuándo interrumpirla. (En El Espectador.Com).

Por esto, concluye Yesid Reyes, el principio de oportunidad es ante todo un instrumento de política criminal, cuya aplicación debería responder a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. Es una figura que se traduce en la

decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política (dentro del marco de la política criminal del Estado) y no estrictamente jurídica. (El Espectador.Com).

Ahora que se discute la conveniencia de introducir algunas modificaciones al principio de oportunidad, convendría pensar en la posibilidad de que su manejo esté exclusivamente confiado a la Fiscalía, sin intervención alguna de los jueces. Tomar esa decisión supone admitir de antemano que la responsabilidad por la aplicación del principio de oportunidad recaería exclusivamente en la Fiscalía, y que su inadecuada utilización supondría ante todo una responsabilidad de tipo político, es decir, una censura a la concepción y desarrollo de la política criminal del Estado.

Como se ha mencionado, es entendible que un mecanismo nuevo dentro del sistema judicial, como el principio de oportunidad, genere preocupación por la forma en que podría ser aplicado, ya que su inadecuada utilización puede traducirse en equivocados mensajes a la opinión pública. Sin embargo, esa preocupación no debe llevar a la desnaturalización de este mecanismo; así que junto a una buena regulación legal de las hipótesis en las que puede ser aplicado, debe otorgarse a la Fiscalía un amplio margen de libertad en su utilización. Es hora de abandonar la recurrente idea de que no estar maduros para algunas cosas como el control político a los funcionarios del Estado y comenzar a aplicarlo en casos como el principio de oportunidad; pero para eso es necesario darle a la Fiscalía suficiente discrecionalidad en su utilización.

Sin desconocer que desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se ha presentado un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, es preciso admitir que no ha sido posible lograr una aplicación en los niveles esperados. El Principio de Oportunidad requiere de una aplicación correcta para que no pierda su esencia y la razón de ser, al interior del ente investigador y que acusa como lo es la Fiscalía General de la Nación y a la audiencia ante el Juez de control de garantías.

Hay un procedimiento establecido y para tal fin se evidencian unos pasos que han de seguirse en la aplicación de este mecanismo jurídico de acuerdo con el siguiente orden.

1. Conocer adecuadamente el caso a partir de los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida;

2. Establecer la procedencia de alguna de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad (jurídica, fáctica y probatoriamente);

3. Precisar la modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad (renuncia, suspensión o interrupción);

4. Velar por la protección de los derechos de la víctima y garantizar su participación en el proceso de aplicación del Principio de Oportunidad;

5. Determinar la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad;

6. Adelantar el trámite regulado al interior de la Fiscalía General de la Nación, bien cuando el fiscal del caso puede aplicar directamente el Principio de Oportunidad o cuando dicha decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial;

7. Agotar el trámite ante el Equipo de Principio de Oportunidad; Las funciones que anteriormente cumplía la Secretaría Técnica de Principio de Oportunidad le fueron asignadas a un grupo de funcionarios denominado equipo de Principio de Oportunidad, según lo dispuesto en la Resolución 3884 del 27 de julio de 2009; y

8. Solicitar y participar en la audiencia de control ante el juez de garantías.

La aplicación del Principio de Oportunidad constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de la criminalidad. Por tratarse de una decisión esencialmente reglada, la aplicación de dicho

instituto está determinada por el cumplimiento de requisitos específicos, de acuerdo con las exigencias de cada causal.

Muchas fueron las justificaciones presentadas para hacer posible que el principio de oportunidad entrara a engrosar en el derecho procesal penal colombiano. La Fiscalía General de la Nación veía en este principio la herramienta necesaria para desintegrar organizaciones de bandas criminales, ayudando algunos de sus integrantes cuando este brinde elementos que conduzcan a su desintegración o desmantelamiento y así evitar que la acción penal recaiga en su contra. Así mismo entendían que este principio podía constituirse en un mecanismo para establecer diferencias entre lo que se considera como criminalidad menor y la grave; según lo contemplado en el principio de proporcionalidad, lo que lo convierte en instrumento para descriminalizar cuando haya la posibilidad de imponer otras sanciones que sean más eficaces o se considere que no haya la necesidad de iniciar un proceso o penalizar a un imputado. Esto sin duda llevaría a que los esfuerzos se den de lleno a investigar los delitos graves, generando celeridad en los procesos y encontrando la descongestión de los despachos judiciales, plus extra en esta crisis que afronta el sistema judicial colombiano.

Es importante tener en cuenta que el principio de oportunidad en el sistema judicial colombiano, es en sí una excepción al principio de legalidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, por este motivo el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación se obliga a ejercer la acción penal e investigar y acusar los hechos que como se dijo, se tipifican como delitos, ya sea de oficio o de parte, esto es que lleguen a su conocimiento mediante denuncia, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución y la ley.

Cabe entonces, hacerse la pregunta ¿por qué surge el principio de oportunidad en Colombia? Dirán muchos porque somos un país legalista, otros afirmarán que porque es necesario implementar principios que en otros países han dado resultados y otros porque en realidad piensan que hay que hacer frente a una crisis, entre ellas:

1. la crisis del principio de legalidad y

2. la crisis de la pena como método – para combatir el delito y al criminal.

4.1. Crisis que debe enfrentar el Principio de Oportunidad

Bien se ha dicho que el actual sistema penal colombiano atraviesa por una crisis, que sin lugar a dudas, le exige respuestas inmediatas y asertivas, que coadyuven dentro del sistema judicial, a resolver los conflictos que se presentan entre los ciudadanos y con el estado. Entonces, pensar en cuáles son esos tipos de crisis, las cuales se abordarán con el fin de favorecer la aceptación y utilización del recurso, como mecanismo de descongestión judicial y de pronta y efectiva administración de la justicia.

4.1.1 En cuanto a la crisis del principio de legalidad

En Colombia la impunidad ha sido una constante y muchos procesos penales han quedado en el olvido, y casos que han marcado la historia del país no han sido resueltos, ejemplos hay muchos: asesinatos de personajes como Jorge Eliecer Gaitán, Jaime Pardo Leal, Bernardo Jaramillo Ossa, otros como los falsos positivos, y que decir del carrusel de las contrataciones, del “desangre” a entidades estatales y otros que quedan en el archivo, bien porque no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia por negligencia en el procedimiento, por caducidad de la querrela o prescripción de la acción penal.

La crisis existe, está latente, y se busca la respuesta a esta crisis, y precisamente unos buscan la respuesta en la dogmática del principio de legalidad, afirmando que desde el punto de vista teórico especulativo es en donde debe establecerse la búsqueda a este interrogante; otros más extremistas buscan la respuesta en la práctica, dejando de lado el aspecto dogmático del principio de legalidad; y un tercer grupo trata de encontrar razones en unos postulados eclécticos sin desconocer el aspecto dogmático del principio de legalidad, analizando los aspectos prácticos de su aplicación.

De esto se deduce que el sistema procesal penal colombiano no ha sido el más efectivo, que ha fracasado en muchos casos como los aquí mencionados y que aun peor han sido archivados por factores diversos como el paso del tiempo que permitió la prescripción, las argucias o “mañas” de abogados litigantes, el tráfico de influencias que han permitido se

genere duda, (y, ante la duda abstente) dice el refrán, cuestión que termina favoreciendo a las personas investigadas.

El principio de legalidad obliga a la Fiscalía General de la Nación a iniciar la acción penal, a ejercerla para todos los delitos y frente a todas las personas, sin que pueda por regla general suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, salvo la aplicación del principio de oportunidad consagrado en la Constitución Nacional, desarrollado en la ley de procedimiento a través de causales regladas que imponen el marco de aplicación. Aun así es claro que la acción penal no puede dejar de ejercerse, que es imperativa su promoción y se prohíbe interrumpirla suspenderla o renunciar a su ejercicio una vez iniciada o antes de iniciarla. Se ha iniciado una era de excepciones al principio de legalidad en materia procesal y es evidente que la excepción a la legalidad en Colombia no es aplicación de la discrecionalidad en el ejercicio de la persecución penal porque el constituyente escogió la aplicación del principio de oportunidad reglado, creó una serie de criterios de oportunidad bastante lejanos de lo que en esencia es la discrecionalidad propia del sistema anglosajón, limitándolos de tal manera que la oportunidad no es más que una nueva manifestación del principio de legalidad aplicado a quince causales que permiten exceptuar la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

Tomando de manera concreta esta perspectiva, merece especial consideración resaltar que el nuevo estatuto procesal que informa los actuales sistemas de enjuiciamiento penal está inspirado no sólo por elementos del modelo acusatorio anglosajón, sino también y principalmente por el modelo acusatorio continental europeo. Ello supone decir, por tanto, que la posibilidad de incorporación del principio de oportunidad en los ordenamientos con tradición jurídica continental, fundados en el principio de legalidad, no prescinde de la preservación de este principio como regla de garantía no sólo del sistema de enjuiciamiento criminal, sino de todo el orden jurídico, en el marco de los Estados sociales y democráticos de Derecho. Al contrario, incluso se aconseja la intervención de la ley, pues, conforme destaca la doctrina, *“desde el tenor constitucional el principio de legalidad es preponderante y garantía de muchos derechos, en especial de igualdad de los ciudadanos ante el Estado”*. Tal y como lo precisa Perdomo (2005), para quien, reducir la

discusión al dilema que gira en torno al debate sobre el modelo anglosajón por modelo continental, significa ahondar en estéril conflicto teórico, además de aportar poco a la tarea de precisión dogmática del principio que se quiere estudiar, principio de oportunidad.

