

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS MENORES ADOLESCENTES
PARTICIPES DEL CONFLICTO ARMADO**

**JEISMY GARZÓN VALBUENA
RODOLFO ESTEBAN SÁNCHEZ RIVERO
SOLANGE SILVA ROJAS**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C.
MAYO 2016**

AGRADECIMIENTOS

Los agradecimientos de este trabajo están dirigidos a todos aquellos que nos apoyaron en el desarrollo de nuestra carrera y de esta maestría. Por supuesto a nuestras familias, docentes y demás asesores que hicieron posible el desarrollo de esta temática.

A la Universidad Libre de Colombia, por darme la oportunidad de ser parte de su alumnado, y formarme en la persona íntegra y profesional en el área del derecho penal.

Al Doctor Alfonso Daza por el apoyo moral y académico que le brindó al desarrollo de esta investigación.

DEDICATORIA

Dedicamos especialmente este triunfo a nuestras familias y a Dios, por brindarnos la oportunidad desempeñar la profesión de la abogacía, por enseñarnos a pensar y buscar con dicha actividad buscar el bien de nuestra sociedad y país.

TABLA DE CONTENIDO

PREFACIO	7
INTRODUCCIÓN	15
CAPITULO I. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA: ESENCIA, ELEMENTOS Y NATURALEZA	19
1.1 El principio de oportunidad: una excepción al principio de legalidad.	19
1.2 Antecedentes del principio de oportunidad.	22
1.3 El principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico colombiano.	27
1.4 Clase de principio de oportunidad instaurado en la legislación penal.	28
1.5 Definición y naturaleza del principio de oportunidad.	31
1.6 Las causales de aplicabilidad del principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad en Colombia.	33
1.6.1 Cuando el delito es sancionado con una pena menor a seis (6) años de prisión.	33
1.6.2 Cuando se hubiere entregado el investigado a otro Estado en extradición.	37
1.6.3 Cuando se entrega la persona en extradición y la sanción en el Estado que la solicita es de mayor entidad que la colombiana.....	39
1.6.4 Cuando el imputado o acusado colabore con la justicia y contribuya con la desarticulación de bandas criminales.....	40
1.6.5 Cuando el acusado o imputado colabora con la justicia como testigo de cargo.....	44
1.6.6 Cuando el imputado o acusado hubiere sufrido daño físico o moral grave a causa de la conducta culposa.....	47
1.6.7 En aplicación del postulado de la justicia restaurativa.	49

1.6.8 Cuando el proceso penal sea considerado como una amenaza para el Estado.....	52
1.6.9 Cuando el delito se encuentre relacionado con bienes jurídicos de la administración pública y sean de escasa relevancia para el Estado.	54
1.6.10 Cuando el delito recaiga sobre el patrimonio económico y éste se encuentre deteriorado.....	56
1.6.11 Cuando la conducta tenga una mínima significación jurídica y social.	57
1.6.12 Cuando la sanción penal sea innecesaria o sin utilidad social.	59
1.6.13 Cuando exista una reparación integral en bienes colectivos y garantías de no repetición del hecho.....	60
1.6.14 Cuando de la acción penal se deriven problemas sociales.	62
1.6.15. Cuando la conducta punible se haya hecho en exceso de una causal de justificación.....	63
1.6.16 Cuando sean entregados bienes para reparación integral de víctimas.....	65
CONCLUSIONES	66
CAPÍTULO II. EL MENOR EN EL CONFLICTO ARMADO ¿VÍCTIMA O VICTIMARIO?	67
2.1 El reclutamiento forzado de menores de edad en el marco del conflicto armado en Colombia.....	68
2.2 Factores que influyen en el reclutamiento ilícito del menor.....	74
2.2.1 Factores de índole familiar.....	74
2.2.2 Factores económicos y sociales.	75

2.2.3 Factores institucionales y/o políticos.....	76
2.2.4 Factores de aceptación.....	77
2.3 El marco jurídico de protección de los menores como partícipes del conflicto armado.....	77
2.3.1 Instrumentos internacionales.....	77
2.3.2 Elementos normativos nacionales.....	81
2.4 El menor en el conflicto armado ¿de víctima a victimario?	86
Conclusiones.	94
CAPITULO III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA MENORES PARTICIPES DEL CONFLICTO ARMADO: SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA Y PROCEDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO	98
3.1 Principio de oportunidad y su aplicación en el “sistema de responsabilidad penal para adolescentes”.....	98
3.2 La aplicación del principio de oportunidad para los menores partícipes y/o desmovilizados del conflicto armado.....	101
3.3 El principio de oportunidad y la condición de víctima del menor partícipe del conflicto armado.....	103
3.4 La procedencia del principio de oportunidad para los menores partícipes del conflicto armado: análisis de sus causales.....	111
Conclusiones.	123
CONCLUSIONES GENERALES	125
BIBLIOGRAFIA	132

PREFACIO

La Ley 1098 de 2006, que contiene el Código de la Infancia y la Adolescencia, crea un sistema de responsabilidad penal para adolescentes con un enfoque diferenciado, dado el nuevo estatus que tiene como sujeto de derechos, y con el propósito de que las sanciones penales a las que se hagan acreedores los menores, tengan un carácter pedagógico y de carácter prioritario de la satisfacción de sus derechos a un acompañamiento por encontrarse en un proceso de desarrollo, donde no concurren aun intenciones de generar un daño, sino por el contrario muestras de falencias educativas, familiares, entre otros que afectan su desarrollo y le inducen a cometer delitos.

Por otro lado, este sistema buscó además del carácter pedagógico, garantizar la justicia a aquellos víctimas de delitos cometidos por menores de edad que se encuentran en los 14 y los 18 años, a fin de que sus actos que constituyen delito no se queden impunes y se desconozcan los derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación y la justicia.

A diferencia del Decreto 2737 de 1989, antiguo Código del Menor, este nuevo sistema de responsabilidad penal se caracteriza por reconocer al menor y adolescente como un sujeto de derechos, los cuales deben ser protegidos en cualquier caso por el Estado, de acuerdo con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de protección de Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes, dentro de las que se destaca la Convención Internacional sobre los derechos del niño de 1989. Ahora bien, en las filas de los grupos al margen de la ley, han sido reclutados menores de edad y adolescentes, convirtiéndose en partícipes de las actividades hostiles del conflicto armado, incurriendo en actividades delictivas, y por ende convirtiéndolos en sujetos de persecución por la ley penal.

Como se señala anteriormente, el régimen penal de los adolescentes que cometen delitos, comprende una jurisdicción especial con fines garantistas y un enfoque diferenciado en cuanto a la aplicación de la ley, donde se presenta una

flexibilización de las penas impuestas, y una serie de garantías que se acogen en mayor medida a un modelo pedagógico que a un modelo represivo. Una de estas medidas es la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los menores que participaron del conflicto armado, siempre y cuando se cumplan algunas condiciones. Sobre dicha prerrogativa, es que se basa la investigación que se propone adelantar, desarrollando desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial su aplicación en Colombia.

El proceso penal que contiene el Código de la Infancia y la Adolescencia, al igual que el contenido en la Ley 906 de 2004, tiene como punto de partida la acción penal de las conductas consideradas como delito. Al igual que en el sistema acusatorio, la entidad encargada de realizar esta persecución penal es la Fiscalía General de la Nación, quien para el caso de los delitos cometidos por adolescentes debe encargarse de realizar y direccionar la acción penal¹

Ahora bien, en razón a esa responsabilidad en cabeza de la Fiscalía, esta está obligada a adelantar todas las investigaciones que sean necesarias para castigar todo acto que pueda ser considerado como delito, y hacer justicia frente al mismo, en atención al principio de legalidad. En consecuencia y por regla general toda conducta típica, antijurídica y culpable, que haya cometido un adolescente entre los 14 y 18 años debe ser objeto de investigación por el ente acusador. Sin embargo, en atención a la política criminal del Estado, existen casos donde se puede prescindir de esta investigación penal cuando se trata de adolescentes, mediante la aplicación del principio de oportunidad, dando como consecuencia de la aplicación de este principio, la extinción de la

¹ Entendida esta como las investigaciones en las cuales se encuentren presuntamente comprometidos adolescentes, como autores o partícipes de conductas delictivas. LEY 1098 DE 2006. (8 de noviembre), "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, publicada en el Diario Oficial 46446, de 8 de noviembre de 2006.

acción penal en contra del adolescente. Uno de esos casos, es el contenido en el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006².

Como es sabido, el principio de oportunidad es procedente contra quien comete el delito o victimario, ya que contra éste es que la Fiscalía procede con su acción penal. Para el caso de los adolescentes que se han encontrado vinculados con actividades delictivas del conflicto armado, estos son considerados también como víctimas de este conflicto armado, y no solo como victimarios.

Ahora bien, algunos autores e inclusive la misma ley, ha considerado al adolescente o menor que participa en el conflicto armado como una víctima y no como un victimario³. En ese orden de ideas, se podría decir que el menor

² LEY 1098 DE 2006 (8 de noviembre) “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cit., Artículo 175. “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. (...) **Parágrafo:** 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 de acuerdo con el Estatuto de Roma”.

³ LEY 418 DE 1997 (26 de diciembre) “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Publicada en Diario Oficial 43201, de 23 de noviembre de 1997. Artículo 15: “Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”; MONTALVO CRISTINA. “El niño, la niña y el adolescente desmovilizado del conflicto armado: víctima o victimario”, en *Revista Advocatus*, n° 15, Barranquilla, Número 15. Septiembre de 2010., p. 23- ““(...) en nuestro país los niños, niñas y adolescentes que se desmovilizan del

tiene una doble connotación de ser víctima y victimario, lo que causaría un posible problema de aplicabilidad del principio de oportunidad tal y como está planteado en la Ley 1098 de 2006, ya que como indica esta norma el principio de oportunidad se encuentra orientado a los adolescentes como victimarios y no como víctimas, ya que como víctimas, no serían sujetos de la acción penal, por el contrario deberían ser objeto de protección por parte del Estado, antes que sujetos de persecución penal.

He ahí el primer cuestionamiento que se realiza al principio de oportunidad para adolescentes partícipes del conflicto armado. El segundo cuestionamiento es relativo a las causales establecidas dentro del Código de Infancia y Adolescencia frente a la procedibilidad de esta figura jurídica. De la dogmática penal se desprende que uno de los elementos que hacen de una conducta un delito es la culpabilidad, que comprende el juicio de reproche que se le hace a una persona por la ilicitud de su conducta, y que debe estar acompañada por la tipicidad y la antijuridicidad.

Como esta misma doctrina lo considera la culpabilidad constituye un juicio que analiza la motivación y voluntad del sujeto activo del delito, sin que medie justificación alguna para su actuar, como una situación de inimputabilidad o una coacción que le obligue a realizar dicha conducta. Hechas esas precisiones, el cuestionamiento que se realiza a las causales del principio de oportunidad para adolescentes partícipes del conflicto armado, es que tal y como están estipuladas en la ley, las mismas atienden más a criterios o causales de inculpabilidad o exonerantes de responsabilidad penal, antes que a criterios que permiten el desistimiento de la pena, lo que se considera un

conflicto armado cuentan con las herramientas jurídicas para no ser considerados penalmente responsables. Nuestros jueces tienen a su alcance la opción de ni siquiera iniciar investigación alguna otra ellos; lo que deja del otro lado unas víctimas de delitos graves como homicidio, desaparición forzada o desplazamiento forzado, que se cometen por parte de los grupos armados ilegales, que nunca serán aclarados y quedarán en la impunidad porque sus autores son principalmente víctimas (...)"

impedimento para una correcta aplicación del principio de oportunidad, tal y como está consignado en la Ley 1098 de 2006.

Realizadas las anteriores observaciones y contextualizado al lector sobre la situación problemática, es necesario formular el problema de investigación que se puede resumir en el siguiente interrogante: ¿ES POSIBLE APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS ADOLESCENTES PARTICIPES DEL CONFLICTO ARMADO, TAL Y COMO ESTÁ CONSIGNADO EN EL ARTÍCULO 175 DE LA LEY 1098 DE 2006?

Para el caso concreto, la investigación planteada se encuentra direccionada a analizar si existen problemas de aplicación del principio de oportunidad para adolescentes participes en el conflicto armado. Para el efecto el problema de investigación se encuentra orientado a analizar cuáles son los elementos del principio de oportunidad, dentro de los cuales se incluye el estudio de sus fines en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, así como la teleología de la norma frente a la utilización de esta figura como excepción al principio de legalidad, a fin de determinar si existen falencias de tipo normativo, que comporten un obstáculo para su aplicabilidad tal y como está consignado en el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006.

En atención al problema jurídico planteado se consideró como hipótesis los siguientes puntos:

- 1) Existe un problema de inaplicabilidad del principio de oportunidad para los adolescentes participes del conflicto armado, en el entendido de que estos tienen una doble connotación de ser víctimas y victimarios del mismo, lo que comporta una dificultad para su aplicación, debido a que este principio está orientado al sujeto activo del delito.
- 2) Las causales de procedencia de este principio tal y como están consideradas en el artículo 175 de la ley 1098 de 2006, son más concordantes con causales de inculpabilidad, de lo que se deriva que al consolidarse alguna de ellas no habría porque existir delito, lo que a su vez conlleva a que no exista

necesidad de la acción penal contra los adolescentes participes en el conflicto armado.

Por lo anterior, la postura o tesis que se tiene frente al problema jurídico planteado, atiende a que tal y como está consignado el principio de oportunidad en el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, presenta algunas falencias en su formulación, que hacen de esta figura inaplicable para los adolescentes participes del conflicto armado. La primera dificultad corresponde a que pueden subsistir problemas de interpretación y por ende de aplicación por parte de la Fiscalía General de la Nación, ya que la naturaleza de este principio es el de estar orientada al sujeto activo del delito, y que para el caso de los adolescentes, este es considerado antes como víctima, que como victimario del conflicto armado, principalmente porque se infiere que su vinculación con estos grupos al margen de la ley, es del todo involuntaria, lo que los hace acreedores de atención del Estado, antes que de penalización por sus actos⁴.

Como se explica con anterioridad, el nuevo paradigma que trae consigo la ley 1098 de 2006 es la de la protección integral del menor como sujeto de derechos, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, lo que para el caso en concreto, generaría una situación de preminencia de la calidad de víctima del menor dentro del conflicto armado, antes que su calidad de victimario como sujeto activo de los delitos cometidos, lo que presentaría un problema de aplicabilidad del principio de oportunidad a estos, cuando la preminencia de su condición es la de ser víctimas, antes que victimarios.

⁴ NATALIA SPRINGER. *Como corderos entre lobos: del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, Bogotá D.C., Editorial Nova, 2012, p. 8. "(...) en ningún caso en el reclutamiento media la voluntad de los niños y las niñas (...) esto es un acto de fuerza, facilitado por la vulnerabilidad social y económica de los afectados, pero que, de ninguna manera, tendría lugar sin la existencia de un conflicto armado, cuya violencia produce dinámicas que alienan todos los derechos y las libertades de las comunidades sometidas y arrastra consigo, especialmente, a los más vulnerables"

En segundo lugar, frente a las causales de procedencia, la postura que se pretendió abordar en esta investigación, atiende a que las mismas, corresponden en mayor medida a causales de inculpabilidad, que afectan el elemento de la culpabilidad, generando la inexistencia de un delito, y por ende la ausencia de una responsabilidad penal y de una necesidad de aplicación del principio de oportunidad. En ese sentido, existiría un problema de carácter dogmático en la aplicación de este principio, ya que quedaría desvirtuado el juicio de reproche de la conducta.

En consonancia con lo anterior, el objetivo general propuesto corresponde a analizar las razones que hacen del principio de oportunidad inaplicable para los menores partícipes del conflicto armado. Para abordar el objetivo general propuesto, se formulan los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar los elementos constitutivos del principio de oportunidad, desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial.
2. Determinar las condiciones del delito de reclutamiento forzado en Colombia y la calidad de víctima del menor que participa en el conflicto armado.
3. Identificar las incongruencias que existen entre la norma (Ley 1098 de 2006, art. 175), frente a la finalidad del principio de oportunidad aplicable a los adolescentes partícipes del conflicto armado.

Para lograr dicho cometido, el enfoque de la investigación, es de tipo cualitativo, toda vez que la recolección de la información se realizó mediante datos que no requieren de medición numérica, basada en la consultada de documentos, bibliografía especializada, normatividad, jurisprudencia que se consideró de pertinencia para desarrollar la temática planteada.

En ese orden de ideas, la investigación que se realizó es de carácter básica jurídica, toda vez que su objeto de estudio lo constituye la norma jurídica y sus falencias en cuanto a su aplicabilidad desde el punto de vista teórico. Por esa razón se establecen dentro de los objetivos específicos el estudio de esta

institución de carácter procesal, y sus falencias de inaplicabilidad, y las razones por las cuales se considera que existe un yerro normativo en cuanto a la forma como está consignado este principio en la legislación objeto de análisis.

Para el desarrollo de esta investigación, se acudió principalmente a fuentes secundarias y terciarias. Con respecto a las secundarias, se acudió a informes realizados por otros autores frente al tema planteado, a un análisis desde el punto de vista doctrinal del principio de oportunidad en general y en específico para los adolescentes en el conflicto armado, así como al examen de la jurisprudencia que para el efecto haya realizado las altas Cortes Colombianas. Respecto de las fuentes terciarias, se acudió a las fuentes o datos obtenidos por otros autores, que se deriven de las fuentes secundarias, y que se consideraron de pertinencia para la investigación propuesta.

INTRODUCCIÓN

El principio de oportunidad es un instrumento introducido por el Estado Colombia mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, como una facultad discrecional de la fiscalía para la renuncia, suspensión o interrupción de la acción penal. Esta facultad de carácter excepcional, reglada y taxativa se constituye en Colombia como una excepción al principio de legalidad, que tiene como finalidad la racionalización del *ius puniendi* estatal, y la priorización de la acción penal en conductas que revistan mayor importancia desde el punto de vista social y jurídico.

El control de la aplicación de este principio, aun cuando este es de carácter discrecional se encuentra sujeto a la decisión que frente a éste realice el juez de control de garantías, como forma de garantía de los derechos de las víctimas y de los intereses que se ven involucrados en cada proceso en especial. Este principio es procedente una vez se ha determinado la existencia de una conducta punible, y el acreedor a este beneficio es el sujeto activo del delito.

Ahora bien, a partir del año 2006, el Estado Colombiano con el cambio de paradigma de la situación irregular del menor a la protección integral de éste, promulga una nueva legislación que esté acorde con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y demás instrumentos internacionales, así como con el reconocimiento que realizó en el año 1991 el constituyente a los derechos de los niños como prevalentes, fundamentales y de aplicación inmediata.

Esta regulación se encuentra contenida en el actual Código de la Infancia y la Adolescencia, del año 2006, que además de establecer las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, crea el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, con el propósito de que investigare y sancione las conductas que cometen los menores que se encuentran entre los catorce (14) y dieciocho (18) años. La estipulación de un régimen

diferenciado a la responsabilidad penal de los mayores de edad, se justifica en la medida en que no es posible predicar la misma responsabilidad sin distinción, principalmente porque no existe el mismo grado de madurez psicológica entre un adulto y un menor.

En esa medida este trato diferenciado, se encuentra encaminado a un tratamiento y acompañamiento del menor infractor de carácter pedagógico y asistencial con el fin último de brindarle la posibilidad de tomar conciencia de que sus actuaciones no están conforme a derecho y que por ello puede en un futuro hacerse acreedor a sanciones penales en la edad de la adultez. En ese sentido su orientación es netamente orientadora más que sancionadora. Una de las medidas que se incorporan dentro de este nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes es la aplicación del principio de oportunidad, con carácter preferente, y no excepcional como sucede en el caso de la responsabilidad para mayores de edad.

La razón de ser de la consagración de este principio, radica en la necesidad de proteger al menor y limitar en la medida de lo posible, la restricción de sus derechos fundamentales, en especial el de la libertad, en atención al postulado garantista y de protección que debe orientar el juzgamiento de los menores infractores de la ley penal, donde el uso de la facultad sancionadora del Estado, debe ceñirse a la menor afectación posible de derechos, y por el contrario orientarse a la satisfacción integral de los mismos, mientras ello sea posible.

Una de las situaciones especiales, en las que el legislador prevé la aplicación del principio de oportunidad, es el caso de los menores que participan en el conflicto armado. Tal beneficio se encuentra consagrado en el artículo 175 de la ley 1098 de 2006. La finalidad de la introducción de este principio en este régimen de responsabilidad, se cimentó en la necesidad de que brindar una salida al menor que participa del conflicto armado, que no implique su judicialización y sanción.

Aunque loable la intención del legislador de brindarle una opción al menor para que no tuviese que acogerse al cumplimiento de una sanción, lo cierto es que tal y como está consagrado este principio, se hace inaplicable para el contexto que se quiere aplicar. Como se argumentará en estas líneas la situación de víctima del delito de reclutamiento forzado del menor y la consecuente situación de coacción a la que se encuentra durante su estancia en el conflicto armado, le determinan como un sujeto del que no puede ser predicable una responsabilidad penal.

Lo mismo sucede con la forma como están enunciadas las causales de procedencia de este principio, que antes de constituirse como tales, se ajustan en mayor medida a causales de inculpabilidad que desvirtúan el elemento de la culpabilidad del delito. Esta es la tesis que en las presentes líneas se quiere defender y argumentar con posiciones doctrinales, jurisprudenciales y análisis propio. Para efectos de lograr ello, y en atención a los objetivos específicos planteados, la presente investigación se divide en tres capítulos.

El primero de ellos denominado **“EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA: ESENCIA, ELEMENTOS Y NATURALEZA”**, abordará la naturaleza del principio de oportunidad en Colombia, su historia, clasificación, modalidades, regulación normativa y causales de procedencia, con el fin de contextualizar al lector sobre los elementos esenciales de dicha figura.

El segundo capítulo titulado **“EL MENOR EN EL CONFLICTO ARMADO ¿VÍCTIMA O VICTIMARIO?”**, contiene una exposición de argumentos frente a la posición que tiene el menor en el contexto del conflicto armado, y en especial del delito de reclutamiento forzado, sus causas, consecuencias, y tratamiento jurídico en Colombia, con el fin de enunciar cual ha sido su tratamiento hasta el momento y su incidencia en los derechos de los menores.

Por último el tercer capítulo denominado **“EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA MENORES PARTICIPES DEL CONFLICTO ARMADO: SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA Y PROCEDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO”**, busca aterrizar los planteamientos hechos en los

capítulos anteriores, en la medida en que busca argumentar la respuesta al problema de investigación planteado, y exponer las razones por las que se considera que el principio de oportunidad para menores participes del conflicto armado, no es aplicable tal y como esta consagrado en la legislación actual. Por último, se esbozarán las conclusiones a las que se llegaron con la investigación realizada.

CAPITULO I. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA: ESENCIA, ELEMENTOS Y NATURALEZA

1.1 El principio de oportunidad: una excepción al principio de legalidad.

El derecho penal, desde el punto de vista sustancial y procedimental se constituye en Colombia como la herramienta mediante la cual el Estado materializa la protección de los bienes jurídicos que se encuentran implícitos dentro de los derechos y garantías constitucionales, a través de las imposiciones de las denominadas penas y sanciones⁵.

Este deber es conocido principio de legalidad, el cual se refiere al deber que tiene el Estado de investigar, perseguir y sancionar toda conducta delictiva que pueda ser considerada como delito. En ese sentido, el principio de legalidad se considera como el

“(…) deber de promover la persecución penal (promoción necesaria), ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal. De allí que una vez promovida la persecución penal, ella no se puede suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal”⁶

Tal como lo explica la Corte Constitucional “en los sistemas orientados por el principio de legalidad la ocurrencia de un hecho punible obliga al Estado a iniciar la acción penal en todos los casos”⁷. Este deber se cimienta en la

⁵ Acerca del Derecho Penal, RESUMIL DE SANFILIPPO OLGA RESUMUL DE SANFILIPPO, indica que éste es “un conjunto de normas encaminadas a lograr la certeza de la comisión de un delito mediante el descubrimiento de la prueba y la garantía de los derechos constitucionales conducentes a la consecuente ejecución de la pena provista por la ley”. RESUMIL DE SANFILIPPO OLGA. *Derecho procesal penal. Práctica jurídica de Puerto Rico*, San José de Puerto Rico, Editorial Publishg Company, 1990, p. 8. “

⁶ JULIO MAIER. *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2002, p. 828.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 228 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

funcionalidad que para el efecto le ha dado el legislador a la necesidad de perseguir ciertas actuaciones que contravienen el ordenamiento jurídico y que vulneran de alguna manera los bienes jurídicos tutelados por éste, y el ente investigador en atención a ello se ve en la obligación de dar cumplimiento a ese mandato.

En ese sentido el principio de legalidad como precepto al que debe ajustar el Estado colombiano, es el que orienta desde el punto de vista procesal y sustancial la acción penal y el deber de perseguir todas las conductas consideradas como hechos punibles⁸. Su punto de partida es la prohibición de disponer de la acción penal a discrecionalidad del ente acusador y del operador jurídico, imponiéndose el deber de llevar a juicio y sancionar todas las conductas consideradas como delitos⁹.

Ahora bien, a partir del año 2002 con el Acto Legislativo No. 03 de dicho año, se incluye dentro de las disposiciones constitucionales del artículo 250, una excepción al deber que se deriva del principio de legalidad: la aplicación del principio de oportunidad¹⁰. La incidencia principal que tiene este principio como

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 466 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “No existe en Colombia un sistema acusatorio puro donde impere el principio de oportunidad (que permite al Fiscal disponer de la acción penal en cualquier etapa del proceso), sino que, por el contrario, en nuestro sistema constitucional está previsto como regla general el principio de legalidad, que exige la sujeción de todo el proceso al ordenamiento jurídico en su integridad. De esta manera, no es de recibo la tesis según la cual todas las irregularidades derivadas de la sentencia quedan convalidadas cuando ni el Fiscal, ni el Ministerio Público, ni eventualmente la parte civil impugnan la decisión, porque el principio de legalidad se impone al de oportunidad”

¹⁰ ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002. Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: 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 fácticas 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

excepción del principio de legalidad, no es otra que racionalizar la acción penal, y darle la posibilidad de que el Estado pueda priorizar ésta, de cara a los nuevos retos que supone el garantismo penal en lo que respecta a la protección del sujeto activo del delito, y a la búsqueda de una disminución de la concepción retribucionista de las penas¹¹.

Con esta nueva concepción del principio de legalidad y de la acción penal, la consecuencia principal que se deriva de ello, es la superación de las concepciones absolutistas del proceso penal y de la acción penal como respuesta a todas las conductas delictivas, para dar paso a una política criminal más acorde con la realidad social, esto es: que el Estado no se encuentra en la capacidad de atender todas y cada una de las conductas consideradas como

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 (...)

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 873 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. “El poder de disposición del proceso también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el principio de oportunidad, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no solo que exista suficiente mérito para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que existan razones de oportunidad para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta”; YOMARIA VALLES. “Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia”, monografía universitaria, Bogotá D.C., Universidad Nacional de Colombia, 2014, p. 12.: “Principio [de legalidad] ha entrado en crisis dada la gran demanda para satisfacer la obligación de perseguir todas las conductas punibles y los infractores de la ley penal y la necesidad de replantearlo conforme con nuevas teorías de la pena, en donde su tinte netamente retributivo sufre una modificación del delincuente. Se erige así, el principio de oportunidad como una figura que responde a tal situación y se muestra como un cambio propio de las teorías relativas o utilitaristas de la pena, en tanto ya no se reconoce en sí misma a la pena como una consecuencia propia del delito, sino que debe estar en coordinación con la finalidad que en la sociedad resulte (reacción social)”.

delito¹², lo que lo obliga a priorizar la acción penal, en aquellas de mayor incidencia. Al respecto Valles, señala lo siguiente:

“(…) la situación de congestión de la administración de justicia impuso la necesidad de plantear excepciones al principio de legalidad a través de la búsqueda de criterios de selectividad que justifiquen la intervención estatal para que sea más eficiente; se trata de encausar el esfuerzo del Estado en la persecución de manera reglada o normatizada y no como opera de facto donde se escapan conductas importantes sin criterios definidos”¹³

De esta manera la acción penal en la actualidad, se encuentra orientada por dos principios: el de legalidad y el de oportunidad (según sea el caso), teniendo una relación de regla – excepción.

1.2 Antecedentes del principio de oportunidad.

El criterio de oportunidad en el Derecho Penal Colombiano, se introduce a manera de principio dentro del texto constitucional, mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002, dentro del artículo 250 superior, que determina la función que debe ejercer la Fiscalía General de la Nación. La razón de ser que el legislador hubiere modificado dichas funciones, se presenta a portas de adoptar un nuevo esquema o modelo de enjuiciamiento de tendencia acusatoria.

¹² JULIO MAIER, *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, 2ª ed., cit., 2000., p. 832.: “(…) expresado de modo más directo: los juristas sostienen, especulativamente, el principio de legalidad, como criterio de justicia rector de la persecución penal, y la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a tratar y el tratamiento que reciben ya dentro del sistema, aplicando criterios de oportunidad. La razón de esta discordancia – prescindiendo del ingrediente ideológico y haciendo hincapié solo en la necesidad – es siempre el aparato estatal, pues en la sociedad de masas que experimentamos, no tiene capacidad, por los recursos humanos y materiales del que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno”.

¹³ YOMARIA VALES, *Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia*, cit., p. 13.

En atención a ello, el legislador advierte la necesidad de reformar no solo la titularidad de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y no el juez penal como se derivaba del sistema inquisitivo, sino de brindarle en este nuevo rol a la Fiscalía General de la Nación, la posibilidad de que ésta racionalice la acción penal y la dirección de acuerdo a los nuevos parámetros del garantismo penal.

Ahora bien, aunque pareciese novedosa la inclusión del principio de oportunidad a partir del acto legislativo en comento, indirectamente éste se encontraba implícito dentro de algunos de los elementos normativos, que antecedieron a este acto legislativo¹⁴. Algunas de estas se derivan de legislaciones anteriores, implícitas en los denominados acuerdos que podían celebrarse con la víctima, en el evento en que el delito fuese querrelable, y cuando hubiese operado conciliación e indemnización integral¹⁵, como se

¹⁴ Ver, por ejemplo, GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2ª ed., Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pp. 85 – 87.