4.1.2 Por la Crisis de la Pena:

Los procedimientos para la aplicación de la pena está en crisis, si bien desde el punto de vista dogmática y especulativa puede apoyarse el ejercicio del ius puniendi como la respuesta al delito, en la práctica judicial su aplicación se encuentra cuestionada por considerarla innecesaria, desproporcionada e inhumana.

Partir de un principio universal, *“errar es de la especie humana”*, pero grave que esas equivocaciones se den en la aplicación de una sanción o imposición de una pena y que se la haga mediando intereses personales, presiones, equivocaciones o similares, ha hecho que la crisis de la pena se haga evidente y de ahí los cuestionamientos que día a día surgen en este campo, y no es que penas como la capital para determinados delitos mitiguen o solucionen esta crisis, ¡no!, está demostrado que la pena no resocializa, y se ha comprobado que desde los centros de reclusión se delinque, se planean secuestros, extorsiones, se organiza bandas criminales que trafican, siembran terror, efectos al que debe sumarse la perturbación natural del encierro en el ser humano, y el deseo de venganza con la que sale un interno una vez cumple la pena por las condiciones infrahumanas, indignas y degradantes en las cuales estuvo sometido, sin el mínimo de respeto por su condición de ser humano, de ahí traer a colación la frase de Neuman quien manifestó.: *“para humanizar la cárcel habría primero que humanizar la humanidad”*(Lerner, 1997)

Para citar un ejemplo que a diario se presenta y es precisamente el caso, por mencionar alguno, de quien siendo el eslabón menor de una banda criminal colabora con el desmantelamiento de la misma a cambio de que no lo procesen, hipótesis en la que para el Estado puede resultar más beneficioso dejar en la impunidad al pequeño delator a cambio de la captura de los cabecillas.

La figura es más propia de países en los que hay una clara separación entre una Fiscalía que tiene la facultad de impulsar los procesos penales y los jueces que tienen a su cargo el juzgamiento de las personas acusadas. A partir de esta división de funciones, le corresponde a la Fiscalía decidir cuáles son los casos en los que conviene renunciar a iniciar o continuar una acción penal, de acuerdo con causales previamente señaladas en la ley. Sobre esta misma separación de atribuciones, los jueces no tienen ninguna injerencia en la decisión de cuándo iniciar o continuar una acción penal y cuándo no, pues su labor se limita de manera estricta al juzgamiento de las personas contra las que la Fiscalía haya iniciado una acción penal. En un sistema edificado a partir de esa clara distinción entre las funciones de acusar y juzgar, sólo la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad, porque sólo ella tiene el monopolio de investigar, función constitucional, acusar y decidir cuándo iniciarla e interrumpirla.

Razón que lleva a pensar en que el principio de oportunidad es ante todo un instrumento de política criminal, cuya aplicación debería responder a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. Es una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política (dentro del marco de la política criminal del Estado) y no estrictamente jurídica.

Ahora que se discute la conveniencia de introducir algunas modificaciones al principio de oportunidad, convendría pensar en la posibilidad de que su manejo esté exclusivamente confiado a la Fiscalía, sin intervención alguna de los jueces. Tomar esa decisión supone admitir de antemano que la responsabilidad por la aplicación del principio de oportunidad recaería exclusivamente en la Fiscalía, y que su inadecuada utilización supondría ante todo una responsabilidad de tipo político, es decir, una censura a la concepción y desarrollo de la política criminal del Estado.

4.2. El principio de oportunidad es solución a la crisis del sistema judicial?

Hay crisis en el sistema de administración de justicia, es cierto, pero con la implementación de este principio no se va a solucionar la misma, y día a día se debe

continuar en la búsqueda de soluciones, la reducción o eliminación del conflicto, legalización o control consumo de drogas, desarticulación de bandas organizadas de crimen tipo AUC y BACRIM. Inmerso en una crisis está el principio de legalidad en lo que concierne a la persecución del delito y de la pena de prisión como principal respuesta frente a esta situación, es por eso que urgen soluciones drásticas.

Es ahí en donde el principio de oportunidad surge como una de las soluciones a esta crisis que aunque no es una característica esencial del sistema penal acusatorio impone la creación de unas causales que bajo la concepción del derecho penal mínimo, de su carácter fragmentario y de la última ratio, permiten interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, de paso esta solución conlleva un menor costo social, al permitirse así sea por excepción que se pueda disponer de la persecución penal.

Se ajustan causales taxativamente reguladas en la ley que permiten efectuar una selección razonable de casos, imponiendo criterios fundados y transparentes que se fundamentan en la necesidad de respetar las relaciones internacionales (extradición), los compromisos con tribunales internacionales (corte penal internacional), mínima vulneración al bien jurídico frente a delitos contra el patrimonio, culpabilidad mínima, colaboración eficaz con la justicia o reemplazo de las penas privativas por técnicas de reparación patrimonial. Esto hace que el proceso se simplifique en casos concretos, desplegándose celeridad, disminución de costas y la utilización de recursos.

Es indiscutible que con la introducción del Principio de Oportunidad se ha activado la persecución penal hacia los delitos graves, persiguiendo a las organizaciones criminales sin descuidar la legalidad que está establecida como principio.” Tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente en el momento)” (Caff, 2000 p. 45).

4.3. Características del Principio de Oportunidad.

Las características del principio de oportunidad deben ser analizadas en concordancia con la Constitución Política de Colombia y de su desarrollo en el marco de la ley 906 de 2004.

4.3.1. Su origen es Constitucional.

El principio de oportunidad se fundamenta en la norma constitucional que lo establece el preámbulo y le impone a la Fiscalía y jueces controlar el principio de legalidad cuando este sea invocado, así mismo fortalecer la unidad nacional y asegurar a sus integrantes la convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

La Fiscalía como investiga y acusa, y sus decisiones en la aplicación del principio de oportunidad deben ser ajustadas a la Constitución, a la ley, a la política criminal del Estado y a las directrices del Fiscal General de la Nación. La decisión de aplicar el principio de oportunidad no solo es pública sino que debe hacer prevalecer el derecho sustancial, no así el trámite del procedimiento que busca encontrar la verdad; su fundamento está en resolver la tensión que surge entre la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal cuando los hechos tengan las características de una conducta punible, el principio de igualdad y la oportunidad que tiene la Fiscalía para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, cuando la investigación puede resultar demasiado onerosa en términos de tiempo y recursos humanos o materiales, o cuando constituye un desgaste para el aparato de justicia porque en el exterior otro Estado ha procesado y condenado a un imputado o acusado a una pena mayor; o porque el infractor ya ha sufrido una pena natural que se considera suficiente como reacción social contra la conducta injusta ejecutada, o porque el grado de culpabilidad es mínimo.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia numero C- 673 del año 2005, cuyo magistrado ponente fuera la doctora Clara Inés Vargas Hernández y reiterada en

la Sentencia C- 095 del año 2007, la Corte considera necesario hacer alusión a los motivos o razones que justificaron la inclusión del principio de oportunidad en la Constitución Política de Colombia.

En el texto del "Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política", se expusieron los siguientes motivos: (i) se trata de un principio que se viene aplicando "en forma larvada", mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (iii) constituye "una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal"; (iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del pleagUILTY o confesión dirigida a evitar el juicio, y del pleabargaining, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado; (v) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible. (Sentencia C – 673 de 2005)

Continúa la Corte argumentando:

De los debates que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, evidencia que la inclusión del mismo en la Constitución se justificaba por cuanto (i) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (ii) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; (iii) los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio,

aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley; (iv) en el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico. (Sentencia C – 673 de 2005)

Entre tanto, advierte la Corte que la Fiscalía no podrá interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, salvo en los casos en que esté contemplado el principio de oportunidad: Arguye:

Finalmente, en el Acto Legislativo 03 de 2002 se dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querrela o de oficio, "siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo". En consecuencia, a la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, "salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías".(Sentencia C-673 de 2005)

4.3.2. Es discrecional reglado

A diferencia del sistema de total discrecional (oportunidad libre o extrema) propio del sistema anglosajón que se caracteriza porque el Fiscal tiene la libertad de llevar a juicio únicamente aquellos casos que va a ganar, el sistema colombiano no lo consagró en forma absoluta, sino que estableció criterios de oportunidad que permitan definir con justicia y rapidez, casos en que no debe operar el principio de oportunidad, que cede terreno en su naturaleza absoluta.

Por ello, en la sentencia C979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño y en la sentencia C - 097 de 2007, M.P. Marco Monroy Cabra, se señala que

La Constitución de 1991 consagró lo que doctrinariamente se ha denominado el principio de oportunidad reglada, conforme al cual, dado el carácter obligatorio del ejercicio de la acción penal, la Fiscalía puede prescindir de su ejercicio en los casos establecidos en la ley. El sistema establecido en Colombia no sólo exige la precisión de las causales frente a las que opera la aplicación del principio de oportunidad, sino que cada causal debe aparecer desde el marco legislativo descrita en forma clara y concisa, para impedir indeterminaciones en su aplicación a casos concretos.