¹⁵ DECRETO 2700 DE 1991 (noviembre 30). “Nuevo Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 40190 de 30 de noviembre de 1991. Artículo 38. “A solicitud del imputado o procesado y/o de los titulares de la acción civil, el funcionario judicial podrá disponer en cualquier tiempo la celebración de audiencia de conciliación, en los delitos que admitan desistimiento y en los casos previstos en el artículo 39 de este Código. En todos los casos, cuando no se hubiere hecho solicitud, en la resolución de apertura de investigación, el funcionario señalará fecha y hora para la celebración de audiencia de conciliación, que se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes. Obtenida la conciliación, el fiscal o el juez podrá suspender la actuación por un término máximo de treinta (30) días. Garantizado el cumplimiento del acuerdo, se proferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación del procedimiento. Si no se cumpliere lo pactado, se continuará inmediatamente el trámite que corresponda. No es necesaria audiencia de conciliación cuando el perjudicado manifieste haber sido indemnizado o haber estado de acuerdo con el monto propuesto por quien debe indemnizar”; LEY 600 DE 2000 (julio 24). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000. Artículo 41: “La conciliación procede en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral (...). Obtenida la conciliación, el Fiscal General de la Nación o su delegado o el juez podrá suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta (60) días para cumplimiento

establece en la actualidad en la primera causal de procedencia del principio de oportunidad, que se analizará posteriormente. Pero solo es hasta la reforma constitucional del año 2002, donde el legislador se aventura a calificar e independizar este principio como autónomo y a reglamentarlo en el nuevo proceso penal acusatorio, como se verá con posterioridad.

En el sentido general, el principio de oportunidad encuentra su antecedente más aproximado en la doctrina alemana, Estado que desde 1924, con la nombrada reforma “EMMINGER”, faculta al ente acusador de prescindir de la acción penal en los casos donde se consideren irrelevantes o que careciesen de un interés público¹⁶. Así también lo considera Beling, quien señala que en la doctrina alemana

“Aceptándose el problema de la investigación oficial combinado con el de la acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación, en los casos en que la ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por la razón de la nimiedad de la infracción (*mínima non curat praetor*) o por temor al escándalo o por temor a las considerables costas procesales. El principio de legalidad niega a la autoridad encargada de la acusación

de lo acordado. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo. Verificado el cumplimiento, se proferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento. Artículo 42: En los delitos que admitan desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado (...).”

¹⁶ JAMES GOLDSCHMIDT. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, Editorial B d F, 2016, p. 89.

(coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede”¹⁷

Luego de haberse presentado la segunda guerra mundial, la omisión en la persecución penal fue vista como un despropósito de la acción penal, en especial por la discrecionalidad con la que la misma podía llevarse a cabo, en especial cuando existían motivos de carácter político¹⁸.

Es a partir de ahí que el principio de oportunidad, hubiese sido adoptado como un elemento del proceso penal, que bajo ninguna circunstancia podía ser utilizado de manera discrecional por el ente investigador. Es por ello que el sistema alemán contempla un principio de oportunidad reglado, que se ajusta a lo siguiente:

“La Fiscalía decide entonces en base a los resultados de las investigaciones policiales, si éstas proporcionan motivos suficientes para la promoción de la acción pública (...). Ello presupone que no exista un pronunciamiento procesal, que no quepa – como excepción al principio – un sobreseimiento por razones de oportunidad o – como excepción al principio oficial – la acción privada, y exista una sospecha fáctica suficiente.

Si están dados estos presupuestos, la Fiscalía promoverá la acción pública (un mandato penal o el enjuiciamiento en procedimiento

¹⁷ ERNEST BELING. *Derecho procesal penal*, Barcelona, Editorial Labor, 1943, p. 26.

¹⁸ Al respecto, EBERHARD SCHMIDT. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 2006., p. 285. Indica lo siguiente: “(...) Pero la posibilidad de esas opiniones encontradas sería incalculable si el Ministerio Público hiciera la persecución de una acción punible de criterios de apreciación o mejor dicho de consideraciones finalistas, de manera que pudiera omitir la persecución de una causa porque la misma, aun existiendo suficientes fundamentos de hecho, por razones políticas se considera inoportuna. Esta posibilidad sería la fuente de los más graves inconvenientes, sobre todo de un abuso sin límites frente al Ministerio Público y a la voluntad jurídica del Estado y, sin duda, dañaría también la prevención general que, como es sabido, depende menos de las sanciones penales de la ley que de la incondicionalidad e inmutabilidad de la persecución pública”.

acelerado). De lo contrario suspenderá el procedimiento conforme al §1700II (por razones fácticas o jurídicas) o §153 y s. (por razones de oportunidad). Con la primera declaración basada en una sospecha concreta el inculpaado obtiene los derechos de defensa y de negarse a declarar”¹⁹

En ese sentido, la Fiscalía es considerado como un órgano completamente independiente e imparcial de la jurisdicción que tiene como finalidad primigenia la verdad y la justicia²⁰, y que dispone de cierta discrecionalidad para continuar o no con la acción penal, teniendo como limite la pertinencia del principio de oportunidad y el cumplimiento de sus presupuestos legales, en atención al deber que acertadamente le da Roxin, esto es el de cumplir con su derecho y deber de perseguir los ilícitos penales, sin que medie consideración alguna frente a la voluntad de quien es víctima de éste, sino actuando de oficio²¹, pero con atención a un uso racional del denominado *ius puniendi* y con la aplicación del principio de oportunidad en los siguientes casos:

“(…)

- a) Cuando el reproche por el delito es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal;
- b) Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo;
- c) Cuando a él le son opuestos los intereses estatales prioritarios; o
- d) Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal”²²

¹⁹ KAI AMBOS. *Proceso penal alemán, Procedimientos Abreviados y la reforma en América Latina*, en *Estudios de Derecho Penal y procesal penal. Aspectos del Derecho Alemán y comparado*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007., p. 245.

²⁰ ROXIN CLAUS. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000., p. 52.

²¹ ROXIN CLAUS. *Derecho procesal penal*, cit., p. 83.

²² ROXIN CLAUS. *Derecho procesal penal*, cit., p. 90.

Estos presupuestos no están muy alejados de los que trae la legislación penal colombiana, como se analizarán con posterioridad.

1.3 El principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

El acto legislativo 03 del año 2002, como se ha reiterado en varias ocasiones es el que incluye dentro del ordenamiento jurídico el denominado principio de oportunidad en el artículo 250 constitucional. En el año 2004, con la modificación del proceso penal colombiano, a un sistema de carácter adversarial, se introduce la aplicación de este principio de oportunidad en los artículos 321 y subsiguientes, modificado por la ley 1312 de 2009, en cuanto a su aplicabilidad y las causales por las que es procedente.

Esta modificación introduce con claridad hasta que fase del proceso penal es posible la aplicación de este principio²³, así como amplió el catálogo de causales por las que este es procedente²⁴, sobre las que se ahondará en líneas posteriores. Uno de los aspectos que resalta de esta modificación al principio de oportunidad, es la inclusión de las víctimas como parte relevante dentro de la aplicación de este principio, principalmente porque con éste podrían verse vulnerados sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en lo que

²³ LEY 1312 DE 2009 (julio 09). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicado en el Diario Oficial 470445 del 9 de julio de 2009. Artículo 1. “El artículo 323 de la ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 232. Aplicación del Principio de Oportunidad. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad. El principio de oportunidad 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”

²⁴ LEY 1312 DE 2009 (julio 09). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicado en el Diario Oficial 470445 del 9 de julio de 2009. Artículo 2.

respecta a la suspensión de la acción penal cuando media verdadera reparación de la víctima, en virtud del presupuesto de la justicia restaurativa²⁵.

De ello se desprende la voluntad del legislador de exista un equilibrio entre la política criminal de racionalización y uso del poder punitivo del Estado, y los derechos del interesado y directamente afectado con el hecho punible. De ahí que se busque que exista una verdadera reparación, mediante la planeación del resarcimiento y la consulta de su opinión frente a lo que propone el imputado para que pueda ser suspendida la acción penal y posterior a ello renunciada en el evento en que se cumpla con lo acordado.

1.4 Clase de principio de oportunidad instaurado en la legislación penal.

Antes de determinar qué clase de principio de oportunidad es el que adopta el legislador colombiano, es necesario conocer cuáles son las clases de principio de oportunidad, de acuerdo con el mayor grado de facultad discrecional que tiene la Fiscalía en cada uno de los tipos de principios. Esta facultad es mayor o menor dependiendo del sistema del que se trate, siendo de mayor amplitud en los sistemas del *common law* y más restrictiva en los sistemas penales

²⁵ LEY 1312 DE 2009 (julio 09). "Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad" cit. Artículo 3. "El artículo 325 de la ley 906 de 2004, quedará así: Artículo 325. Suspensión del procedimiento a prueba: El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa. Presentada la solicitud, individual o colectiva, el Fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecida en este Código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad"

continentales como el colombiano, que buscan siempre que esta facultad de la Fiscalía, sea siempre reglada²⁶

En el primer caso, el sistema penal se caracteriza por ser de carácter **abierto**, ajustándose a una facultad discrecional del ente acusador amplia, lo que en otras palabras quiere decir, que éste tiene la posibilidad de suspender o terminar la acción penal, con atención a su sano criterio, y fundándose en lo que Guerrero califica como “criterios extensivos e intensivos”²⁷, que encuentran su única limitante la legalidad de sus actuaciones. Algunos autores como Gómez, califican este tipo de sistemas como abiertamente discrecionales, al punto que “(...) ni la víctima, ni el tribunal, ni siquiera el gran jurado pueden limitar realmente la actividad discrecional del Fiscal”²⁸.

Por su parte, existe el denominado sistema penal **cerrado**, que se caracteriza por que en éste se

“(...) rige por criterios de extensividad e intensividad que limitan la legalidad estricta y cerrada en el ejercicio de la acción penal, esto es, si bien no impera una general – generalizado aplicación de la discrecionalidad como en los abiertos, si podemos entender que los grados de aplicación pueden oscilar entre un mínimo y una amplia aplicación, que supere la idea de instituto de operatividad excepcional como ha venido haciendo carrera en nuestro medio”²⁹

Este concepto se asemeja más a los principios que imperan en el sistema continental, donde el principio de oportunidad es considerado como excepcional, y como único medio de suspensión o terminación de la acción

²⁶ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *“La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2ª ed., Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2007., p. 102.

²⁷ OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 1ª ed., Bogotá D.C., 2007., p. 68.

²⁸ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, cit., p. 67.

²⁹ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, cit., p. 67.

penal, sujeta por regla general al principio de legalidad. Bien sea en uno u otro sistema el principio de oportunidad puede ser de carácter libre, facultativo o reglado.

En el caso del principio de oportunidad **libre**, la facultad de discrecionalidad de su aplicación se encuentra netamente en cabeza del ente acusador o del Ministerio Público, según sea el caso, quien tiene la posibilidad de tomar una decisión frente al inicio o descarte del ejercicio de la acción penal, sin que exista alusión frente a su procedibilidad en la ley o tribunal que lo contradiga, ajustándose simplemente a políticas criminales establecidas por el Estado para el efecto³⁰

Por su parte el principio de oportunidad de carácter **facultativo**, se caracteriza por mantener el grado de discrecionalidad del ente acusador o del Ministerio Público, aun con mención a su procedibilidad en sentido amplio dentro de la legislación penal, sin que existan causales taxativas para ello³¹. En contraposición a éste, el principio de oportunidad reglado, se caracteriza porque tanto su procedibilidad como los casos o eventos donde es posible su aplicación, se derivan directamente de la legislación, quien se encarga de equilibrar su procedencia y limitar la discrecionalidad del ente acusador, en atención al principio de legalidad.

Este último tipo de principio de oportunidad, es el adoptado por el legislador colombiano, que se ha concretado en una contemplación taxativa de dicho principio directamente en la legislación y de los casos en los que el Fiscal se encuentra facultado para suspender, renunciar o interrumpir la acción penal,

³⁰ YOMAIRA VALLES ROMERO. “Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia”, cit., p. 35.

³¹ YOMAIRA VALLES ROMERO. “Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia”, cit., p. 35.

así como el modo y forma en el que mismo se debe realizar en el proceso penal³², en aras de respetar el principio primigenio de legalidad.

1.5 Definición y naturaleza del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es definido como “(...) una estrategia estatal, una formula política criminal, un plan de ejecución frente al delito”³³, que busca racionalizar la acción penal, sin menoscabar los derechos de las víctimas de la verdad, justicia y reparación³⁴. El legislador en atención, a estos derechos que se les deben reconocer a las víctimas, regló la procedencia del principio de oportunidad a eventos en los cuales se encuentra justificada la interrupción, suspensión o renuncia de la acción penal³⁵. De ahí que la misma Corte Constitucional, lo caracterice de la siguiente manera:

³² Al respecto ALEJANDRO DAVID APONTE. *Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*, Bogotá D.C., Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010, citando a IBAÑEZ GUZMAN AUGUSTO., p. 92, señala: “Esta es la concepción que aquí se asume, posición que ya había sido entrevista, aunque con acentos diferentes, por autores que se aproximaron al estudio de este principio: “La hipótesis es evidente y clara, es decir, se levanta el velo de la arrogante legalidad y del tradicional ius puniendi, para dar paso a una justicia histórica, a una justicia y a un aparato de justicia que se aviene a las necesidades del momento y que se regula por medio de la política criminal y que una vez regulada, ya no puede tildarse al principio de oportunidad como contrario o antónimo del principio de legalidad, sino que debe entenderse como un instrumento del principio de legalidad que da respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica”

³³ AUGUSTO IBAÑEZ GUZMÁN. “El principio de oportunidad”, en *Revista Universitas*, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, N° 109, febrero de 2005., p. 75.

³⁴ JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN. “Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la ley 906 de 2004”, en *Revista Universitas*, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, N° 116, diciembre de 2008., p. 174.

³⁵ Respecto a ello RODRIGUEZ GARCÍA NICOLAS y CONTRERAS ALFARO LUIS HUMBERTO. “Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del Derecho Procesal Penal del siglo XXI”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, España, N° 3, 2006., p. 60: “Al órgano encargado de la

“Partiendo de esta configuración constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado los siguientes rasgos del principio de oportunidad: (i) es una figura de aplicación *excepcional* mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera *clara e inequívoca*, (iii) debe ser aplicado en el marco de la *política criminal* del Estado; (iv) su ejercicio estará sometido al *control de legalidad* por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías; (v) su regulación debe ser compatible con el respeto por los *derechos de las víctimas*”³⁶

La naturaleza de este principio, se encuentra cimentada en un proceso penal orientado por una resolución del conflicto, sin la necesidad de acudir a una acción penal, en los casos señalados en la ley, y de esta manera permitir el mejoramiento de la facultad sancionadora del Estado, y a la descongestión del aparato judicial³⁷, que nace de un acuerdo entre el ente acusador, el imputado y la víctima.

acusación pública para que, antes o durante el ejercicio de la pretensión punitiva, efectúe una ponderación de las circunstancias, el momento y otros factores que puedan determinar la conveniencia de proceder, lo que le autoriza en un caso concreto, para dejar de ejercer sus obligaciones procesales esenciales (investigación, acusación y sostenimiento de la pretensión punitiva en la etapa de juicio). Es decir, o bien puede no iniciar el procedimiento, o suspenderlo, o poner fin al ya iniciado si no considera la persecución oportuna o conveniente, por ejemplo por razón de nimiedad de la infracción, o por miedo al escándalo público, o por temor a costos procesales considerables, o bien, dado el caso, puede no instar en toda su magnitud o extensión la medida del castigo establecida en abstracto por la ley para el hecho punible, llegando a acuerdos con el imputado en orden de la determinación consensuada de la medida y la naturaleza de la pena”.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 936 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁷ Al respecto RODRIGUEZ GARCÍA NICOLAS y ANDRADE FERNADES FERNADO. “*Análisis crítico de la posible utilización del principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de los delitos de corrupción*”, en Justicia: Revista de Derecho Procesal, España, Nº 1, 2012., p. 272: “El problema del aumento de la criminalidad puede ser enfrentado, entonces, recurriendo a transacciones y negociaciones entre las partes del proceso penal, uso de procedimientos abreviados y juicios rápidos inspirados en la técnica del consenso, todos ellos orientados en

1.6 Las causales de aplicabilidad del principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad en Colombia.

1.6.1 Cuando el delito es sancionado con una pena menor a seis (6) años de prisión.

El artículo segundo de la ley 1312 de 2009, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, a través de la cual se modifica la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, delimita la aplicación del principio de oportunidad en diecisiete casos particulares.

La causal primera³⁸, establece la procedibilidad de este principio en el evento de que el delito que se imputa no sobrepase el límite de seis (6) años en pena privativa de la libertad o cuando la pena fuere de multa, limitando el mismo a que exista una verdadera reparación a la víctima del delito³⁹. Algunos autores como Bedoya, Guzmán y Vanegas, concuerdan en que la procedibilidad que enmarca esta causal se erige como

“(…) una nueva alternativa en materia de solución del conflicto penal, asociada a la indemnización integral de la víctima. Además,

última instancia a imprimir una mayor aceleración del proceso, para así descongestionar el aparato judicial”.

³⁸ LEY 1312 DE 2009. (Julio 9). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, cit. Artículo 2, núm. 1: “Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público. Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior”

democratiza el proceso y, especialmente, permite una mayor participación de la víctima en la solución de los conflictos, ya que la causal está supeditada a la indemnización integral”⁴⁰

Sumado a ello, la aplicación de esta causal a delitos que revisten mayor gravedad, permite hacer una racionalización de la acción penal. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que, en la actualidad existen diversos conflictos de índole social que ameritan una selección previa de casos en los que se puede obviar o suspender la acción penal, en la medida en que no se vulneren con cierto grado de gravedad bienes jurídicamente tutelados, o cuando los delitos tengan un contenido netamente económico⁴¹.

En esa medida la autoridad respectiva, tiene la potestad de aplicar el principio de oportunidad amparado en esta causal cuando, considere que los delitos cometidos por el sujeto activo, son irrelevantes de cara a sus consecuencias, o cuando el hecho no amerite una sanción que desde el punto de vista valorativo del legislador sean mínimos⁴², como sucede en los denominados delitos de bagatela⁴³, o aquellos donde el mismo legislador en atención a su gravedad ha decidido darle una sanción menos gravosa⁴⁴.

Así las cosas, el elemento que prima en la aplicación de esta causal del principio de oportunidad, no es otro que la carencia de interés del Estado en la persecución de la conducta penal que se encuadre en los límites señalados por el legislador. Ahora bien, el segundo requisito para que sea procedentes esta

⁴⁰ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRES GUZMÁN DÍAZ y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. “Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación”, 2010, hallable en: [<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>].

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴² JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *Los principios de legalidad y oportunidad*, 1ª ed., Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 84;

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 673 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁴ JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *Los principios de legalidad y oportunidad*, 1ª ed., cit., 2005., p. 85.

causal, es que exista una reparación integral a la víctima. Dentro de este segundo requisito, convergen varios elementos que deben ser analizados a fin de determinar si este es procedente no.

El primero de ellos, se encuentra relacionado con la definición de víctima y el alcance de sus derechos, frente a la aplicación del principio de oportunidad, que como se ha dicho aun cuando se constituye como un elemento que contribuye a una política criminal más racional, no puede dejar en el limbo los derechos de las víctimas. Los alcances del concepto de víctima, los ha venido fijando la Corte Constitucional. Al respecto considera que víctima es aquella frente a la cual se materializa el daño (que debe ser real, concreto y específico) a causa de la comisión de una conducta punible, y que en razón a ello, se hacen titulares del derecho a la verdad, la justicia y la reparación⁴⁵. Identificada la víctima, y el dolo sufrido por éste, para que opere el principio de oportunidad, es necesario que exista un acuerdo entre las partes de lo que debe contener la reparación a la víctima y sus condiciones de cumplimiento para que pueda operar. Ahora el elemento de la reparación integral de la víctima, no solo tiene un contenido económico. Según la Corte Constitucional dentro de este elemento también se ven incluidos postulados como la necesidad de asistencia a la víctima cuando ello fuere necesario, o la denominada “garantía de no repetición”⁴⁶.

Ahora bien, frente al elemento indemnizatorio de la reparación integral, de contenido netamente económico, este puede estar sujeto a la voluntad de las víctimas y del imputado o indiciado, el cual al ser un elemento de orden pecuniario, tiene el carácter de regirse por los postulados que al respecto señala el derecho privado, aun cuando el contexto en el que se desarrolla dicha transacción o conciliación sea un proceso penal, decisión que debe ser respetada por el juez penal o por la Fiscalía, aun cuando considere que la suma acordada es insuficiente para hablar de una verdadera reparación

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454 de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

integral⁴⁷. No obstante es deber del Fiscal desde el momento que se inicia la acción penal, acompañar a la víctima y asesorarle sobre lo que se considera una indemnización justa frente al ilícito penal del que fue víctima⁴⁸.

De otro lado, puede suceder que la víctima a fin de no contribuir con la aplicación de esta causal, cumpliéndose los requisitos decidiese que la indemnización que se le ofrece no cumple con lo que ella espera o es abiertamente irrisorio, sin que así lo sea. Frente algunos autores como Gómez, consideran que aun cuando la satisfacción de los intereses de la víctimas es una de las tareas que debe cumplir el Fiscal en el proceso penal, este no puede estar supeditado a la postura que para el efecto tiene la víctima cuando se trata de la aplicación del principio de oportunidad, lo que en otras palabras quiere decir que aunque la opinión de la víctima es necesaria para la aplicación de dicho principio, la misma no es vinculante para el Fiscal⁴⁹

En suma, este segundo elemento de esta causal, esto es la reparación integral lejos de considerarse como una forma de impunidad, se constituye como un medio a través del cual pueden equilibrarse tanto la acción penal razonada como los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la justicia. Ante ello podría objetarse que en sí no existe una pena al imputado frente a la cual se cumplan los postulados de la resocialización y de la retribución que en alguna medida se espera de la acción penal.

Al respecto, autores como Forero, son claros al decir que la reparación pecuniaria del daño a la víctima, en el marco de una conducta punible, cumple con los fines que se le asignan a la pena, en la medida en que esta tiene también un contenido resocializador, ya que es un reconocimiento implícito de

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1062 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁸ LEY 906 DE 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Publicado en el Diario Oficial 45.658, el 1 de septiembre de 2004. Artículo 11.

⁴⁹ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 1ª ed., Bogotá, D.C., Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio Público, 2007., p. 254.

una responsabilidad y de un deber de reparar los perjuicios generados con su conducta, que le significan una carga de carácter patrimonial, que le puede generar una mayor conciencia de la ilicitud de su conducta, que una pena privativa de la libertad⁵⁰

1.6.2 Cuando se hubiere entregado el investigado a otro Estado en extradición.

La segunda causal que señala la ley 1312 de 2009, como procedente del principio de oportunidad, es que se hubiere entregado a al persona por una misma conducta penal en extradición a otro Estado. En ese sentido esta causal cuenta con dos elementos para su procedencia, estos son: (i) que exista una extradición y; (ii) que dicha extradición se refiera a una misma conducta sancionable penalmente en Colombia.

En primer lugar, es necesario conocer en que consiste la extradición, la cual es definida como aquel proceso de carácter internacional, cuya finalidad es la entrega de una persona a otro Estado, a fin de que cumpla una pena por la que es condenado a causa de la comisión de una infracción penal, en ese territorio⁵¹. Su procedimiento y procedencia se encuentra consagrado dentro del texto constitucional en el artículo 35 de la siguiente manera:

“(…) La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentara la materia.

La extradición no procederá por delitos políticos.

⁵⁰ JUAN CARLOS FORERO RAMIREZ. *Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad*, 2ª ed., Bogotá, D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2013., p. 152. .

⁵¹ RAYMOND GUILLIEN y JEAN VINCENT. *Diccionario jurídico*, trad. Marino Ayerra y Jorge Guerrero, Bogotá, D.C., Editorial Temis, 1986., p. 228.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma”⁵²

La aplicación del principio de oportunidad, en el contexto de la extradición depende del momento en que se esta se encuentre. En el caso en que se hubiere culminado con el trámite de la extradición, la modalidad bajo la cual la puede realizar el Fiscal, es el de la renuncia de la acción penal, y en el caso en que hasta el momento se encuentre el trámite la puede realizar a título de suspensión de la misma, hasta tanto se defina y culmine el proceso de extradición, evento en el cual deberá prescindir en definitiva de la acción penal⁵³.

El segundo elemento, correspondiente a la identidad de la conducta penal en uno y otro territorio, demanda para el ente acusador un análisis de los ordenamientos penales de ambos Estados y la congruencia entre los delitos por el que se investiga a la persona que es solicitada en extradición, en uno y otro Estado, así como que los hechos que lo generaron sean iguales en estos⁵⁴.

Una vez cese la acción penal, y sea entregado en extradición la persona, se debe aplicar el principio de oportunidad, con la claridad de que bajo ninguna circunstancia podrá juzgarse nuevamente por los mismos hechos a ésta, en atención a lo que señala el principio de cosa juzgada⁵⁵

⁵² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 35.

⁵³ MARÍA VICTORIA RODRIGUEZ PEÑA. *El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano*, Bogotá, D.C., Editorial ABC Ltda., 2004, p. 89.

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Resolución 31933 de 9 de septiembre. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

⁵⁵ ALFONSO DAZA GONZALEZ, auxiliares de investigación: JULIÁN ÁLVAREZ Y ANGELICA SUAREZ. *Las causales de aplicación del principio de oportunidad en la ley 906 de 2004*, 1ª ed., Bogotá, D.C., Departamento de Publicaciones Universidad Libre, 2010., p. 121.

1.6.3 Cuando se entrega la persona en extradición y la sanción en el Estado que la solicita es de mayor entidad que la colombiana.

La tercera causal por la que procede el principio de oportunidad, hace relación al evento en que el investigado sea entregado en extradición a otro Estado con ocasión de otra conducta punible, y la sanción que establece éste para dicha infracción penal, sea mayor que la que establece el Estado por los delitos que le persigue⁵⁶.

La procedencia de esta causal a diferencia de la segunda, se hace en atención a la severidad de la sanción en el Estado que solicita la extradición, y a diferencia de la anterior, esta procede cuando la conducta penal es diferente. Sin embargo a diferencia de la segunda causal, en este evento solo procede el principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal. Al respecto Daza y colaboradores, señalan lo siguiente:

“Esta causal sólo tiene aplicación cuando el delito atribuido a una persona en un país determinado sea de poca gravedad y, en todo caso, de gravedad inferior al hecho que motiva la solicitud de extradición, siempre en el marco de los convenios de extradición debidamente ratificados por Colombia.

A diferencia de la causal segunda, en este caso los efectos de la cosa juzgada no se expresarían al interior del país, principalmente porque los hechos que se investigan y se juzgan son totalmente diferentes al delito que fundamenta la extradición. Por tal razón, sólo operaría la interrupción de la acción penal”⁵⁷

Un elemento que introduce esta causal es la de que es necesario que la pena de la condena en el otro Estado, se hubiere hecho con efectos de cosa

⁵⁶ LEY 1312 DE 2009. Artículo 2. Numeral 3.

⁵⁷ ALFONSO DAZA GONZALEZ, auxiliares de investigación: JULIÁN ÁLVAREZ Y ANGELICA SUAREZ. *Las causales de aplicación del principio de oportunidad en la ley 906 de 2004*, 1ª ed., Bogotá, D.C., cit., p. 126.

juzgada. Este elemento es el que debe ser estudiado por el ente investigador con mayor detenimiento, ya que lo que hace procedente la aplicación del principio de oportunidad en este evento, es precisamente que la condena se encuentre en firme, esto es que no esté pendiente la resolución de ningún recurso en contra de la misma.

El otro elemento que debe evaluar el fiscal, es la pena que se impone en el delito, que como dice el legislador debe ser considerablemente más severa que la que establece Colombia por el delito que se investiga al implicado. Para ello no solo debe analizar lo consignado en la ley extranjera, sino los elementos de la proporcionalidad de la pena en Colombia, para determinar con certeza si efectivamente la pena impuesta en el exterior, es significativamente más drástica que la que impone el Estado colombiano, luego de haberse evaluado los elementos de la dosificación de la sanción, así como la modalidad de la misma, y compararla con la que efectivamente indica la decisión extranjera⁵⁸.

1.6.4 Cuando el imputado o acusado colabore con la justicia y contribuya con la desarticulación de bandas criminales.

La primera causal que se enmarca en esta descripción, es la consignada en el numeral 4º del artículo 324 de la ley 906 de 2004, introducida por la ley 1312 de 2009, que señala lo siguiente:

⁵⁸ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ Y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 86. "(...) se debe tener presente la posibilidad de que la pena impuesta en el exterior tenga una naturaleza diferente de la que procedería en Colombia en el evento de una sentencia condenatoria. En estos casos cabe recordar que, por regla general, la pena privativa de la libertad es más grave que otro tipo de sanciones, lo que puede resultar relevante al momento de argumentar por qué resultaría viable aplicar el Principio de Oportunidad a una persona que, a manera de ejemplo, haya sido condenado a pena de prisión en otro país y se le esté juzgando en el territorio nacional por una conducta punible para la que esté contemplada la pena de multa".

“(…) 4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”⁵⁹

Esta causal, se diferencia por las anteriores en varios elementos. El primero de ellos es la argumentación que al respecto de la misma debe dar el Fiscal. Mientras que en las causales 1ª, 2ª y 3ª una de los elementos que orientan la aplicación del principio de oportunidad es la innecesaridad de la pena, en este caso, la imposición de la pena, agota todos los elementos que la justifican, y no existen otros medios que la puedan sustituir. En ese sentido, la Fiscalía en esta causal, se encuentra en el deber de realizar un minucioso análisis entre los beneficios reales que puede obtener con la aplicación del principio de oportunidad, y que hacen una posibilidad la renuncia, suspensión o interrupción de la acción penal.