Además es necesario tener en cuenta que el sistema colombiano no consagró el principio de discrecionalidad absoluta sino el de establecer criterios de oportunidad que permiten definir con justicia y celeridad casos que no debe incluir el principio de legalidad que cede terreno en su en su naturaleza absoluta, permitiendo la búsqueda de valores distintos de la persecución en sí misma ,como el valor de la utilidad de la pena y la eficiencia de la investigación penal con el consecuente descongestionamiento de los despachos judiciales.

4.3.3 Es de aplicación exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal debe actuar en derecho cuando de aplicar el principio de oportunidad se trata. No puede abusar de su poder, mucho menos del derecho, esto significa que se ha de aplicar el principio de oportunidad cuando se deba hacerlo y cuando no, implicarlo; en ambos casos justificar se hace indispensable, exponiendo las razones de hecho y de derecho, incluyendo las de política criminal que afirman su decisión en el caso de ser negativa, así lo exige un Estado Social de Derecho.

La Constitución Nacional en su artículo 250 modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No 003 de 2002 asignó la iniciativa para aplicar algunos de los criterios de oportunidad a un caso concreto a la Fiscalía General de la Nación.

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias

fáticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

1. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

3. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

4. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

5. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.*

6. *Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.*

7. *Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*

8. *Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluida los que le sean favorables al procesado.

1. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

2. Para combatir el terrorismo y los delitos contra la seguridad pública, y en aquel los sitios del territorio nacional donde no exista una autoridad judicial a la que se pueda acudir en forma inmediata o donde el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público, la Fiscalía General de la Nación conformará unidades especiales de Policía Judicial con miembros de las Fuerzas Militares, las cuales estarán bajo su dirección y coordinación. Para el desarrollo de las labores propias de esta función, los miembros de la Unidad pertenecientes a las fuerzas militares se regirán, sin excepción, por los mismos principios de responsabilidad que los demás miembros de la unidad especial. (Modificado por Acto Legislativo 2/2003. (C.N. Art. 250).

4.3.4. Es de aplicación taxativa.

La aplicación del principio de oportunidad se hará en derecho y la facultad discrecional que posee el fiscal no sea la excusa para que se convierta en la posibilidad de aplicación arbitraria. Esta taxatividad conlleva a lo que se conoce como seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley.

Lo primordial del principio de taxatividad está en que le permite saber a los ciudadanos con claridad lo que está o no permitido en materia de aplicación del principio de oportunidad. Esta exigencia en el campo de la teoría del delito se encuentra en el elemento de la tipicidad que debe caracterizarse por ser previa, escrita, estricta y cierta.

4.3.5. Es de aplicación residual.

Es necesario que la aplicación del principio de oportunidad sea residual o última ratio. La aceptación de los criterios para la aplicación del principio de oportunidad en ningún caso invierten la regla en virtud de la cual la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal, por lo que su operancia depende de que la situación fáctica no encuentre solución en un instituto distinto de la oportunidad. La aplicación del principio de oportunidad es una excepción al principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, por ende, al de legalidad.

4.3.6. Tiene Control de legalidad ante el Juez de Control de Garantías

El artículo 327 de la ley 906 de 2004, dispone que el juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. Modificado por el art. 5, Ley 1312 de 2009 El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-979 de 2005

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2007.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. (Ley 906 de 2004. Art. 327)

4.3.7. Se funda en la Política Criminal.

Esta característica es considerada para muchos académicos la más importante de la consagración constitucional, lo que obliga a una definición con respecto a qué se debe considerar política criminal del Estado, de la cual el Fiscal General es un partícipe del diseño; concepto en crisis respecto de su verdadero contenido, debiendo entenderse que se trata del conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a las conductas consideradas reprochables o causantes del perjuicio social, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio.

4.4. Limitaciones del Principio de Oportunidad

La jurisprudencia ha reconocido que el legislador cuenta con un margen de configuración amplio para definir las causales de procedencia del principio de oportunidad, pero que dicho margen encuentra límite en la naturaleza excepcional de la figura, que viene impuesta por su condición de ser mecanismo de descongestión del aparato judicial que busca la supresión de la acción penal en contra de conductas delictivas de bajo impacto que pueden no ser sancionadas sin grave detrimento del orden social. Si bien el legislador tiene autonomía para fijar los eventos en que el principio de oportunidad es procedente, también es autónomo para establecer los casos en que dicho principio no tiene aplicación, lo que supone que la decisión del legislador sólo es contraria al orden constitucional si se comprueba que la no procedencia del principio en

el delito de que se trate resulta desproporcionada, irrazonable o contraria a la institución misma” (sentencia C-738 del 2008,.M.P.Dr.Marco Gerardo Monroy Cabra)

Es claro que Colombia está obligada a cumplir con los tratados internacionales y la normatividad vigente debe estar acorde a los mismos. Esto se debe a que la Constitución Política de Colombia ha incorporado los derechos humanos ratificados por el Estado y las normas de derecho internacional al bloque de constitucionalidad (Sentencia C – 225 de 1995). Es así, entonces, que el Principio de Oportunidad fuera limitado por el legislador, al momento de impedir su aplicación cuando los hechos de los que se trate muestren graves violaciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, (Acorde con el artículo 3 de la Ley 906 de 2004)

La Convención Americana en el artículo 1.1. impone a los Estados parte, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el tratado a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, lo que supone a su vez no solo que exista un orden jurídico que propenda por la realización de este mandato (Artículo 2 de la Convención Americana), sino además que el Estado se organice de tal modo que pueda asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Si por alguna circunstancia se llegase a admitir la aplicación del principio de oportunidad frente a delitos como la desaparición forzada o el genocidio, el Estado violaría este mandato e incumpliría su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos fundamentales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafos 166-172.)

La Corte Interamericana se ha sostenido que:

El Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en

la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción (Ibidem, Párrafo 176)

Por lo expuesto se puede deducir que el Principio de Oportunidad no se aplicaría cuando se esté frente a hechos en los que se viole los derechos humanos que están siendo protegidos por la Convención Interamericana y los delitos tales como el homicidio doloso, el genocidio o la desaparición forzada deben ser investigados.

Hoy en día Colombia busca en la Habana Cuba finalizar acuerdos con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, y lograr la paz para nuestro país, pero la situación de los negociadores que representan a este grupo armado buscan el perdón y olvido por los crímenes atroces cometidos por esta organización guerrillera.

El principio de oportunidad para este caso en concreto, no puede constituirse en el “*salvavidas*” que permita que los crímenes cometidos queden en la impunidad. La oportunidad no puede constituirse en mecanismo para otorgar indulto o amnistias a estos grupos armados ilegales, sean de “*extrema derecha*” o de “*extrema izquierda*”, y difícil sería estar en el ojo del huracán si el Estado colombiano llegase a atender de manera positiva las pretensiones de la guerrilla ya que el pueblo colombiano se vería afectado moralmente al ver que los autores intelectuales y materiales de masacres sean indultados, esto sería una apología al crimen. No obstante, frente a delitos políticos, el principio de Oportunidad sí podría operar, v. gr., por colaboración con la justicia (numerales 5 y 6 del artículo 324 de la Ley 906), o en los eventos contemplados en los numerales 15 y 16 del artículo 324 de la Ley 906. Una limitación adicional, introducida en el último debate en la plenaria del Senado, consagra el párrafo 3° del artículo 324: en ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de delitos de narcotráfico y terrorismo; además, el principio de Oportunidad puede operar frente a delitos de corrupción o enriquecimiento ilícito.

Capítulo 5

Derechos Fundamentales que se violan al tener como sujetos activos a los menores

Cabe anotar, que el tema en mención, por identificar y señalar que se trata de comprender la prevalencia de los menores, se constituye como un derecho que debe garantizar el Estado Colombiano.

En los últimos años, ha venido tratándose con un grado alto de preocupación esta temática, toda vez que en muchos delitos que son considerados de lesa humanidad han sido cometidos por niños, niñas y adolescentes, y se han incrementado, debido a los fenómenos del conflicto armado que se desarrolla en Colombia, la actividad de las AUC, BACRIM, narcotráfico y factores de violencia alternos a estos procesos delictivos, convirtiéndose en un aspecto de interés jurídico.

La ley reconoce a niños, niñas y adolescentes como personas autónomas, titulares de derechos y deberes, que deben ser protegidos de manera integral, no sólo cuando sean vulnerados e incumplidos sino de manera permanente.

En Colombia hace más de diez años existe jurisprudencia constitucional con pronunciamientos muy claros que evidencian la imperiosa necesidad de establecer mecanismos jurídicos más fuertes para proteger a los menores, dadas las condiciones de inferioridad y de debilidad manifiesta en la que objetivamente se encuentran respecto del resto de la sociedad.

El principio de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños y del interés superior que debe recaer sobre ellos desborda el ámbito del derecho interno, toda vez que está consagrado expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989.

Como lo describe el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su texto, “Guía para el restablecimiento integral de derechos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes

desvinculados de grupos armados organizados al margen de la ley” (2008), a la luz de la normatividad internacional y nacional, el reclutamiento y la utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes en los grupos armados organizados al margen de la ley constituye una grave violación de los derechos humanos. Por esta razón, la comunidad internacional ha hecho insistentes llamados para que los Estados se comprometan no sólo con la prevención del fenómeno, sino también con el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes que han sufrido y padecen las consecuencias del paso por la violencia socio-política.