Estos beneficios como bien lo señala el legislador, no pueden ser otros que la de obtener una colaboración eficaz y determinante, a efectos de quien es el imputado o acusado, no continúe con la conducta punible, o que colabore con la justicia a efectos de que no se cometan otros delitos, o que se logre desarticular con su información, alguna banda criminal. En ese sentido lo consideraron al momento de proponer la reforma del año 2009, en la cual se argumentó lo siguiente:

“(…) A pesar de los logros y sacrificios, de la noche a la mañana estos se tornan paradójicamente insignificantes, cuando la estridencia y el dolor de uno que otro acto terrorista nos sorprende a todos por igual, desde luego con las secuelas de daños en la vida e integridad de los

⁵⁹ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 4, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2.

miembros de la fuerza pública y también de terceros inocentes. Esto indica elocuentemente la necesidad de estimular la colaboración institucional de personas que se mueven el interior de los grupos armados irregulares o de las organizaciones criminales, por medio de un bien elaborado y reglamentado principio de oportunidad, pues mientras se mantengan las medidas policivas de presión y persecución el respiro se siente, pero hay que apostarle a medidas más trascendentales y permanentes de erradicación en materia político – criminal (...)⁶⁰

Esta causal, ha sido objeto de arduas discusiones en la comunidad académica, y tiene dentro de la doctrina nacional algunos detractores, como Perdomo que indica que la consideración de esta causal por el legislador, demuestra falencias en el sistema de administración de justicia colombiano, que tiene que acudir a las mismas personas que investiga, a fin de poder investigar y judicializar otras conductas punibles⁶¹, sumado a que en este caso pueden verse en vilo la satisfacción de los derechos de las víctimas, que en principio deberían ceder al postulado de una colaboración efectiva con la justicia, lo que abiertamente lo desconoce. Aun así, la Corte Constitucional considera que esta disposición es congruente con los fines del Estado, principalmente porque aun cuando no se vean satisfechos en algunas de las causales, los derechos de las víctimas, ello no significa que éstas no puedan acudir a las acciones civiles, para poder ver resarcidos los daños que les fueron ocasionados⁶²

Es ahí donde el fiscal, debe justificar con argumentos reales y concisos, él porque es necesaria la aplicación del principio de oportunidad, cuales son los beneficios reales que de ello se obtiene, y cuáles son las razones que le llevan a concluir que para recibir estos es necesario prescindir o suspender la acción

⁶⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 124/08. Exposición de motivos del Proyecto de ley 261 de 2008 (Senado), 342 de 2008 (Cámara). “Por medio de la cual se reforma parcialmente la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”

⁶¹ JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *Los principios de legalidad y oportunidad*, 1ª ed., cit., 2005., p. 92.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

penal. Respecto a ello Bedoya, Guzmán y Vanegas, indican que es necesario que el fiscal, valore todos los elementos que se derivan de esta causal, so pena de incurrir en una vulneración del principio de legalidad. Para el efecto, proponen el siguiente esquema de análisis:

“En esta línea de pensamiento, es claro que para la aplicación de esta causal el fiscal tiene la carga de explicar por qué es jurídicamente posible aplicar el Principio de Oportunidad a pesar de estar frente a un evento en el que la pena se vislumbre como necesaria y sus efectos no puedan lograrse a través de mecanismos alternativos. En tal explicación tendrán especial importancia: (i) la trascendencia de la información suministrada por el imputado o acusado, (ii) la gravedad del delito o delitos que se le imputen al colaborador, así como su forma de participación, (iii) la gravedad de la conductas punibles cuya consumación o continuación se pretenda evitar, o la clase de delitos cometidos por la banda delincuenciales cuya desarticulación se pretende, así como la organización de la misma; (iv) la imposibilidad de lograr dicho resultados a través de los mecanismos ordinarios de persecución penal y (v) el nivel de satisfacción de los derechos de las víctimas”⁶³

En defensa de la constitucionalidad de esta causal, la Corte Constitucional ha señalado que en los casos donde la entidad del delito por la que se investiga a alguien no es de gran relevancia para el Estado, pero la información que este pueda suministrar frente a otros delitos que sin tienen importancia⁶⁴, se justifica

⁶³ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ Y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 89.

⁶⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 124/08. Exposición de motivos del Proyecto de ley 261 de 2008 (Senado), 342 de 2008 (Cámara). “Por medio de la cual se reforma parcialmente la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”. “(...) Sólo si se logra aplicar el Principio de Oportunidad a alguno de sus integrantes como una herramienta importante que ayude a desmantelarlas, y con ello, aunque se suspende o se renuncia a la acción penal respecto de aquellos partícipes que no tengan un nivel jerárquico alto en la organización criminal, quienes a cambio suministran el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales podrán encaminarse

la aplicación de este principio, en la medida de que con la información obtenida y la colaboración en la desmantelación de bandas criminales, se está garantizando a las víctimas de esos delitos atroces, la posibilidad de acceder a los derechos de verdad, justicia y reparación⁶⁵

Ahora bien, en el caso en que no puedan ser superados estos elementos en esta causal, aun subsiste la posibilidad de que el implicado pueda llegar a un preacuerdo con la fiscalía, a fin de contribuir con la justicia, que le pueda significar una rebaja en la pena o cualquier otro beneficio, a fin de obtener la información que se requiere para satisfacer los presupuestos de la política criminal del Estado⁶⁶. Es por ello que esta causal, establece dos presupuestos para que pueda operar: o que se colabore con información eficaz tendiente a la evitación de conductas punibles de especial gravedad o, a que se brinde información importante para la desarticulación de bandas criminales, identificación de sus integrantes, con el propósito de investigarles y judicializarles.

El encargado de determinar ante cuál de estos dos eventos se encuentra, es el Fiscal, que como se reitera debe ser cuidadoso cuando analiza los beneficios que puede obtener con la aplicación de este principio, y aplicar el principio de oportunidad bajo la modalidad de “suspensión a prueba”, hasta tanto se verifique la utilidad de la información obtenida. .

1.6.5 Cuando el acusado o imputado colabora con la justicia como testigo de cargo.

La quinta causal, señalada para el principio de oportunidad, hace referencia a lo siguiente:

hacia objetivos más trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas (...)

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁶ ALEJANDRO GARZÓN MARÍN Y CESAR AUGUSTO LONDOÑO. *Principio de oportunidad*, Bogotá, D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2006., p. 201.

“Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Su concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio”⁶⁷

En esta causal, al igual que en la precedente, el fiscal está ante una ponderación de los beneficios que obtiene con la aplicación del principio de oportunidad. La diferencia con esta forma de colaboración, es que en la causal cuarta, no necesariamente el implicado debe contribuir con su testimonio dentro de un proceso penal, basta con que suministre información veraz y valiosa para la detención de la comisión de conductas punibles o la desmantelación de organizaciones criminales. Para el caso de la causal quinta, su colaboración está orientada a fungir como un “testigo de cargo”, definido por Gómez Pavajeau como aquel que a través de su testimonio, contribuye a que la justicia pueda imputar el delito a otros procesados⁶⁸.

Lo que determina la procedibilidad de esta causal, es que el implicado acuda a la audiencia de juicio a rendir su testimonio, a fin de que pueda no solo aligerarse la carga de investigación del Estado colombiano, sino a que el proceso de sanción de responsables de delitos de gravedad sea de manera más célere. Al igual que la información que se obtiene de la aplicación de la casual cuarta, el testimonio que debe ofrecer el imputado o acusado, debe ser

⁶⁷ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 5, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2.

⁶⁸ GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. *“La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2ª ed., Bogotá D.C., cit., p. 250.

verificable, y de gran importancia para el proceso penal en el que lo rinde, dándole un valor probatorio que oriente la decisión en favor de la sanción de la conducta punible que se imputa. En efecto si el testimonio no cumple con dicho cometido, no hay sustento que argumente la aplicación del principio de oportunidad.

Ahora bien, aun cuando este testimonio debe ser de gran importancia, el fiscal debe contar con otros sustentos probatorios a fin de reforzar éste, a fin de determinar su veracidad como prueba dentro del proceso. Ello en atención a que existe la posibilidad de que quien lo rinda tergiverse la verdad de los hechos para obtener el beneficio penal, lo que en definitiva haría más difícil la acción del Estado en la judicialización y sanción de las conductas penales⁶⁹.

Es por ello, que el fiscal está en la obligación de analizar la veracidad de dicho testimonio, antes de que este se realice en el juicio oral. Otro de los elementos que comprenden esta causal, es el de inmunidad, definido por Bedoya como aquella figura jurídica, a través de la cual una persona puede rendir un testimonio en el juicio oral, con total seguridad de que no será sancionada por la información que suministra, aun cuando esta la incrimina dentro del ilícito penal. En ese sentido, le está vedado al Estado perseguir penalmente a quien goza de esta condición de inmunidad, ya que es en virtud de esta que se pueden obtener otros beneficios penales, como la judicialización y sanción de ese u otros delitos de gran relevancia para el Estado⁷⁰.

⁶⁹ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ Y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 105. “Además, las declaraciones de los coimputados o coacusados en principio presentan algunos problemas de credibilidad, ya que su testimonio se rinde a cambio de un importante beneficio judicial. La mejor manera de superar dicha falencia es a través de evidencias que corroboren la versión, sin perjuicio, obviamente, de la adecuada preparación del testigo, la claridad de su versión y su comportamiento en la sala de audiencias, etc.”.

⁷⁰ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA. *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*, Bogotá, D.C., Editorial Comlibros, 2008., p. 162.

En virtud de ésta el fiscal, interrumpe hasta tanto se realice el testimonio la acción penal, y en el evento en que el testigo no concurra al juicio y cumpla con su testimonio, se deberá revocar este beneficio.

1.6.6 Cuando el imputado o acusado hubiere sufrido daño físico o moral grave a causa de la conducta culposa.

La causal sexta del artículo 324 de la ley 906 de 2004, señala que es procedente la aplicación del principio de oportunidad en el evento en el que “(...) el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, 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”⁷¹.

De lo establecido por el legislador se derivan tres condiciones para que pueda operar esta causal del principio de oportunidad. La primera de ellas es que el delito se haya cometido a título de culpa. Ello quiere decir que esta causal solo es procedente, en aquellos delitos que admiten la modalidad de culpa, en su comisión, dejando por fuera aquellos donde solo puede ser realizada con dolo. Ello obliga al fiscal, a analizar en los casos donde el delito no admite la culpa como título, la procedibilidad de otra causal de aplicación del principio de oportunidad.

El segundo elemento hace relación a que exista un daño físico o moral en el imputado a causa de la comisión de la conducta culposa. Es tarea del fiscal en este elemento, comprobar con un grado alto de certeza la presentación del daño, en especial del daño moral, que presenta una mayor dificultad de

⁷¹ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 6, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2.

determinación que el daño físico. Además de ello, el daño generado para que pueda ser procedente esta causal, debe ser catalogado como grave, de lo que se deriva que hacer más gravosa su situación con la imposición de una pena, sería una forma de desconocer la humanización de la pena.

En esta causal, su procedencia se deriva de la posibilidad que tiene el fiscal de comprobar la existencia del daño y que este fue causado por la conducta penal en la que incurrió el imputado. En ese sentido, para efectos de ello, deberá acudir a los medios probatorios consagrados en la legislación colombiana, a fin de argumentar el nexo de causalidad que existe entre una y otra condición, bien sea mediante dictámenes periciales, exámenes médicos, etc., que funjan como documentación o prueba dentro del proceso que permita determinar que efectivamente el daño es grave y que fue a camisa de la conducta culposa.

Ahora su finalidad o esencia es no hacer más gravosa la situación del imputado, ya que con el solo dolor o daño que le generó la conducta basta como pena, y la imposición de otra sería catalogado como inhumano, que desconocería el principio de proporcionalidad de la pena y de humanización del proceso penal⁷².

En esta causal entonces se asemeja al concepto de “pena natural”, según el cual, quien comete un ilícito y a causa de este sufre un perjuicio moral o físico, ya ha pagado por su conducta, con las consecuencias que se derivaron de ésta⁷³. Al respecto algunos autores como Bacigalupo, han señalado que cuando se recibe un daño grave a causa de una conducta delictiva, este se puede abonar al cumplimiento de la pena que en principio le sería aplicable, lo que justifica que se prescinda de la imposición de ésta, en razón a que la culpabilidad del sujeto activo del delito se ve compensada por el daño que esto le causa y el dolo que proviene del mismo, que en efecto se consideran como

⁷² FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUÉZ. *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Bogotá, D.C., Editorial Temis, 1997., p. 615.

⁷³ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004., p. 199.

congruentes con aquellos que le daría la imposición de una pena, en cuyo caso, la imposición de otra sanción además de la retribución natural, podrían inclusive considerarse como tortura⁷⁴, al punto de lesionar el principio de humanidad del proceso penal, y de la racionalización y proporcionalidad de la facultad sancionadora del Estado⁷⁵.

1.6.7 En aplicación del postulado de la justicia restaurativa.

El principio de oportunidad, como suspensión de la acción penal, cuando se cumplan los postulados de la justicia restaurativa⁷⁶. La aplicación de esta causal, se debe armonizar con algunos conceptos que para el efecto establece el “Código de Procedimiento Penal”. El primero de ellos es de justicia restaurativa, entendido por dicha legislación como “(...) todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador (...)”⁷⁷. El propósito de este proceso de justicia restaurativa, es obtener una reintegración efectiva tanto de la víctima como del imputado, acusado, o condenado⁷⁸, mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la “conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y

⁷⁴ ENRIQUE BACIGALUPO. “Principio de culpabilidad, carácter del autor y “poena naturalis” en el derecho penal actual”, en GUILLERO OUVIÑA Y GUSTAVO L. VITALE. *Teorías actuales en el Derecho Penal. 75 aniversario del Código Penal*”, Buenos Aires, Editorial Ad –Hoc., 1998, p. 132.

⁷⁵ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2005., p. 954.

⁷⁶ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 7, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2.

⁷⁷ LEY 906 DE 2004. ARTICULO 518.

⁷⁸ LEY 906 DE 2004. ARTICULO 518.

la mediación⁷⁹, a través de los cuales se busca dar una respuesta al delito, que no necesariamente implique la acción penal⁸⁰

Para que pueda operar esta justicia restaurativa, se debe contar con el consentimiento de ambas partes, los acuerdos a los que se lleguen deben contener obligaciones claras, razonables, y proporcionadas con la entidad del delito, entre otros requisitos. En el caso de los delitos querellables, el primer paso es la citación a la conciliación preprocesal. Si el resultado de esta conciliación es el acuerdo entre las partes, y procede el archivo de las diligencias. En el caso de la mediación, procedente para los delitos cuyo “mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión” con terminación de la acción penal, y con efectos de beneficio⁸¹ en cuanto a la pena cuando exceda de dicho término, la aplicación del principio de oportunidad se hace una vez se ha agotado su trámite y se han cumplido los acuerdos llegados entre las partes.

En atención a lo anterior, podría decirse que la justicia restaurativa es procedente para aquellos delitos que se consideran como de módica gravedad, y ello es precisamente lo que lo diferencia de los delitos a los que es procedente aplicar la causal primera del principio de oportunidad, en la medida en que en los que procede la justicia restaurativa y por ende la causal séptima del principio de oportunidad, se justifica con mayor razón la persecución penal por ser los delitos con los que procede un tanto más relevantes que los que contempla la causal primera, que no ameritan el desgaste investigativo y judicial del Estado para su sanción. La consagración de esta causal, amplía entonces el ámbito de procedente del principio de oportunidad, a otros delitos en los que no es procedente la aplicación de la causal primera.

⁷⁹ LEY 906 DE 2004. ARTÍCULO 521.

⁸⁰ JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA. “Que es y para qué sirve la justicia restaurativa”, en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, No. 12, Bogotá, D.C., Legis Editores, 2005, p. 456.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005. M.P.: Jaime Cordoba Triviño.

El otro requisito que exige la mediación, es que el bien jurídico lesionado no exceda de la órbita de la víctima. De la interpretación de este presupuesto se desprende que no puede realizarse la mediación entre las partes, cuando el bien jurídico afectado es de carácter colectivo o tiene más personas perjudicadas. Ello en razón a que a través de la mediación se llegan a acuerdos que pueden implicar la renuncia de la acción penal, el monto de la indemnización, entre otros elementos que implican una expresión de la voluntad, la cual es considerada como autónoma y solo predicable de una persona, ya que solo ésta puede disponer de sus propios derechos, cuando estos lo permitan. En ese sentido lo considera la Corte Constitucional al señalar lo siguiente:

“(…) El condicionamiento de la mediación a la naturaleza del bien jurídico protegido, restringiéndolo a aquel que no sobrepase la órbita personal del perjudicado, focaliza el efecto restaurados de la mediación en aquella criminalidad que afecta bienes jurídicos respecto de los cuales la víctima conserva un espacio de disponibilidad”⁸²

Ahora bien para que opere el principio de oportunidad en este caso, el fiscal debe verificar que se hubieren cumplido todos los presupuestos de la justicia restaurativa, esto es: (i) que se hubiere restituido a la víctima su derecho afectado (en la medida de que ello sea posible), en las mismas condiciones que estaba antes de la comisión del delito, (ii) que se hubiere indemnizado efectivamente a la víctima, cuando ello hubiera sido una de las condiciones para la mediación o la conciliación, (iii) que se hubiere brindado la asistencia adecuada a la víctima y el acompañamiento en los daños ocasionados por el delito, (iv) el cumplimiento de los postulados de “no repetición”⁸³.

Como bien lo señala la causal, la modalidad con la que se presenta esta causal, es con la suspensión de la acción penal, y siempre y cuando se hubieren cumplido con las condiciones pactadas para la suspensión del

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005. M.P.: Jaime Cordoba Triviño.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005. M.P.: Jaime Cordoba Triviño.

procedimiento, establecidas en el artículo 326 de la ley 906 de 2004⁸⁴, que hubiese impuesto el Fiscal como condición del beneficio. Como el término que señala el artículo en comento es de tres años, se deduce que la aplicación del principio de oportunidad durante ese periodo es mediante la suspensión de la acción penal, y una vez concluido el mismo y verificado el cumplimiento del acuerdo de justicia restaurativa, se procederá al archivo de las diligencias, por operancia del principio de oportunidad.

1.6.8 Cuando el proceso penal sea considerado como una amenaza para el Estado.

La casual octava del principio de oportunidad hace relación a la facultad que tiene el Estado de interrumpir, suspender o renunciar a la realización del proceso penal, cuando la realización de éste “implique riesgo o amenaza

⁸⁴ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicada en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 326. “Condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El fiscal fijará el periodo de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes: 1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo. 2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas. 3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad. 4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico. 5. No poseer o portar armas de fuego. 6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves. 7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley. 8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas. 9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento. 10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa. 11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social. 12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales. Durante el periodo de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación”.

graves a la seguridad exterior del Estado”⁸⁵. Esta causal se encuentra en el marco de la seguridad nacional, y de las implicaciones que puede tener ésta de continuarse con la acción penal. En este caso, el fiscal debe realizar una ponderación de los fines del proceso penal y el beneficio que este tiene en la judicialización de la conducta, frente a los resultados adversos para la seguridad nacional que ello pueda implicar.

El primer elemento que debe analizar el fiscal en la procedencia de esta causal, es la que se refiere a la situación de amenaza a la seguridad nacional⁸⁶, y en el caso de que esta se vea amenazada por la continuación del proceso penal, debe aplicar el principio de oportunidad, para proteger al Estado de la concreción de una amenaza que atente contra la seguridad nacional, en cuyo caso deben prevalecer “los bienes jurídicos de la soberanía, la integridad territorial y la existencia del mismo Estado”⁸⁷, frente a la necesidad del adelantamiento de la acción penal, lo que quiere decir que “(...) la persecución criminal debe renunciarse para garantizar la efectividad de aquellos fundamentos mismo de la organización política”⁸⁸, como sucede en los casos donde en los procesos penales, se ven involucrados secretos de Estado o que estén relacionados con temas de seguridad internacional o nacional⁸⁹

⁸⁵ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 8, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2

⁸⁶ De acuerdo con la Corte Constitucional, la seguridad nacional “hace alusión a atentados contra la existencia del Estado, contra su integridad territorial, contra la soberanía del poder público, o a agresiones armadas sobre la población y el territorio nacional (...)”.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁹ ALEJANDRO GARZÓN MARÍN Y CESAR AUGUSTO LONDOÑO. *Principio de oportunidad*, Bogotá, D.C., cit., p. 215.

Ahora bien, para que esta causal pueda ser aplicada es necesario que exista una relación de causalidad entre la amenaza a la seguridad del Estado y el hecho punible que se investiga, ya que dicha relación de causalidad es la que permite al fiscal, optar por la aplicación de esta causal.

1.6.9 Cuando el delito se encuentre relacionado con bienes jurídicos de la administración pública y sean de escasa relevancia para el Estado.

La causal novena, del principio de oportunidad señala que

“En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes”⁹⁰

Los delitos respecto de los cuales sería procedente esta causal, son aquellos en los cuales se encuentran protegidos los bienes jurídicos de la administración de justicia y/o la administración pública. El otro requisito que supone la aplicación de esta causal, corresponde a que la afectación del bien jurídico en del delito sea de escasa relevancia jurídica, como sucedería por ejemplo en un prevaricato por omisión, que ya fue objeto de sanción en el ámbito disciplinario.

Ahora bien, esta causal señala que para su procedencia es necesario que el resultado lesivo sea poco significativo⁹¹. Para ello el fiscal, debe analizar varios

⁹⁰ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 9, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2

⁹¹ Al respecto la Corte Constitucional, ha considerado que la procedencia de esta causal, depende de la poca relevancia que pueda tener la afectación al bien jurídico tutelado: “El legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa – es decir que la afectación de la administración

elementos como por ejemplo la graduación de la pena que para el efecto señala la ley, el bien jurídico involucrado y el delito que lo protege, y el daño que efectivamente le fue causado a la Administración Pública y/o la Administración de Justicia.

Luego de ello, se debe verificar que efectivamente esta conducta hubiere sido objeto de reproche institucional y que hubiere sido sancionada disciplinariamente. En ello se debe analizar entonces el elemento de la infracción al deber funcional y su congruencia con las sanciones disciplinarias, así como su incidencia en el ámbito penal. De acuerdo con la Corte Constitucional, la sanción disciplinaria se basa en la infracción del deber funcional que se deriva de la inobservancia injustificada de sus servidores públicos y de los particulares que contribuyen con la función pública, de los presupuestos y deberes funcionales que para el efecto prevé la Constitución Política, la ley las reglamentaciones pertinentes⁹²

Cuando se hubiere sancionado la conducta punible en el ámbito de acción de la responsabilidad disciplinaria, y el bien jurídico no hubiere sido lesionado en grandes proporciones, el fiscal esta facultad para aplicar esta causal del principio de oportunidad. Ello en razón a la racionalización de la facultad sancionadora del Estado, y a la proporcionalidad de las sanciones que se imponen, así como a la libertad de configuración normativa del que es acreedor el legislador, para contribuir a la política criminal.

La modalidad con la que se puede aplicar esta causal depende de que si ya se ha impuesto efectivamente la sanción disciplinaria, o si esta se encuentra en proceso. Podría decirse que mientras que se surte el proceso disciplinario, el fiscal tiene la posibilidad de aplicar esta causal como suspensión de la acción

pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, el Juez de Garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuridicidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo (...)". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-988 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-819 de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

penal, amparado en que efectivamente existe un grado de certeza frente al resultado sancionador del proceso disciplinario y una vez concluido en ese sentido, puede optar por la renuncia a la acción penal.

1.6.10 Cuando el delito recaiga sobre el patrimonio económico y éste se encuentre deteriorado.

La causal décima del principio de oportunidad señala que

“En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal 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”⁹³

El primer requisito para que sea procedente esta causal, es que el delito sea de aquellos que protegen el patrimonio económico. La segunda es que el grado de deterioro del objeto material sobre el que recae el delito, se encuentre en un avanzado estado de deterioro, que hacen de la acción penal más costosa que los beneficios que esta comporta⁹⁴, en atención a la situación de menoscabo en cuanto a su valor del bien u objeto sobre el que se cometió el ilícito, al punto tal

⁹³ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 10, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2

⁹⁴ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ Y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 154. “El hecho de que la causal haga alusión a objetos en alto grado de deterioro – siempre desde la perspectiva del titular – ubica al operados jurídico en una zona intermedia entre la ausencia de lesividad (en cuyo caso procederá el archivo o la preclusión) y afectaciones penalmente trascendentes del bien jurídico, pero de una intensidad tan baja que, a pesar de mantenerse en el terreno de lo delictual, haga que la persecución penal resulta más costosa que el bajo y aleatorio beneficio que pudiera lograrse”.

que éste pudiere considerarse como estropeado y por ende inservible⁹⁵. El reto al que debe enfrentarse el fiscal para aplicar esta causal del principio de oportunidad, se encuentra relacionada con el límite que existe entre la existencia de la responsabilidad penal y la ausencia de ésta, por irrelevante, la cual está dada principalmente por el grado de deterioro del objeto material del delito.

En el caso en que éste no tenga ninguna funcionalidad o este en un estado de deterioro tal que no sea útil para lo que fue creado, se estaría ante una ausencia de responsabilidad, mientras que si el bien por deteriorado que se encuentre mantiene alguna o todas sus funciones, se estaría ante una vulneración del bien jurídico del patrimonio, pero que por su estado de deterioro, se haría meritorio de la aplicación del principio de oportunidad, en la causal que se examina.

Ello por supuesto no significa que la víctima deba acogerse a lo que establece esta causal el principio de oportunidad, ya que como lo prevé la procedibilidad de éste, es necesario tener en cuenta en todo momento los intereses de la víctima. En razón a ello, es clara la responsabilidad que tiene el fiscal de buscar en esta causal una indemnización a la víctima por los daños generados, aun cuando la causal así no lo establece, con la limitación de que esta indemnización debe ser proporcional al daño que se realizó y al estado en el que se encuentra el bien.

1.6.11 Cuando la conducta tenga una mínima significación jurídica y social.

La causal onceava indica que es procedente el principio de oportunidad “cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social”⁹⁶. El

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁶ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 11, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de

primer requisito que exige la aplicación de esta causal es que la imputación subjetiva se haga a título de culpa, y el segundo es que esta conducta además de ser culposa, tenga escasa relevancia social o jurídica. Los delitos sobre los que procede, son aquellos que admiten la modalidad culposa. La intención que tuvo el legislador al establecer esta causal del principio de oportunidad, era la de excluir de la acción penal, lo que Roxin calificaba como la “culpa insignificante”, cuando sus efectos no generan un daño tal que amerite el pronunciamiento y sanción del Estado⁹⁷.

El hecho de que esta causal solo se refiera a los delitos culposos, encuentra su argumento en que estos implican un reproche menor que frente a las conductas realizadas con dolo, ya que no existe la intención de causar un daño, sino el quebrantamiento injustificado del deber de cuidado⁹⁸, es lo que en últimas genera el daño.

El segundo requisito comprende lo que se considera como la “mermada significación jurídica y social” del delito. Dentro de esta categoría de delitos, se pueden incluir los denominados “delitos de bagatela”⁹⁹, que por su irrelevancia hacen innecesaria la continuación de la acción penal. Ahora bien, es trabajo del fiscal analizar en cada caso concreto cual es el grado de relevancia del comportamiento del sujeto activo del delito, así como la relevancia de sus consecuencias para poder aplicar esta causal.

2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2

⁹⁷ COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL. Acta no. 30 del 15 de julio de 2003.

⁹⁸ LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 23. “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

1.6.12 Cuando la sanción penal sea innecesaria o sin utilidad social.

La causal doctava del principio de oportunidad señala que éste procedente “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”¹⁰⁰. Esta causal se encuentra cimentada en un análisis de la necesidad de imponer una sanción penal a partir del juicio de reproche que emana del elemento de la culpabilidad. Como se desprende del artículo 33 del Código Penal, el juicio de reproche de la culpabilidad tiene que ver con el grado de comprensión de quien realiza el delito, y de la conciencia de la ilicitud de su actuación, así como de la desinteresada intención de autodeterminarse en un modo que no afectará el bien jurídico¹⁰¹.

Cuando se excluye alguno de los anteriores elementos, no se configura el elemento de la culpabilidad, generando que no exista posibilidad de imponer una sanción penal. Ahora bien, del texto de la causal, se infiere entonces que existen ciertos grados de reproche de la culpabilidad, que hacen de esta más o menos gravosa en cada caso concreto, sin que rebase el límite de la ausencia de la misma.

Por lo genera la graduación de este juicio de reproche de culpabilidad se hace con atención a algunas situaciones especiales que en alguna medida, hacen que este juicio sea menor, en atención a la calidad o la situación en la que se encuentra el sujeto activo. Tal es el caso de quien comete un delito “en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso”¹⁰², o quien lo realiza

¹⁰⁰ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 12, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2

¹⁰¹ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUÉZ. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 416.

¹⁰² LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 23. Numeral 3.

estando en situación de “indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”¹⁰³, o cuando quien las realiza, lo hace debido a su situación de pobreza, marginalidad, ignorancia, siempre y cuando estén relacionados con la comisión del delito¹⁰⁴, o cuando se realiza el delito con la llamada condición de “ira e intenso dolor”¹⁰⁵.

Estas especiales condiciones hacen que el juicio de reproche de la culpabilidad sea lo que el legislador bautizo en esta causal, como de “secundaria consideración”, lo que por supuesto debe ser corroborado por el fiscal para la procedencia de esta causal.

1.6.13 Cuando exista una reparación integral en bienes colectivos y garantías de no repetición del hecho.

La causal treceava del principio de oportunidad, señala que este es procedente “cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”¹⁰⁶. De lo que consiga esta causal, se deriva que ésta solo es procedente cuando se está ante delitos que protegen bienes colectivos, los cuales hacen relación a aquellos que no pueden ser divididos y que por ende

¹⁰³ LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 23. Numeral 8

¹⁰⁴ LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 56.

¹⁰⁵ LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 57.

¹⁰⁶ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 13, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2.

son predicables de un grupo de personas, sin que exista la posibilidad de una titularidad específica de los mismos¹⁰⁷.

Asimismo, la causal condiciona la aplicación del principio de oportunidad a tres elementos: que la afectación fuese mínima, que se dé la reparación integral a la víctima y que se garantice la no repetición del hecho. La calificación de la afectación mínima del bien, por ahora descansa en la discrecionalidad de la fiscalía para ello, lo que no significa que esta deba hacerse sin los respectivos soportes probatorios.

La reparación integral es otro de los elementos que señala esta causal. Ahora si bien en principio la reparación integral debe ser realizada de manera colectiva por tratarse de un bien colectivo, ello no significa que cuando estén identificadas las víctimas que hacen parte de dicha colectividad, no deban indemnizarse a éstas en particular, como parte de la reparación integral¹⁰⁸, junto con el daño ejercido de manera colectiva. Al respecto Bedoya, Guzmán y Vanegas presentan el siguiente ejemplo para poder entender cómo opera la reparación integral en este caso particular:

“Cuando se trata de afectación concretas a bienes colectivos como el medio ambiente, es posible que el daño se radique en una comunidad en particular (como cuando se contaminan las aguas y se afecta la pesca, actividad de la que derivan su subsistencia un grupo considerable de personas), la indemnización integral puede hacerse en dos sentidos: en primer lugar, en el proceso de descontaminación y/o en la realización de actividades que contribuyan al mejoramiento

¹⁰⁷ ROBERT ALEXANDER. *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 1994., p. 180.

¹⁰⁸ JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDOÑEZ. *La discrecionalidad para acusar*, 2ª ed., Bogotá, D.C., Edición de la Pontificia Universidad Javeriana, 2007., p. 298.

del medio ambiente. Además, debe procurarse el resarcimiento del daño de las personas directamente afectadas”¹⁰⁹

La última condición es la de no repetición del acto. En principio se entendería que con la obligación de hacer la reparación integral, el sujeto activo tomaría la conciencia de que su actuar es contrario a derecho, y ello sería suficiente para que se considerara garantizado que ello no se repetirá. Sin embargo se considera que es necesario que el fiscal sea precavido en ello y por ende aplique el principio de oportunidad, en la modalidad de suspensión de la acción penal, hasta tanto se tenga la certeza y se verifique la reparación integral y que efectivamente el sujeto no volverá a incurrir en ello y que en el caso de que ello sucediera, se continuará con el proceso penal.