Así mismo, Colombia no es el único país que enfrenta esta problemática. Sin embargo, sí es el único que ha desarrollado e implementado un programa de atención para la niñez y la juventud desvinculada en medio de las hostilidades. En otros países en los que los niños, niñas, adolescentes y jóvenes han combatido en las filas de los actores armados, las iniciativas oficiales para la superación de esta problemática han comenzado a ejecutarse luego de la terminación del conflicto.

Se estima necesario y conveniente, recordar que el fenómeno del reclutamiento de menores de dieciocho años por los grupos armados organizados al margen de la ley y de su participación en las hostilidades, se puso en evidencia en 1996 debido a una investigación adelantada por la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, no fue sino hasta finales de la década de los noventa, cuando se dio la primera entrega de niños, niñas, adolescentes y jóvenes retenidos por un grupo armado organizado al margen de la ley, que este problema comenzó a ser atendido en el marco de una política pública diseñada y ejecutada por el Estado.

Esta decisión coincidió con el despertar de una conciencia internacional sobre la necesidad de adoptar medidas eficaces para la protección de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes que participan en los conflictos armados. En efecto, a partir de 1999, el tema comenzó a discutirse en la Organización de Naciones Unidas. Los pronunciamientos del Consejo de Seguridad, en relación con la participación de la niñez y la juventud en los conflictos armados, el nombramiento de un Secretario Adjunto para niños, soldados y, la

conformación de un equipo de trabajo encargado de presentar al Secretario General informes periódicos y por países sobre la situación de la niñez en los conflictos armados, son pruebas contundentes de que esta problemática hace parte de la agenda internacional de derechos humanos.

Sin embargo, aún queda mucho por hacer. La ampliación del marco de protección legal de la niñez, que se manifiesta en la aprobación de numerosos tratados y normas de derecho interno de los países, contrasta con el hecho, denunciado por el Consejo de Seguridad de la ONU en la Resolución 1612 de 2005, que, en la práctica, *“las partes en conflicto siguen contraviniendo con impunidad las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable relativo a los derechos y a la protección de los niños en los conflictos armados”*.

El caso colombiano no es ajeno a este fenómeno. En efecto, los actores armados organizados al margen de la ley continúan reclutando menores de dieciocho años en sus filas pese a que dicho comportamiento se encuentra legalmente prohibido desde hace varios años.

Es claro que el país está muy lejos de ofrecer a sus niños, niñas, adolescentes y jóvenes una protección completa y eficaz contra este delito. Por ello, se hace necesario incorporar nuevas estrategias en el campo de la prevención y atención del fenómeno del reclutamiento ilícito. En particular, es indispensable comprometer a todas las instituciones que conforman el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, a las organizaciones sociales y a otros actores de la sociedad en el diseño y ejecución de proyectos propios y conjuntos que faciliten la reintegración laboral, social, económica y cultural de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes que se desvinculan de los grupos armados organizados al margen de la ley. Si se quiere avanzar hacia un proceso de reconciliación serio y sostenible, es preciso involucrar al Estado y a toda la sociedad en la búsqueda de estrategias que restablezcan a la niñez, adolescencia y juventud afectadas por el conflicto en el disfrute de sus derechos.

Ahora bien independientemente de lo descrito en el anterior párrafo, se plantea el interrogante: ¿Nuestros menores involucrados en delitos son víctimas o victimarios?

Uno de los principios garantistas del código de Infancia y Adolescencia lo constituye el principio de oportunidad en el artículo 175, por parte de la Fiscalía General de la Nación cuando considere que el adolescente fue utilizado por grupos armados al margen de la ley aprovechando las circunstancias de agobio por las que atraviesa este menor, víctima por la situación de orden público que rodeaba el entorno del adolescente al momento de constituirse en objetivo del reclutamiento forzado.

La misma Corte Constitucional lo reconoce en la Sentencia C- 203 de 2005, “la calidad de víctima de la vulneración de sus derechos por efecto del delito de reclutamiento ilícito del que son víctimas, no los exime de la posibilidad de que sean perseguidos penalmente por parte del Estado, a través del sistema de responsabilidad para adolescentes, por la eventual comisión de delitos, cuando se trata de personas mayores de 15 años...”; sin embargo es bueno recordar que dentro del nuevo régimen penal para los adolescentes, es el fiscal delegado ante los jueces penales para adolescentes, quien aplica las reglas establecidas en el artículo 175 ya que es el facultado para iniciar los procesos penales contra adolescentes a partir de la entrada en vigencia de responsabilidad penal.

Se busca y en tratándose de menores de edad un proceso justo, equilibrado y que todos los organismos gubernamentales cumplan a cabalidad con los fines que se les ha encomendado en estos casos. Pero ¿El Principio de Oportunidad cumple con los fines del proceso penal en el Estado social y democrático de derecho?

Partiendo de una concepción teleológica del derecho, es decir, teniendo en cuenta que toda norma jurídica debe ser analizada a partir de los propósitos que aspira cumplir, los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, son según el doctor Alfonso Daza González, en su obra *“La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho”*, los siguientes:

- a.- La decisión sobre la punibilidad del imputado.
- b.- La protección de los derechos del procesado.
- c.- La protección de los derechos de la víctima;
- d.- La solución del conflicto social que genera el delito.

Es importante advertir de entrada que los fines del proceso penal propios del Estado Social y democrático de Derecho, son propósitos bastante exigentes, cuyo cumplimiento no siempre se produce de manera armónica. En no pocas ocasiones, la satisfacción de uno de estos fines puede traer el soslayo o al menos la disminución de otro de ellos. Su cumplimiento exige de las autoridades encargadas de adelantar el proceso penal un esfuerzo constante por mantener el equilibrio entre dos extremos de una difícil balanza: el garantismo y la eficiencia. En el sistema de fines que se plantea, el primero de los preceptos enunciados, estaría expresado en la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso - procesado y víctimas -, y la eficiencia, en el mandato de obtener una decisión sobre la punibilidad del imputado y de solucionar el conflicto social que genera el delito, además con cierta celeridad y economía de recursos.

Dado que el sistema penal acusatorio fue introducido al país sobre todo por la necesidad de agilizar la justicia penal, de evitar la congestión de los procesos y reducir los términos de decisión en el proceso, el principio de oportunidad, una figura propia de este sistema, es generalmente asociado al extremo de la eficiencia bajo el entendido de que se trata de un mecanismo de racionalización del poder punitivo del Estado y por ende de agilización del sistema.

Infortunadamente, los más débiles siempre han sido perjudicados por personas que de una u otra manera ostentan el poder y se aprovechan de las adversidades por las que atraviesan quienes serán las víctimas de estas circunstancias. En la crisis social, política, económica por la que atraviesa Colombia se agudiza por los conflictos internos que desde hace décadas soporta y siguen siendo los más débiles como los menores a los que se les

vulneran derechos fundamentales que les asisten como por ejemplo un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Colombia ha ido mermando día a día la calidad de vida institucional, toda vez que la historia muestra a una sociedad abatida por el crimen organizado, y en muchas situaciones con el silencio cómplice del Estado. Ataques generalizados o sistemáticos a la población civil por parte de grupos ilegales y legales han sido la constante. Es hora de una reconciliación y de paso reconstruir el tejido social y esto se inicia acabando con la impunidad y aplicando la ley a aquellos criminales que al parecer se satisfacen con el dolor de los compatriotas.

Se ha convertido en costumbre utilizar a los menores para cometer ilícitos y de paso atacar a los conciudadanos y precisamente estos menores vienen siendo reclutados, por inescrupulosos que según los estatutos no solo internos sino internacionales están violando los derechos humanos de los niños e inmersos en un crimen de guerra. Estos criminales no alcanzan a entender el daño causado a estos menores al alejarlos de su familia, truncarles su infancia, su misma identidad y lejos aún de conocer las secuelas de estos crímenes a nivel psicológico por los traumas que a posterior se verán reflejados en la vida de estas víctimas.

Por la calidad de sanciones aplicable a los Niños , Niñas y Adolescente, son usados por las organizaciones, de extrema derecha o izquierda , BACRIM y adultos, como ejecutores de conductas penales, pues, conociendo que son más benévolas las sanciones que las penas para los mayores de edad, se acude a esta figura, complicando , aun mas, la situación de vulnerabilidad de los sujetos del SRPA.

Al respecto, de autor mediato, la Corte Constitucional , en sentencia del 21 de Abril de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemus, radicado No 31.848, clarifico la situación de los menores en estas condiciones. Se enunció:

A su vez... puede efectuarse un cotejo entre la determinación y la autoría mediata. En aquella se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el

determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido.

Por su parte, en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado “el hombre de atrás” o el que “mueve los hilos”) y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a “persona objetivada” o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra – salvo cuando se trata de inimputables – bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.

En efecto, hay casos en los que el ejecutor sí responde, como ocurre cuando el autor mediato utiliza a inimputables, quienes son penalmente responsables al serles impuestas medidas de seguridad.

También hay lugar a imponer sanción al individuo mediatizado cuando actúa bajo error vencible de tipo o de prohibición indirecto de tipo permisivo, siempre que el delito por el que se proceda admita la modalidad conductual culposa. Igualmente, cuando aquél actúa por error vencible de prohibición directo la pena se rebajará en la mitad”¹.

Es de anotar que en reciente decisión la Sala sostuvo que también responden penalmente quienes son utilizados por los aparatos organizados de poder para ejecutar los delitos, pues en estos eventos los ilícitos cometidos “son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad”².