1.6.14 Cuando de la acción penal se deriven problemas sociales.

La causal catorceava del principio de oportunidad, señala lo siguiente:

“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. Quedan excluido en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito”¹¹⁰

El primer elemento de esta causal, comprende que la acción penal sea la que genere problemas de carácter social, y por ello sea justificable prescindir de ésta y siempre y cuando se brinde otra respuesta jurídica a los intereses de las

¹⁰⁹ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ Y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 183.

¹¹⁰ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 14, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2.

víctimas. Al igual que en otras causales, esta requiere como segundo elemento un juicio de ponderación entre las implicaciones sociales de la acción penal, y los beneficios que podrían obtenerse si se prescinde de ésta¹¹¹ dado que un proceso penal, podría en alguna medida afectar aún más la situación social de la que parte¹¹². Esta situación debe contar con un soporte argumentativo tal que soporte la procedencia de la causal.

1.6.15. Cuando la conducta punible se haya hecho en exceso de una causal de justificación.

El principio de oportunidad también es procedente “cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad”¹¹³. Esta causal se encuentra relacionada con el exceso en una causal de justificación. Cuando la persona comete el ilícito dentro de uno de los eventos que considera la ley penal como eximente de responsabilidad por ejemplo la legítima defensa o un estado de necesidad, no puede haber lugar a una sanción penal.

No sucede lo mismo, cuando se trata de un exceso en este tipo de causales, ya que ello no exime de la responsabilidad penal de quien la realiza, principalmente porque se presenta una apreciación errónea que tiene el

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. “(...) Evidentemente no se trata de proteger la impunidad, ni las formas graves de reacción antijurídica que se presentan en las protestas sociales, sino de permitir al fiscal hacer una ponderación entre el interés colectivo implícito en la persecución criminal, de un lado, y el interés también público en restituir la paz social alterada, de otro”

¹¹² JUAN CARLOS FORERO RAMIREZ. *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*, cit., p. 258.

¹¹³ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 15, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2

carácter de vencible respecto del exceso en dicha causal de justificación¹¹⁴. El conocimiento de los límites de la causal de justificación es necesario para determinar si hubo o no una extralimitación en el uso de la misma. El elemento de la desproporción, hace referencia a que no haya correspondencia entre la reacción que en principio se considera justificada y el resultado de ésta, que en definitiva debe ser excesivo frente a lo que se buscaba con ésta.

Por su parte, el texto de esta causal exige que exista un “menor valor jurídico o social que sea explicable desde la culpabilidad”. Aquí vuelve a entrar en juego el análisis del grado de reproche de la culpabilidad, y se las figuras atenuantes de la misma, analizadas en líneas anteriores, de los que se deriva que aunque la conducta que ejerce el sujeto activo es reprochable, ello da lugar a un menor juicio de reproche, en atención a la especialidad de las calidades o de la situación en la que fue cometido, es procedente la aplicación de esta causal. Una explicación más entendible de ello, la da Bedoya, Guzmán y Vanegas en los siguientes términos:

“Si el exceso encuentra una relación, por ejemplo, con el miedo o el temor intenso, una situación de trastorno mental que no exonera, en una situación de ignorancia o marginalidad no inculpante, puede resultar procedente la aplicación del principio de oportunidad. Es por ello que se ha afirmado que quien se excede se comporta culpablemente, aunque puede serlo de manera reducida”¹¹⁵

¹¹⁴ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*, cit., p. 91.

¹¹⁵ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ Y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 196.

1.6.16 Cuando sean entregados bienes para reparación integral de víctimas.

La última causal por la que es procedente el principio de oportunidad es la enunciada señala lo siguiente:

“Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabellitas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización”¹¹⁶

Esta causal está destinada a quienes actúan como testaferros en organizaciones criminales, siempre y cuando estos colaboren con la justicia, mediante la entrega de los bienes que fueron puestos a su nombre, a fin de reparar a las víctima de los delitos cometidos en su contra por la organización criminal. El delito por que el procede esta causal, es el contenido en el artículo 326 del Código Penal, que indica que

“Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes”¹¹⁷

La aplicación de esta causal, se encuentra supeditada al cumplimiento de una condición, la cual comprende la entrega de dichos bienes al Fondo de

¹¹⁶ LEY 906 DE 2004 (31 de agosto). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 324. Numeral 16, modificado por la LEY 1312 DE 2009 (9 de julio). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el Diario Oficial 47.405 el 9 de julio de 2009. Artículo 2

¹¹⁷ LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 326.

Reparación de Víctimas, para efectos de realizar la respectiva reparación a las víctimas. El legislador al expresar que este no era procedente contra jefes, cabecillas, determinadores entre otros, dejó clara su intención de que bajo ninguna circunstancia estos sujetos, podrían ser objeto de aplicación del principio de oportunidad, en atención a la calidad de su condición dentro de los grupos al margen de la ley y de las organizaciones delincuenciales.

CONCLUSIONES.

De lo analizado en este capítulo, se puede concluir que en Colombia el principio de oportunidad es una herramienta a través de la cual el Estado racionaliza la acción punitiva del Estado y la direcciona a una política criminal que se oriente a la investigación y sanción de aquellos delitos que se consideran de gran importancia por su relevancia jurídica y social. Es por ello que este se constituye como una excepción del principio de legalidad.

Su consagración en el ordenamiento jurídico colombiano es taxativo, de lo que se desprende su característica de ser una excepción reglada del principio de legalidad, que solo procede bajo estrictos parámetros. Es por ello que el legislador regula ello mediante la ley 1312 de 2009, brindándole a la fiscalía un marco jurídico de acción de dicha herramienta, a fin no solo de cumplir con la excepcionalidad del mismo, sino para limitar su discrecionalidad en la aplicación de ésta.

CAPÍTULO II. EL MENOR EN EL CONFLICTO ARMADO ¿VÍCTIMA O VICTIMARIO?

Uno de los argumentos a los que se quiere llegar con esta investigación, es que el menor tiene la calidad de víctima y de victimario dentro del contexto del conflicto armado. Ahora el Estado en atención de su función punitiva y del deber de investigar y sancionar todos los delitos que sean de su conocimiento, este se encuentra en la obligación de adelantar la acción penal.

En el caso de los menores que se encuentran sujetos al procedimiento especial que para el efecto trae la ley 1098 de 2006 en cuanto a la responsabilidad de menores, la aplicación del principio de oportunidad es preferente, siempre y cuando sean debidamente reparadas a las víctimas¹¹⁸ y existe voluntad de ambas partes sobre ello. Una de las causales taxativas que establece la ley 1098 de 2006, para la procedencia del principio de oportunidad, es el caso de los adolescentes que son partícipes de los delitos que se cometen en el marco del conflicto armado¹¹⁹.

¹¹⁸ LEY 1098 DE 2006 (8 de noviembre). “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, publicado en el Diario Oficial No. 46.446, el 8 de noviembre de 2006. Artículo 174. “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. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima”.

¹¹⁹ LEY 1098 DE 2006 (8 de noviembre). “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, publicado en el Diario Oficial No. 46.446, el 8 de noviembre de 2006. Artículo 175. “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 al margen de la ley”.

Sin embargo frente a este, se objeta que existe un primer problema de aplicabilidad de este principio, en ese contexto, que se deriva de que el adolescente no solo puede tener la condición de victimario dentro del contexto del lo que causaría un posible problema de aplicabilidad del principio de oportunidad tal y como está planteado en la Ley 1098 de 2006, ya que como indica esta norma el principio de oportunidad se encuentra orientado a los adolescentes como victimarios y no como víctimas, ya que como víctimas, no serían sujetos de la acción penal, por el contrario deberían ser objeto de protección por parte del Estado, antes que sujetos de persecución penal. He ahí el primer cuestionamiento que se realiza al principio de oportunidad para adolescentes participes del conflicto armado.

En ese sentido, el presente capítulo tiene como propósito contextualizar y argumentar porque el menor tiene la calidad de víctima y como afecta ello a la aplicación del principio de oportunidad consignado en el artículo 175 de la ley 1098 de 2006.

2.1 El reclutamiento forzado de menores de edad en el marco del conflicto armado en Colombia.

El reclutamiento forzado de menores en el marco del conflicto armado, es una de las problemáticas que mayor incidencia ha tenido en los últimos años en Colombia, en materia de vulneración de los derechos de estos, como sujetos de especial protección. Como primera medida es necesario saber que se entiende por niño y que se entiende por adolescente. De acuerdo con lo que señala el artículo 3 de la ley 1098 de 2006, se entiende “por niño o niña las personas entre los 0 y 12 años y por adolescentes las personas entre 12 y 18 años”¹²⁰.

¹²⁰ LEY 1098 DE 2006 (8 de noviembre). “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, publicado en el Diario Oficial No. 46.446, el 8 de noviembre de 2006. Artículo 3.

Ahora bien, la consagración de la protección de los niños que para el efecto trae la Constitución Política en su artículo 44 y su posterior desarrollo mediante la ley 1098 de 2006, se encuentra orientada a un solo objetivo: garantizar un desarrollo armonioso del menor y del adolescente, así como el disfrute de sus derechos en su máxima expresión, debiendo el Estado adoptar todas las medidas tendientes a satisfacer dichos derechos, en atención al postulado del interés superior del menor.

Es entonces como el disfrute de la infancia y la adolescencia, se consolidan como una necesidad para que la persona en la edad de la adultez, pueda considerarse como alguien pleno y con un proyecto de vida respetuoso por los derechos de sus semejantes y cimentado en el respeto por las leyes. Sin embargo, el panorama en el caso de los niños, niñas y adolescentes reclutados para los grupos criminales y los grupos al margen de la ley es completamente diferente.

Un niño que es reclutado para delinquir en los grupos al margen de la ley o en organizaciones criminales, difícilmente puede gozar de los derechos que le son reconocidos en la Constitución, en la ley y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Es por ello que hasta cierto punto estos pueden ser considerados como víctimas del conflicto armado, máxime cuando su vinculación se ha hecho de manera coaccionado, y aun cuando ésta se hace de manera voluntaria, se presenta por no existir otra opción de vida diferente que les garanticen sus derechos¹²¹

¹²¹ MANUEL MANRIQUE. "Intervención Manuel Manrique Director Regional UNICEF", en CARLOS ENRIQUE TEJEIRO LÓPEZ (comp.), *Niñez y conflicto armado: desde la desmovilización hacia la garantía integral de derechos de infancia*, Bogotá D.C., Universidad de los Andes, 2002., p. 21. "(...) si bien es cierto que los niños y los jóvenes se encuentran en el conflicto armado, desplazados, desvinculados, amenazados, son víctimas de esa situación social, también los jóvenes menores de edad que hayan infringido la ley son víctimas de una cantidad de carencias, de vulneración de derechos. Si hay que darles trato diferencial, especializado, ambos como tal (desvinculados y chicos infractores) son víctimas".

El negocio de la guerra, ha sido uno de los elementos que mayor influencia han ejercido en la vulneración sistemática de los Derechos Humanos, en especial para la niñez que ha tenido que sufrir el flagelo de la guerra desde hace bastante tiempo, no solo en Colombia sino a nivel global¹²². El rol que han tenido que desempeñar los menores que se encuentran en las filas de los grupos insurgentes ha sido variado. Las mujeres por su condición de serlo, son las que más se han visto afectadas, ya que han sido objeto no solo de vejaciones que en general se sufre dentro de los grupos insurgentes, sino sometidas a abusos sexuales, e inclusive a ejercer de manera coaccionada la prostitución¹²³.

La vinculación de los menores a las fuerzas de los grupos insurgentes, surge casi a la par que con el nacimiento de los grupos armados al margen de la ley en Colombia. La presencia del menor en las filas de los insurgentes ha sido una constante desde la década de los años 60, principalmente por la carencia de personal que apoyara la causa que perseguían estos grupos, y por la falta de financiación de sus actividades ilícitas. La participación de los menores, mientras avanzaba el tiempo, se convertía un fenómeno cotidiano en la guerra colombiana, y con un crecimiento significativo en la década de los 80 y hasta la actualidad¹²⁴

El legislador en atención a este fenómeno en el año 2000 lo tipifica como un delito en su artículo 162¹²⁵, en aras de dar respuesta desde el ámbito del

¹²² MARÍA TERESA DULTI. “Niños combatientes prisioneros”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no. 101, septiembre de 1990, p. 455.

¹²³ SEBASTIAN BRETT. “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”, trad. JUAN LUIS GULLEN, hallable en [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia_ninos.pdf].

¹²⁴ MENORES EN LA GUERRA. “Niños en el conflicto Armado Colombiano”, 24 de abril de 2008, hallable en: [<http://menoresguerra.blogspot.com.co/2008/04/nios-en-el-conflicto-armado-colombiano.html>]

¹²⁵ LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 162. “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez

Derecho Penal a este fenómeno en crecimiento. Ello demuestra como el mismo legislador en el marco de este delito, le da la connotación de ser víctima al menor que participa en el conflicto armado, cuando este ha sido reclutado.

Ahora bien, existen razones de fondo que hacen del uso de menores en la guerra un negocio lucrativo para los grupos al margen de la ley. La primera razón es la versatilidad que tienen estos para pasar desapercibidos dentro de las filas y los combates, la escasa responsabilidad que se le puede atribuir a un menor de edad, en especial cuando éste es menor de catorce (14) años en Colombia, y la facilidad en cuanto a su manutención dentro de las filas¹²⁶.

Las otras razones son de índole cultural y económica. En las zonas rurales, la situación económica y de educación de muchos niños en Colombia aun a la fecha es precaria. En atención a esas condiciones de pobreza, miseria y falta de oportunidad, la vinculación voluntaria u obligatoria de los menores al conflicto armado¹²⁷ es una opción viable e inclusive llamativa para las familiares rurales, desligándose de la obligación de suministrar a los menores los recursos para su manutención, educación, entre otros elementos, que se hacen innecesarios para ejercer acciones de un grupo armado al margen de la ley¹²⁸. En el caso de la vinculación voluntaria, el alistamiento en las líneas de estos grupos criminales, es considerado por el menor como una posibilidad de acceso a oportunidad, al manejo del poder, y a la posibilidad de ejercer una actividad que les genere un lucro.

(10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”

¹²⁶ JEAN CARLO MEJÍA. “Los niños de la guerra”, en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, no. 15, Universidad Militar Nueva Granada, julio de 2005., p. 132.

¹²⁷ SUSAN BRIGETE CASTELLANOS SANTOS. “Análisis del reclutamiento forzado a menores de edad en Colombia: 2005 – 2010”, monografía universitaria, Bogotá D.C., Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2013., p. 45.

¹²⁸ ANALITICA. “Los niños y las niñas combatientes en Colombia – sin derecho a jugar”, 22 de abril de 2008, hallable en: [<http://www.analitica.com/opinion/opinion-internacional/los-ninos-y-las-ninas-combatientes-en-colombia-sin-derecho-a-jugar/>]

Si a ello se le suma la falta de presencia del Estado, en algunas zonas geográficas del país, se obtiene como resultado una vinculación voluntaria en algunos casos a causa de la miseria, y de un reclutamiento forzoso de menores por otro, de grandes proporciones¹²⁹. Estas condiciones precarias en las que se encuentra el menor dentro y fuera de las filas insurgentes, son también elementos que le permiten catalogarse como una víctima, antes que como un victimario¹³⁰. Es un hecho que, si el menor contara con la satisfacción plena de sus derechos, bajo ninguna circunstancia consideraría vincularse a un grupo armado ilegal. Por otro lado, también lo es el hecho de cuando este es reclutado de manera coaccionada, este es obligado a realizar actividades que no quiere y que por ende le da la connotación de ser víctima¹³¹. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Diversas fuentes coinciden en señalar que la gran mayoría de los menores de edad que han sido incorporados a las filas de los grupos armados ilegales lo hacen bajo la apariencia de un “alistamiento voluntario”, y que los casos en los que los menores son materialmente constreñidos a ello son comparativamente pocos. Sin embargo, es claro para la Corte que el carácter “voluntario” de tales alistamientos es

¹²⁹ FRANCISCO JAVIER OCAMPO DUQUE. “Pensamientos, emociones y conflictos. Cómo se vive el conflicto desde la mente, las emociones, las razones y el contexto”, en *Tratamiento de conflictos*, Medellín, Edición de la Universidad de Antioquia, 2005., p. 202.