¹ Sentencia del 23 de febrero de 2009, radicación 29418.

² Sentencia de única instancia del 23 de febrero de 2010, radicación 32805.

En estas condiciones de indefensión los menores serán sometidos a los más horrendos abusos. Acceso carnal, constituirse como esclavos, maltrato en todas las formas. La Organización de las Naciones Unidas, en diferentes informes ha puesto de manifiesto que más de trescientos mil (300.000) niños vienen “peleando “ en diversos ejércitos y milicias del mundo, ante la mirada cómplice de las autoridades de turno, es por esto que Amnistía Internacional ha dejado claro que las autoridades se han negado a investigar a los responsables haciendo que la impunidad crezca y si los Estados no asumen su responsabilidad los niños seguirán siendo víctimas indefensos de estos criminales y la sociedad seguirá soportando estos delitos que ya algunos lo llaman como crimen invisible.

Con el Estatuto de Roma que dio vida a la Corte Penal Internacional se han dado resultados importantísimos en la lucha contra estos criminales y precisamente después de dos lustros de entrar en vigencia se conoce el primer fallo de esta corte, el mismo que ha sido considerado como histórico en la lucha contra la impunidad a nivel internacional y contra este delito.

Este fallo se dio dentro del proceso, que se adelantó en contra de THOMAS LUBANGA DYILO, conocido también como otro “señor de la guerra” en la región de Ituri, en la República Democrática del Congo (RDC), quien fuera condenado a 14 de años de prisión, constituyéndose como un hito histórico en el camino por consolidar la prevalencia de la justicia internacional.

La Corte Penal Internacional sienta un precedente al proferir esta condena a un individuo que utilizó a niños y niñas menores de quince años en conflictos armados. Este hecho, además, marca un antecedente y eso es indudable, para empezar a “despejar” el camino para luchar contra quienes utilizan menores en conflictos armados. Gracias a la exigencia del gobierno del Congo, quien solicitó la intervención de la Corte Penal Internacional se culminó con este fallo.

THOMAS LUBANGA DYILO, como cabecilla del Ejército de Liberación del Congo, junto con sus seguidores cometió graves delitos contra los Derechos Humanos,

como masacres étnicas, asesinatos, torturas, violaciones, mutilaciones y el reclutamiento por la fuerza a niños soldados. El fallo que se profirió por unanimidad por los tres jueces del Tribunal Penal Internacional concluyó que LUBANGA “sabía” y “era consciente” del delito de reclutamiento de menores. *“El uso de niños en un combate armado es sin duda uno de los crímenes más graves, que afecta a toda la comunidad internacional”*, dijo el presidente del tribunal, el magistrado Adrián Fulford.

Para la Corte Penal Internacional el reclutamiento, el alistamiento y la conscripción de niños soldados se constituyen en delitos graves que violan los derechos humanos no solo de los menores sino también de las personas que de una u otra manera están vinculados con las víctimas.

En Colombia también se profirió un fallo que ha sido considerado como histórico dentro de los procesos que se adelantan en justicia y paz, el cual fue creado para la desmovilización de los grupos paramilitares y fue precisamente en contra de un desmovilizado conocido como FREDY RINCON HERRERA alias “el alemán”, comandante de un bloque paramilitar llamado “HELMER CÁRDENAS, perteneciente a las “Autodefensas Unidas de Colombia”.

En Colombia para nadie es un secreto que los grupos al margen de la ley llámense autodefensas, Bacrim o guerrilla, han reclutado a menores a sus filas y en este caso los “paras” no han sido la excepción y así lo confirma “el alemán” quien a diferencia de Lubanga, manifestó que él no reclutó a niños sino que sus padres los entregaron para la causa. Fredy Rincón Herrera, aceptó haber reclutado menores de edad de manera ilegal en la zona del Urabá y así quedó establecido dentro del proceso, que era una práctica masiva y sistemática desplegada por el bloque que comandaba “el alemán”.

En el año 2006, concretamente el 15 de agosto, se desmovilizó Fredy Rendón Herrera, alias “el alemán” con el Frente Norte Medio Salaqui del Bloque Elmer Cárdenas, y se presentó de manera voluntaria en el Comando de Policía de Necoclí el 21 de agosto del mismo año; luego de lo cual, el 31 de agosto, ratificó su voluntad de sometimiento a la

justicia, por lo que fue incluido en el listado para efectos de ser candidato a que se le conceda la pena alternativa.

Es importante tener en cuenta el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, con ponencia del magistrado Dr. José Leónidas Bustos Martínez, en donde se conceptuó acerca del tratamiento que deben recibir los ex combatientes de los grupos de autodefensas que fueron reclutados siendo menores de edad. (Aprobado acta N°458 Bogotá D.C., doce de diciembre de dos mil doce.

5.1. Sobre el Reclutamiento Ilícito.

La Corte suprema de Justicia al referirse al reclutamiento ilícito ha dicho:

Comienza la Sala por reafirmar que esta conducta punible es una de las formas de explotación más detestables y crueles, cuya gravedad deviene del hecho de tratarse de un delito cometido contra un grupo de personas que se encuentra entre los más vulnerables y que merece especial protección¹⁶ e igualmente por la calidad de los daños causados a los mismos. Los menores de edad que son reclutados de manera ilegal y que son obligados a participar directa o indirectamente en las hostilidades, además de ser expuestos a una gran cantidad de riesgos, generados no solamente por las circunstancias que rodean un conflicto armado no internacional, sino por el cruel tratamiento que reciben por parte de los miembros de estos grupos, al dejar de ser considerados personas y pasar a ser “objetos de guerra” fungibles, sufren daños irremediables con consecuencias en el resto de sus vidas y no solamente durante el lapso transcurrido en los campos de combate. (Sala de Casación Penal. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado Acta Numero 458 .Bogotá D.C.12 de Diciembre de 2012)

Al referirse al mandato constitucional del Estado, el cual está llamado a mantener y preservar el orden social, en el que uno de los factores de mayor atención debe ser el establecimiento de la paz, la cual se ve doblemente violentada, por efectos de la guerra, que utiliza para sus fines el reclutamiento de menores, la Corte ha dicho:

La convivencia pacífica es un presupuesto empírico del Estado de derecho y por tanto el monopolio de las armas en su poder tiene como objetivo el mantenimiento del orden y la concordia social.

La paz es presentada por el artículo 22 de nuestro texto constitucional, como un derecho y a la vez como un deber de obligatorio cumplimiento en razón de la importancia que tiene para el cumplimiento de los cometidos estatales; y en tanto expresión de la razón su reinado depende de la evitación de la guerra.

Pero no obstante ser la confrontación bélica una traición al mandato de la paz, la razón ha logrado que también la guerra tenga unos lineamientos normativos que limitan sus efectos devastadores, contenidos en el Derecho Internacional

Humanitario.

Precisamente, como la guerra la realizan combatientes o guerreros, el DIH se encarga, entre otras cosas, de precaver y regular la calidad de las personas que a ella se dedican, advirtiendo como una infracción en su contra que se involucre a menores de edad. (Sala de Casación Penal. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado Acta Numero 458 .Bogotá D.C.12 de Diciembre de 2012)

En este sentido, advierte sobre el reclutamiento ilegal de menores, lo siguiente:

La participación de menores de edad en los conflictos armados es una de las mayores vergüenzas de la humanidad en tanto en ella se aprecia la trasgresión del principio ético del hombre como auto fin en sí mismo, y se proyecta como en ningún otro caso con tanta intensidad, la utilización del hombre como medio al servicio de los intereses de otros; con la gravedad de que se usa a personas que aún no han alcanzado el desarrollo necesario para poder decidir con la madurez y juicio reflexivo aconsejables en la determinación de vincularse a un grupo armado.

El derecho internacional humanitario, esa rama del derecho surgida del horror, construida sobre las humeantes ruinas europeas de la segunda guerra mundial, escrito con la sangre de las víctimas y animado por los gritos de horror salidos de sus moribundas entrañas que aturden la racionalidad fracasada, para quienes no hubo explicación sobre lo inevitable de las guerras, las que esconden en su justificación nada más que la vanidad, la avaricia y el orgullo de aquéllos a quienes nada importa los derechos de los demás.

La justificación de la guerra entraña por tanto el fracaso del discurso filosófico de la modernidad, ese que exaltaba al hombre como eje del conocimiento y razón de ser del mundo, de ese meta-relato que condujo a la ciencia a convertirse en usufructuaria de las vanidades y a que subordinara al hombre bajo la técnica, a su vez puesta al servicio de

intereses egoístas que esconden la acumulación de poder, siendo la guerra el mejor medio para realizar las aspiraciones de los que traicionaron la doctrina del protagonismo del hombre.

Pues bien, el DIH se fue gestando como paliativo frente a la aparente inevitabilidad de la guerra, provocada por los intereses mezquinos, presentada descarnadamente como la partera de la historia. Con vergüenza el mundo civilizado tiene que seguir apelando a la normatividad del DIH, originada en la incapacidad de la política de encontrar caminos diferentes para el logro de la convivencia pacífica, de esa paz perpetua con la que soñaron Kant y los utópicos, fundada, en todo caso en la justicia social.

De manera enérgica se debe declarar que en nuestro territorio se respeta el derecho de la guerra, ya que la Ley 5ª de 1960 avaló la aplicación de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mediante la Ley 11 de 1992 se aprobó la aplicación del Protocolo Adicional I de 1977 y la Ley 171 de 1994 la del Protocolo Adicional II.

Permitir que los menores hagan parte del conflicto armado, como combatientes, mensajeros, informantes, utileros, o de cualquier manera, constituye una afrenta contra el Derecho Internacional Humanitario

Se ordena en el Título II artículo 4º, numeral 2º del Protocolo II, que:

“c) Los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades

d) La protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;”

Por tal razón el reclutamiento de menores, en principio con edad inferior a quince años, se convierte en un crimen de guerra, y de manera específica nuestro Código Penal en su artículo 162, inserto en el Título II dedicado a penalizar los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, extiende dicha protección a los 18 años, intentando evitar que a los infantes les sea arrebatado su derecho a ser niños. (Sala de Casación Penal. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado Acta Numero 458 .Bogotá D.C.12 de Diciembre de 2012)

Seguidamente, la Corte hace una serie de consideraciones, en las cuales entran a jugar papel preponderante el reclutamiento para el servicio militar bajo la condición de menor de edad y el aislamiento de los menores de 18 años de las actividades agrícolas propias del campo, las cuales alejan a estos jóvenes de sus actividades propias para la edad y a su vez de su ambiente social, cultural y económico. Apela entonces a lo siguiente:

En cumplimiento de dicho postulado del DIH, la Ley 418 de 1997 modificada por el artículo 2° de la Ley 548 de 1999, sentencia:

Los menores de dieciocho (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.”

Los menores de dieciocho años ciertamente no pueden hacer parte del conflicto armado porque tal situación constituye un atentado contra el menor, contra la institución de la familia, contra la cultura, contra la sociedad, por no mencionar lo más evidente, contra la libertad y la vida.

Su reclutamiento conduce a la desaparición de los futuros agricultores y al nacimiento de guerreros baratos, apasionados y no deliberantes, para quienes la única normalidad es la obediencia y la guerra; pero además, interrumpe la evolución cultural y económica del entorno social, sustituye la esperanza del bienestar colectivo por la convicción de que la intervención violenta facilita el cumplimiento de objetivos estratégicos de la máquina de muerte a la que sirven, también alienta la opción de la guerra como alternativa laboral posible para otros niños que enfrentan su evolución psicológica a la rebeldía de su orden, sustituye la inocencia por la sed de muerte, les roba sus sueños, acalla al campo, a la familia y a la sociedad en un mismo silencio, ya que la alegría y la felicidad huyen del tableteo de metralla” (Sala de Casación Penal. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado Acta Numero 458 .Bogotá D.C.12 de Diciembre de 2012)

Así mismo en esta sentencia la Corte Suprema de Justicia manifiesta que“*la tipificación del reclutamiento ilícito como delito contra el derecho internacional humanitario involucra la expectativa que tiene el mundo civilizado en relación con que su niñez y juventud se formen en la escuela y en la familia, no en la guerra”.*

La Corte Suprema de Justicia, en la misma providencia sostiene que:

A pesar de que es necesario reconocer la condición de víctimas de los ex paramilitares que fueron reclutados siendo niños y adolescentes, no se puede desconocer que con ocasión a su pertenencia a los grupos ilegales, muchos de ellos cometieron delitos que deben ser juzgados.

Es incuestionable que por el hecho de haber sido obligados a entrar al conflicto, los niños son víctimas del delito de reclutamiento ilícito y que por eso tienen derecho a una asistencia especial por parte del Estado. Sin embargo, también se debe reconocer que en el curso de las confrontaciones, los menores pudieron haber cometido delitos graves en contra de víctimas que también tienen derecho a la verdad, la justicia y a la reparación. (Sala de Casación Penal. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez.

Aprobado Acta Numero 458 .Bogotá D.C.12 de Diciembre de 2012)

Estos postulados fueron pronunciados por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, los mismos que se incluyeron en el fallo contra “el alemán” ya que esta persona fue señalada como responsable del reclutamiento ilícito de 309 niños en la región del Urabá antioqueño y chocoano.

Las víctimas del paramilitarismo, manifestaron que lo que los llevó a enrolarse a las filas paramilitares fue su situación de pobreza, sus necesidades económicas, además porque en su región no había otra alternativa para trabajar y cuando se enrolaron en las filas de estos grupos se desempeñaron en labores varias: combatientes, “sepultureros”, mensajeros, y en fin otras actividades propias para el mantenimiento de los combatientes , incluso las menores de edad fueron sometidas a abusos sexuales.

Ahora bien muchos de los menores de edad cuando fueron reclutados eran aun niños y cuando se desmovilizaron ya eran adultos lo que conlleva a que su situación jurídica se complique. La Corte en su fallo manifestó al referirse a la responsabilidad de los menores, que:

la responsabilidad en los delitos de quienes fueron reclutados siendo menores debe ser evaluada caso a caso, identificando las circunstancias específicas del hecho y las condiciones en las que el niño participó ya que generalmente recibían órdenes de superiores so pena de ser castigados o recibir tratos denigrantes. (Sala de Casación

Penal. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado Acta Numero 458 .Bogotá D.C.12 de Diciembre de 2012)

A lo anterior se debe agregar y tener en cuenta que los niños reclutados ingresaron a las filas de estos grupos ilegales no de manera voluntaria, y como niños que eran fueron sometidos a través de uno de los crímenes más infames como es el de reclutamiento forzado, por este motivo y atendiendo el interés superior de los niños sus derechos deben ser garantizados y protegidos.

Así mismo, la Corte urge la necesidad de reparación del daño causado por efecto del reclutamiento de menores, a los cuales están en obligación de restituirle y garantizarle todos sus derechos

En el fallo la Honorable Corte Suprema de Justicia aseguró que: “quienes los reclutaron deben reparar los daños que sufrieron los niños, también es necesario reconocer los derechos de las víctimas de los crímenes que los menores reclutados cometieron”.

Según el fallo, “la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad de los menores combatientes podría desconocer los derechos de otras víctimas del conflicto”. (Sala de Casación Penal. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez. Aprobado Acta Numero 458. Bogotá D.C.12 de Diciembre de 2012)

Entonces se puede deducir que los menores de edad que fueron reclutados por los paramilitares y que ingresaron a estas filas siendo aún niños, esto es menores de 18 años y que estando en las filas cometieron delitos graves como asesinatos, secuestros, hurtos torturas, atentados y otros delitos considerados como graves hoy en día tienen una doble condición la de ser víctimas y a la vez victimarios.

Conclusiones

En la historia colombiana la situación jurídica de los menores de edad ha sufrido diversas modificaciones en su proceso de judicialización cuando se ha requerido, su sometimiento al derecho penal colombiano. Los adolescentes dentro de la legislación y en cuanto a derecho penal se refiere han sido considerados como carentes de plena capacidad y se ha variado la presunción de su inimputabilidad por la de responsabilidad penal atenuada.

Cuando se comete un delito por parte de estos menores, los jueces nunca han tenido que adelantar valoración alguna sobre la verdadera capacidad de los menores en cuanto a la comprensión de la ilicitud y su discernimiento al momento de infringir la ley.

Con la promulgación del Código Penal de 1936, aun cuando no existía la presunción de inimputabilidad, el menor, era tratado de manera diferente a como se trataba a un adulto y cuando era necesario imponer una sanción, se le imponía medidas de seguridad en lugar de penas.

En el año 1980, cuando se hace referencia a la presunción de derecho de la inimputabilidad del menor, el juez tampoco valoraba el actuar del menor buscando su comprensión o no de la ilicitud cometida ya que la presunción lo hacía irrelevante, se consideraba que tal capacidad sencillamente nunca estaba presente.

Cuando se habla de Principio de Legalidad u obligatoriedad se predica la regla general y cuando se habla del principio de oportunidad o de discrecionalidad, se hace referencia a la excepción del principio de legalidad, no obstante otros lo consideran más bien como la antítesis de este principio. Ante estos postulados y tomando como referencia el principio de legalidad, la Fiscalía investiga y acusa y por el principio de oportunidad, la Fiscalía, en casos determinados en el Código de Procedimiento Penal, optará entre investigar o no hacerlo, acusar o precluir de acuerdo a conveniencias de política criminal, así sea que la prueba conduzca a la existencia de una conducta punible y por ende a la

responsabilidad del imputado, pero con el requisito de que esa decisión sólo se perfecciona con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías.

En conclusión, se considera el principio de oportunidad como la excepción al principio de legalidad y por eso se hace inminente precisar que la Constitución Política de Colombia es clara al autorizar al titular de la acción penal para que pueda disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, esto significa que el principio de oportunidad es un principio reglado, pero que se somete al control de legalidad por parte de un juez para que ejerza esas funciones de control de garantías.

De ahí la importancia de resaltar el papel que jugó el legislador cuando reguló el principio de oportunidad, y elaboró las causales respectivas, lo cual trajo consigo algo importante y es el impedir que se entregara a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desbordara el marco de la excepcionalidad y que imposibilite el ejercicio de control de legalidad de manera eficiente.

Por el Principio de legalidad, en materia penal, el Estado con sus autoridades están obligadas a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su jurisdicción, la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe estar delimitada para que el control judicial sea efectivo, esto significa que cuando se esté frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera equívoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial.

El Principio de oportunidad como facultad constitucional que le permite a la Fiscalía cumplir con su deber de perseguir el delito, y buscando que este principio sea más eficaz, que tenga una aplicación mucho más amplia de la que tiene en la actualidad, requiere que se efectúe una reestructuración que permita no solo a los “operadores jurídicos” sino también a la sociedad en general comprender que este principio tiene una

visión más amplia de lo que hasta hoy posee, analizando de la misma manera todos los verdaderos alcances que esta institución procesal brinda.

El origen del principio de oportunidad no es exclusividad del legislador colombiano, no, esta figura tiene sus raíces en el sistema penal anglosajón. Cuando se incluye este principio en el sistema penal nacional, se lo hizo con el objetivo de buscar mayor eficacia en la justicia colombiana, al concentrar su accionar en perseguir los delitos más graves y de esta manera dar respuestas proporcionadas a los hechos que son materia de investigación, ponderando el caso de manera individual y las consecuencias derivadas de la pena.

De la misma manera en supuestos como la pena natural donde la sanción carece de sentido, la figura parece ser una respuesta apropiada. Cuando se define de manera taxativa los casos en que la Fiscalía pueda escoger entre adelantar una investigación o extinguir la acción penal, esto podría ser un mecanismo legal a través del cual se pueda reducir la arbitrariedad de la selectividad de los casos penales que son sometidos al conocimiento del sistema judicial.

Desde la perspectiva de la víctima, a quien interesa la justicia, verdad y reparación, si la figura garantiza la reparación del daño, no se contrapondría con los intereses de justicia restaurativa que motivan el proceso penal.

El Principio de Oportunidad tiene su fundamento en la política criminal y tal como está establecido la Fiscalía General de la Nación puede aplicar este principio como sustento del marco de la política criminal del Estado. Esto presupone que cuando la Fiscalía General de la Nación cumple su papel en la investigación de determinadas conductas, se presume que existe una justificación político-criminal anterior, en cuyo centro se deben tener en cuenta los fines atribuidos no sólo al Derecho Penal como herramienta de control social, sino al mismo Estado a través de su particular organización.

Entonces, la propuesta está encaminada a que el principio de oportunidad debe aplicarse para todos los eventos en que los niños, niñas y adolescentes sean infractores de la

ley penal, sin restricción alguna pues la ejecución de las conductas, ya sea ordinarias o de graves violaciones de derechos humanos son realizadas bajo esta condición, es decir de niños o niñas, y discriminar dependiendo del delito para la implementación del fenómeno jurídico vulnera su interés superior, la prevalencia de sus derechos fundamentales y las condiciones especiales que tienen por la inmadurez psicológica propia de su corta edad.

Adicionalmente el Estado Colombia ha venido incumpliendo con los tratados internacionales, que establecen que las autoridades encargadas de judicializar a los menores deben ser especializadas en materia de infancia y adolescencia, tal como lo disponen los instrumentos internacionales y el artículo 148 de la ley 1098 de 2006, condición que no se cumple, pues, los órganos de administrar justicia no han tomado las medidas necesarias para capacitar en esa temática a los funcionarios judiciales que se les ha encomendado tan importante función.

Con la aplicación de este principio y su incorporación al sistema penal se fortalece la idea de que el proceso penal debe ser, además, un marco eficaz y propicio para la aplicación de una verdadera política criminal que logre evitar en la medida de lo posible el traumatismo de la punición y el carácter inevitablemente estigmatizador que tiene el proceso mismo.

Analizando el contenido del párrafo del artículo 175 de la ley 1098 de 2006, que dice, *“No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio”*.

Esta disposición para muchos analistas no deja de ser contradictoria si se tiene en cuenta que el contenido del artículo 175 de la mencionada ley de Infancia y Adolescencia va encaminado a proteger a los menores involucrados directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o cometidas por grupos que se encuentren al margen de la ley.

En virtud de lo anterior, la gran mayoría de conductas en las que se puedan encontrar involucrados los adolescentes pueden ser *“violaciones graves al derecho*

internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio”, con lo cual se dejaría sin razón la aplicación de una norma que va directamente dirigida al menor como víctima del conflicto armado que ha sido reclutado de manera ilegal.

Teniendo en cuenta las causales de aplicación del principio de Oportunidad estas hacen que el ejercicio del poder punitivo del Estado sea racional y criterio modulador para concretizar o materializar el objetivo de la justicia en el caso concreto.

En el Código de Procedimiento Penal se señala con claridad las funciones del Ministerio Público, entre otras la de participar en las diligencias o actuaciones judiciales donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima de manera individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, tratando que esta voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.

En la aplicación del Principio de oportunidad se debe tener en cuenta que éste sólo procede en los casos que han sido contemplados por la ley, y que éste está sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías. Es claro que el principio de oportunidad no se podrá realizar para eventualidades que no tengan fundamento normativo que los autorice.

La razón en la cual se fundamenta la aplicación del Principio de Oportunidad es minimizar la aplicación del derecho penal, buscar de una manera más humana y más razonable una solución al conflicto, proteger a las víctimas de ser victimizadas, procurar cuando así se estipule que la víctima reciba una indemnización integral o una reparación simbólica, esto significa que lo que se busca en última instancia es que se dé aplicación de los conceptos básicos que conlleven a la justicia en equidad y a una convivencia pacífica.

La aplicación efectiva del principio de oportunidad tiene lugar en la audiencia ante el juez de control de garantías cuando éste, al tenor de lo previsto en el artículo 327 del CPP, aprueba la determinación de la Fiscalía de renunciar a la persecución penal. Dicha

audiencia deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el fiscal le avise de su determinación de dar aplicación al principio de oportunidad y promueva su revisión.

En cualquier caso, el control de legalidad a la aplicación del principio de oportunidad opera cuando conduce a la extinción de la acción penal. En consecuencia, el juez no controla la suspensión del procedimiento a prueba ni la interrupción de la acción penal.

En cuanto a la ley 1098 de 2006, (Código de Infancia y Adolescencia) que está vigente en Colombia, para muchos resulta ambiguo en lo que tiene que ver con el tratamiento judicial que se les está dando a los niños que han sido desvinculados de los conflictos armados. Si bien es cierto en su artículo 175 muestra garantías para la aplicación del Principio de Oportunidad, al mismo tiempo establece en el parágrafo que hay varias excepciones por las cuales este principio no aplica, por ejemplo cuando se les haya comprobado que han participado en hechos que signifiquen graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma.

Se encuentra aquí una contradicción toda vez que si se tiene en cuenta que todos los niños, niñas y adolescentes, mientras permanecieron en las filas de estos grupos armados ilegales por obligación se relacionaron con estos delitos y son considerados víctimas del conflicto, por tanto, son sujetos de protección del Estado y por ende debe considerarse el principio rector del C.I.A., señalado en el 174, de “ aplicación preferente del principio de oportunidad “

Es así como lo que el Código plantea como una medida que posee un carácter excepcional puede y porque no, llegar a convertirse en la norma general para los desmovilizados o desvinculados de estos grupos ilegales, y aunque la ley permite que finalmente sea el Juez quien decida si se aplica o no el principio de oportunidad, es claro como esta disposición puede garantizar la protección integral de los niños priorizando su

interés superior como fundamento que supone resolver cualquier duda o confusión jurídica a su favor.

Ahora bien en Colombia y refiriéndose al tema central de esta propuesta y concretamente frente a los crímenes masivos y de lesa humanidad, las leyes y los acuerdos suscritos a través de tratados internacionales, no permiten, mucho menos dan cabida a los principios de justicia restaurativa, y en el caso colombiano no solo porque han sido muchas las víctimas, presentándose los que se ha denominado la “victimización múltiple”, que ha sido precisamente lo que ha caracterizado a este fenómeno, haciendo más difícil por la naturaleza de estos hechos llegar a conocer y saber obviamente a que actores de estos crímenes se debería pedir perdón y que actores tendrían la capacidad y la facultad para concederlo, teniendo presente que estos crímenes contra la dignidad humana que han sido cometidos en el cruento conflicto armado que atraviesa el país, son actos que para la gran mayoría de las personas son abominables y que no merecen perdón, y hablar de perdón o perdonar estos actos ha generado controversia, resentimientos, rabia e impotencia, ya que se llegaría a perdonar de manera indiscriminada puesto que no habría proporcionalidad en el castigo y esto es precisamente un obstáculo a la paz que tanto se anhela.

Esto lleva a deducir que las concesiones excesivas en lo relacionado con las penas a los victimarios y la búsqueda de la verdad, implícitas en la justicia restaurativa, tendrían resultados contraproducentes para la reconciliación nacional, e incluso podrían activar la competencia de la Corte Penal Internacional. No obstante consideramos que todas estas políticas represivas de los pre mentados delitos, deben estar encaminadas o dirigidas hacia los cabecillas y mandos altos de los grupo insurgentes que son quienes han preconcebido estas conductas utilizando a los menores de edad como instrumentos fungibles, lo que garantiza que no se produzca impunidad frente a los derechos de las víctimas.

De esta manera, se debe judicializar es a los responsables directos, los verdaderos autores intelectuales y determinadores de todas estas masacres y graves violaciones a los derechos humanos y atentados contra la humanidad aplicándoles las sanciones a que haya lugar.

Teniendo en cuenta el Principio de Oportunidad la Corte Constitucional hizo saber a la opinión pública que este principio no podía, ni debía ser entendido como un mecanismo de justicia transicional ya que se trataba de una reforma legislativa a una institución del derecho procesal penal, que hace parte de la política criminal del Estado colombiano que se creó para combatir la criminalidad ordinaria. Al respecto la dicho Tribunal manifestó que la justicia transicional *“es una forma especial de justicia para situaciones de tránsito a la paz, pero no ha cedido a la exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban en todo caso, algún tipo de sanción”*.

Es por esto que se debe tener en cuenta que a diferencia de Justicia y Paz la reforma del procedimiento penal, dice la Corte *“autorizaba a la Fiscalía y a la Rama Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad resulta inadmisibile”*; pero esto no garantizaba aun que se dé una justicia con garantías, que se conozca la verdad y de paso se repare a las víctimas.

Por estas contradicciones y por la ambigüedad a los destinatarios y las condiciones para que se dé aplicación al principio de oportunidad la Corte dijo: *“el legislador incumplió su deber de establecer requisitos claros, ciertos e inequívocos, que guiaran la labor del órgano investigativo. Se trata además de un requisito que desconoce flagrantemente la exigencia de verdad y de justicia para las víctimas”*.

Se insiste en un NO rotundo a la impunidad ya que no se puede propiciar dichos escenarios cuando se han perpetrado crímenes de lesa humanidad, y se clama castigos severos para sus perpetradores quienes deben ser castigados ya que la impunidad atentaría contra la Constitución Política y contra las obligaciones internacionales del Estado Colombiano en materia de derechos humanos, eso sí, dirigidos a los promotores y cabecillas de estos grupos irregulares.

Un fallo considerado para muchos como inédito, profirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mendoza vs Argentina*. Este organismo emitió sentencia en contra del Estado Argentino estableciendo su responsabilidad internacional, en el cual queda en evidencia la violación de los derechos a la integridad y libertad personales de los imputados ya que a estos se les impuso penas de privación perpetua de la libertad aun cuando éstos eran menores de edad, incluso están inmersos en otras violaciones a los derechos Humanos como por ejemplo la falta adecuada de atención médica a uno de los imputados, tortura, falta de investigación de este hecho y la muerte de otro de los detenidos.

A la luz de la normatividad, sobre todo de la internacional, se evidencia que las penas impuestas estuvieron lejos de cumplir con una función resocializadora y de reintegración social de los niños, ya que dichas medidas conllevaron a la máxima exclusión del niño de la sociedad. En esta imposición de penas, éstas fueron desproporcionadas y de paso se constituyeron en tratos crueles e inhumanos para los menores “castigados”, violando además el derecho a la integridad personal de los familiares.

El sistema judicial argentino queda en entredicho ya que con este proceso se detectaron las falencias dentro del proceso penal, las mismas que hay que corregirlas. Se advierte que Argentina incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno apropiadas a su condición de menores de edad, toda vez que en Argentina está permitido imponer a los menores de edad sanciones de tipo penal propias de los adultos.

El Estado argentino no garantizó los derechos de los menores condenados en este caso, por lo tanto se hace necesario intensificar la regulación de los derechos tendientes a satisfacer las necesidades propias de los niños. Es inminente ajustar el ordenamiento interno a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil, implementando además mecanismos que conduzcan a la prevención de la delincuencia juvenil y que ayuden al desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara en manifestar, no solo a Argentina sino que el mensaje es para todos sus asociados, que no se puede imponer penas

perpetuas privativas de la libertad a quienes hayan cometido delitos y que sean menores y si esto está sucediendo, es necesario revisar estos procesos de acuerdo a los parámetros enunciados y establecidos en el derecho Penal internacional.

Se observa, pues, que en Argentina no se tuvo en cuenta los acuerdos internacionales al respecto y la Convención de los Derechos del Niño y para este caso en particular, pero según informes en la Argentina desde hace más de dos décadas la justicia de menores ha aplicado al menos catorce (14) años, sentencias de reclusión y prisión perpetua a adolescentes. Se aclara que en estas eventualidades, Argentina es el único país de Latinoamérica que ha aplicado este tipo de sentencias.

Recordemos: nuestros niños, niñas y adolescentes, son sujetos vulnerables y en consecuencia de especial protección constitucional, a quienes se les debe proteger sus derechos fundamentales y garantizar la prevalencia de su interés superior, su reclutamiento ilegal por parte de los grupos irregulares o insurgentes en cualquier condición, los hace víctimas del conflicto armado que padece nuestro país y de la disfuncionalidad familiar así como del abandono de la sociedad con la mirada displicente del Estado.

Bibliografía

- ACEVEDO CARMONA, Dario. (2013). *“Impunidad indigerible”*. El Espectador.com.
- AIZENSTATD, Najman Alexander. *“Origen y Evolución del concepto de Genocidio”*.Vol.25.Revista de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín (2007).
- ARMENTA Teresa 1991 DEU. *“Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad”*: Alemania y España, Barcelona, Editorial PPU
- BAZZANI MONTOYA Darío. (2004). *“a terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad “en Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano”*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2004
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés, et VENEGAS PEÑA, Claudia Patricia. 2010. *“Principio de Oportunidad, Bases conceptuales para su aplicación”*. Fiscalía General de la Nación.
- BELOFF, Mary (2006) *“Los Sistemas de Responsabilidad penal juvenil en América Latina*. UNICEF. Fondo de las naciones unidas para la infancia. comité editorial Mary Beloff y otros. Santiago de Chile noviembre

- BERNAL CUELLAR Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo. (2004) ***“El Proceso Penal”***. Tomo Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Bogotá. Universidad Externado de Colombia
- BUITRAGO RUÍZ, Ángela María. 2004. ***“La Reforma Procesal Penal en Colombia Ley 906 de 2004”***. Academia colombiana de la Abogacía U. Externado de Colombia, Bogotá Colombia.
- CEREZO MIR, J. (1996), ***“Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción”***. 5ª ed. Madrid, TECNOS.
- CONSEJO NACIONAL DE POLITICA ECONOMICA Y SOCIAL CONPES.(2009) ***“Documento 3629”*** Departamento de Planeación Nacional. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - SRPA: Política de Atención al adolescente en conflicto con la Ley.
- DAZA, GONZÁLEZ Alfonso. ***“La Discrecionalidad en el Ejercicio de la Acción Penal Frente a los Fines del Proceso Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”***. Facultad de Derecho Universidad Libre, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.
- FEIERSTEIN Daniel (2007) ***“El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia Argentina”***, Buenos Aires, FCE,
- FISCAIA GENERAL DE LA NACION. ***Informe de Gestión 2008 – 2009***, BOGOTÁ.C
- GIL GIL, Alicia. ***“Los Delitos Internacionales”*** En:
books.google.com.co/books?isbn=8415929366
- GOMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. (2007)***“La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia”***. Ediciones Nueva Jurídica

_____ *Convención sobre los derechos del niño*, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25 del 20 de Noviembre de 1989, aprobada por Colombia Ley 12 de 1991.

GUARIGLIA Fabricio. *“Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: El principio de oportunidad”*, Buenos Aires. Editorial AdHoc

GUTIÉRREZ RAMÍREZ, José Antonio. (2001) *“La inimputabilidad penal derechos fundamentales y dogmática penal: La inimputabilidad como causal de ausencia de responsabilidad – conforme con el nuevo Código Penal”*. Ed. Leyes. 2001.

HURTADO SÁENZ María Cristina (2007) *“Reforma de la Legislación de Infancia y Adolescencia en Colombia”* Cátedra Ciro Angarita Barón. Universidad de los Andes. Marzo 2 de 2007

HURTADO POZO, José 2004 (DIR). *“La reforma del proceso penal peruano”*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo, Anuario de Derecho Penal.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. *“Guía para el restablecimiento integral de derechos de niños, niñas, dolescentes y jóvenes desvinculados de grupos armados organizados al argen de la ley”*. Organización Internacional para las Migraciones. Bogotá. Primera edición, septiembre de 2008

MAIER, Julio b.J. (2002) *“Derecho Procesal Penal”*, 2 ed. T.I. Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L.

MONTALVO VELASQUEZ, 2010. Cristina. *“El niño, la niña y el adolescente desmovilizado del conflicto armado. Víctima o Victimario”*. Revista No. 15 ADVO CATUS. Universidad Libre.

NACIONES UNIDAS. *“Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores”* (Reglas de Beijing).

_____. Resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1612 del 26 de julio de 2005

PERDOMO TORRES Jorge Fernando. (2005) *“Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico – penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano”*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005

RODRIGUEZ PEÑA, María Victoria. 2004. *“El Principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano”*, Bogotá, Editorial ABC Ltda

STIPPEL, Jorg et MARCHISIO, Adrián. *“Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina”*,

TEJERO LÓPEZ, Carlos Enrique. (2010). Profesor Universidad de los Andes Cátedra Ciro Angarita. *“Por la infancia. Teoría General de la Niñez y Adolescencia”* Segunda Edición

VALENCIA VILLA, Hernando (2000). *“El Genocidio y los crímenes de Lesa Humanidad ante la Nueva Corte Penal”*. Revista de Estudios Sociales, Universidad de los Andes. En:
<http://res.uniandes.edu.co/view.php/156/index.php?id=156>

Normatividad

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. 1991

LEY 1098 DE 2006 Código de Infancia y Adolescencia.

LEY 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal

LEY 599 de 2000 Código Penal

LEY 975 de 2005 Ley de Justicia y Paz

LEY 1312 de 2009

LEY 742 de 2002