¹³⁰ Al respecto NATALIA CUELLAR CORTÉS y MARISOL PARRA TURRIAGO. “El menor y el conflicto armado en Colombia”, monografía universitaria, Bogotá D.C., Universidad Católica de Colombia, 2014, p. 28. “La mano de obra infantil es sin lugar a dudas estratégica para los grupos armados ilegales, como para las bandas criminales pues esta es barata y de fácil consecución, los menores son sometidos a procesos de deshumanización en los que se les prepara a asesinar con indiferencia y sin valor ante la vida, son víctimas convertidas en victimarios, es así como la autoría de todos los crímenes cometidos por estos al hacer parte de los grupos alzados en armas recae sobre los mismos quienes los obligan a cometer dichos delitos como entre otros el homicidio, secuestro, extorsión, tortura, etc. (...)”

¹³¹ CIELO MARIÑO ROJAS. *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones sobre las políticas de desvinculación*, 1ª ed., Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 112.

simplemente aparente. El ingreso de los niños, niñas y adolescentes del campo y las zonas marginales colombianas a las guerrillas y los grupos paramilitares es el resultado de la manipulación perversa y engañosa, por parte de los miembros de estas estructuras criminales, de diversos complejos factores de vulnerabilidad y presión materiales y psicológicos a los que tales menores de edad están sujetos. Por ello, el reclutamiento de un menor para incorporarlo al conflicto armado siempre será un acto de carácter coercitivo, en el cual el menor de edad reclutado es la víctima de una forma criminal de manipulación psicológica y social en una etapa de su desarrollo en la cual esta mayormente expuesto a toda suerte de engaños (...)"¹³²

Las labores que deben realizar los menores en el marco del conflicto armado, son diversas, aunque con un factor en común: la violación reiterada de sus Derechos Humanos y fundamentales. Actividades como entrenamientos en el manejo de las armas, labores domésticas forzosas (especialmente en el caso de las niñas), actividades de combate, entre otras, son el diario vivir al que se deben someter los menores de edad que se encuentran o que se encontraban en las líneas insurgentes, que se consideran desconocedoras de los derechos a estos reconocidos¹³³.

Ello por supuesto no acaba ahí. El proceso al que debe verse sometido el menor dentro de los grupos insurgentes es de tal magnitud que puede definir su personalidad y orientarla a una formación en violencia, que difícilmente puede ser desligada en la edad adulta. Las actividades de adaptación hacen que el menor acoja las actividades de los grupos armados al margen de la ley como algo positivo, lo cual viene acompañado de un sistema de incentivos a sus labores, para crear la conciencia de es necesaria su presencia y contribución con la causa que se está llevando a cabo con la guerra y los beneficios que ello podría conllevar para él.

¹³² CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 251-2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 251-2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Lo mismo sucede con las actividades de instrucción y de construcción de un estado emocional, que converja a generar pertenencia del menor al grupo armado ilegal y a la aceptación de sus actividades como algo provechoso y lucrativo. Pero sin duda las actividades de deshumanización¹³⁴, son aquellas en las que se forja en la mente del menor, el desdén y desprecio por los derechos de las otras personas, usando para ello la violencia como medio para hacerle entender al menor que por ese medio, existe la posibilidad de conseguir cosas de manera más ágil¹³⁵. Ahora bien, dentro del reclutamiento forzado de menores existen varios factores determinantes que se pasan a explicar a continuación.

2.2 Factores que influyen en el reclutamiento ilícito del menor.

2.2.1 Factores de índole familiar.

La descomposición al interior de las familias, son una de las causas que contribuyen con el reclutamiento de los menores en el conflicto armado. En algunas ocasiones los mismos grupos familiares, son los que entregan a los menores a los grupos insurgentes, antes las amenazas inminentes contra su seguridad, o por temor a represalias en su contra. El maltrato infantil, el castigo al menor en el seno familiar hacen de la vinculación a los grupos al margen de

¹³⁴ Al respecto, SEBASTIAN BRETT. "Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia", cit., p. 5: "Desde el principio se entrena a los niños reclutados tanto por la guerrilla como por los paramilitares a no tener piedad con los combatientes o simpatizantes del otro bando. Los adultos ordenan a los niños que maten, mutilen o torturen, preparándolos para cometer los abusos más crueles. Los niños no solo se enfrentan al mismo tratamiento si caen en manos del enemigo, sino que también temen a sus compañeros. Los niños que incumplen sus deberes militares o intentan desertar se exponen a una ejecución sumaria por compañeros a veces menores que ellos (...)"

¹³⁵ NATALIA SPRINGER. *Como corderos entre lobos: del uso y reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado y la conspiración criminal en Colombia*, 1ª ed., Bogotá, D.C., 2012, hallable en: [https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informe_comoCorderosEntreLobos.pdf]

la ley una opción para que el menor opte por un proyecto de vida lejos de dichas situaciones de maltrato¹³⁶.

La desarticulación de las relaciones al interior de la familia por el conflicto armado, también ha conllevado a que el menor sea un sujeto de vulnerabilidad para los actores del conflicto armado y las bandas criminales, máxime cuando las condiciones económicas, sociales y culturales en las que se desarrollan no son propicias para su crecimiento normal y para la satisfacción de las garantías mínimas de su desarrollo integral¹³⁷.

2.2.2 Factores económicos y sociales.

Como se ha reiterado en líneas anteriores, los factores sociales y económicos a los que se ven sometidos los niños, niñas y adolescentes que son reclutados por los grupos al margen de la ley, son una de las principales causas que genera dicho fenómeno. La falta de oportunidades laborales, de educación, la situación de marginalidad, pobreza y la presión que estas condiciones ejercen sobre el menor y su familia, hacen del menor un sujeto vulnerable al reclutamiento forzado.

Éste en su afán de superar todas estas adversidades ve la vinculación a estos grupos al margen de la ley como una forma de mejorar sus vidas y de acceder a la satisfacción de sus necesidades, así como obtener dinero de manera fácil para poder sostenerse y sostener a su familia. Ahora bien, la condición emocional de estos menores, es muy débil comparado con aquellos que han tenido la oportunidad de vivir con mayores posibilidades en cuanto a la satisfacción de sus derechos. Ello y el entorno en el que se desarrollan los

¹³⁶ UNICEF. “La niñez en el conflicto armado colombiano”, 2013, hallable en: [<https://www.unicef.org/colombia/pdf/boletin-8.pdf>]

¹³⁷ SANDRA RUIZ CEBALLOS. “Impactos psicosociales de la participación de niñ@s y jóvenes en el conflicto armado”, en MARTHA NUBIA BELLO y SANDRA RUIZ CEBALLOS (edit.). *Conflicto armado, niñez y juventud*, Bogotá, D.C., Universidad Nacional de Colombia, 2010., p. 18.

hacen más propensos a que sean un blanco fácil de persuasión para vincularse a los grupos armados al margen de la ley, o para que cometan acciones delictivas, con la promesa de un mejor futuro. El grado de escolaridad de los menores también es un factor que es trascendental cuando se habla del reclutamiento ilícito, ya que en ausencia de un nivel educativo acorde con su edad o en el peor de los casos con un estado completo de analfabetismo, existe una mayor probabilidad de que el menor se vincule con conductas criminales, a razón de que desconoce sus consecuencias, o conociéndolas no les asigna un valor negativo.

2.2.3 Factores institucionales y/o políticos.

Los factores políticos y sociales, son uno de los elementos que también contribuyen con que los menores sean objeto de reclutamiento forzado. La falta de presencia del Estado en algunas zonas rurales, hacen de la actividad de las guerrillas colombianas, una constante a la que los campesinos y demás habitantes de esas zonas se encuentran habituados. Es así como el reclutamiento forzado, se convierte en una conducta habitual, contra la que las familias no pueden luchar.

El sistema penal actual, también hace que los menores sean una herramienta útil en las filas, principalmente porque la responsabilidad que se deriva de éstos en materia penal es limitada en el caso de los menores de 14 a 18 años, e inexistente cuando se es menor de esa edad. Ello por supuesto, alienta a los grupos al margen de la ley a acudir a menores para combatir y ejercer actividades de apoyo en la insurgencia, sin pensar siquiera las consecuencias que ello deriva para el menor, al limitar las posibilidades de su existencia al ejercicio de diversas formas de violencia, que como se señala en líneas anteriores, implica una vulneración de sus derechos, y un trato prematuro de éstos, como adultos, pasando por alto la construcción de una infancia y una adolescencia saludable, y determinante para su futuro como adultos.

2.2.4 Factores de aceptación.

Por lo general los menores que se alistan en los grupos insurgentes tienen serios problemas de aceptación en su núcleo familiar y social. La violencia es una cotidianidad en su vida, haciéndole creer que el uso de la misma es lo correcto. Ello crea en el menor una predisposición a creer que mediante actos de violencia, puede conseguir sus objetivos. Eso es lo que se denomina como un factor de aceptación, que al interior de los grupos armados, genera una sensación de pertenencia a los mismos¹³⁸, y una necesidad de sentirse identificado con los ideales del mismo. Esa situación, es aprovechada por los grupos insurgentes que ven en ello una posibilidad económica y favorable, de que el menor ejerza toda clase de funciones y vejámenes en contra de otras personas, por complacer los ideales del grupo al que pertenecen, sin pensar en las consecuencias que ello puede acarrearles en todo los aspectos, donde se presentan vulneraciones a sus derechos.

2.3 El marco jurídico de protección de los menores como participes del conflicto armado.

2.3.1 Instrumentos internacionales.

La vinculación de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado, ha sido objeto de regulación tanto por instrumentos nacionales como internacionales. En este acápite se busca hacer un análisis de estas prerrogativas, como elemento normativo del que se pueda desprender la calidad de víctima del menor antes que de victimario.

Desde el punto de vista de la legislación internacional, los referentes más cercanos de protección del menor en el conflicto armado, se encuentran en los postulados del Derecho Internacional Humanitario. La primera referencia se

¹³⁸ SANDRA RUIZ CEBALLOS. "Impactos psicosociales de la participación de niñ@s y jóvenes en el conflicto armado", cit., p. 98.

encuentra dentro del “Convenio de Ginebra de 1949”¹³⁹, que indica en algunas de sus disposiciones la necesidad de protección de los menores de quince (15) años, respecto de los siguientes aspectos: acceso a localidades sanitarias y a la seguridad en estas¹⁴⁰, protección integral de los efectos del conflicto en ausencia de sus familias¹⁴¹, entre otros que los reconocen como sujetos de una posible vulneración de sus derechos en medio del conflicto armado. Los Protocolos adicionales a este instrumento internacional, señalan también la necesidad de protección del menor y de la adopción de medidas especiales de protección para estos a fin de garantizar sus derechos fundamentales como posibles víctimas del conflicto armado¹⁴²

¹³⁹ CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA. Adoptada el 12 de agosto de 1949, ratificada y aprobada en Colombia mediante ley 5 de 1960.

¹⁴⁰ CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA. Adoptada el 12 de agosto de 1949, ratificada y aprobada en Colombia mediante ley 5 de 1960. Artículo 14. “En tiempo de paz, las Altas Partes Contratantes y, después del comienzo de las hostilidades, las partes en conflicto, podrán designar en el propio territorio y, si es necesario, en los territorios ocupados, zonas y localidades sanitarias y de seguridad organizadas de manera que se pueda proteger contra los efectos de la guerra a los heridos y a los enfermos, a los inválidos, a los ancianos, a los niños menores quince años, a las mujeres encintas y a las madres de niños de menos de siete años (...)”

¹⁴¹ CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA. Adoptada el 12 de agosto de 1949, ratificada y aprobada en Colombia mediante ley 5 de 1960. Artículo 24. “Las Partes en conflicto tomarán las oportunas medidas para que los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra no queden abandonados, y para que se les procuren, en todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación; esta será confiada, si es posible, a personas de la misma tradición cultural (...)”.

¹⁴² “PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL”, adoptado el 8 de junio de 1977, aprobado por Colombia mediante ley 171 de 1994. Artículo 4.

Otro instrumento internacional de gran importancia para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, es la “Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989”, constituyendo como el marco jurídico sobre el cual se crea la protección integral de los menores y donde se resalta la necesidad de que los Estados adopten medidas en su derecho interno, a fin de proteger a éstos como sujetos de derecho, en atención al principio del interés superior del menor. Una de las disposiciones que señala este instrumento internacional, es la protección a la infancia que participa dentro de los conflictos armados, y la limita a quince (15) años de edad¹⁴³.

Otro de los instrumentos internacionales que componen este marco jurídico es la “Convención sobre las peores formas de trabajo infantil” de la Organización Internacional del Trabajo, que cataloga como una de “las peores formas de trabajo infantil” el reclutamiento forzado¹⁴⁴, e insta a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para abolir dicha práctica.

¹⁴³ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, aprobada por Colombia mediante la ley 12 de 1991. Artículo 38. “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y a velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. 2. Los Estados Partes adoptaran todas las medidas posibles para asegurar que las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años pero que sean menores de 18 años, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad. 4. De conformidad con las obligaciones emanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado”

¹⁴⁴ CONVENIO C182 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, adoptado el 17 de junio de 1999, ratificado por Colombia mediante ley 704 de 2001, publicada en Diario Oficial 44.628 del 27 de noviembre de 2001. Artículo 3. “A los efectos del presente convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca: a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, también se constituye como un elemento normativo que consagra el reclutamiento forzado como una forma de violencia contra el menor. Es así como lo califica como un crimen de guerra, y por ende de su competencia para juzgar a quien incurra en esa conducta¹⁴⁵.

El “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, señala también con claridad en su artículo 4º que no existe posibilidad alguna de que los menores de edad puedan ser reclutados por los grupos al margen de la ley e indica que es el Estado quien debe adoptar medidas para evitar ello¹⁴⁶

Por supuesto estos instrumentos de protección de los derechos de los menores deben ser armonizados con los derechos que han sido reconocidos dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto

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. (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 y como se definen en los tratados internacionales pertinentes”.

¹⁴⁵ “ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, adoptado por Colombia mediante ley 742 de 2002. Artículo 8. “Crímenes de guerra. (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra” (...) e) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquier de los actos siguientes: Reclutar o alistar menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”

¹⁴⁶ “PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA PARTICIPACION DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000, aprobado por Colombia mediante ley 833 de 2003. Artículo 4. “1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas (...)”

Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros que reconocen en general los derechos inalienables de todas las personas, incluyendo por supuesto también a los niños, como sujetos de estos derechos.

2.3.2 Elementos normativos nacionales.

El desarrollo de estos elementos normativos internacional en el plano nacional, vienen prácticamente desde el reconocimiento constitucional de los niños como sujetos de derecho, así como la elevación de sus garantías como derechos fundamentales y de aplicación inmediata. En ese sentido lo señala el artículo 44 constitucional, que indica:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no se separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”¹⁴⁷

El reclutamiento forzado como se ha señalado en líneas anteriores, es una forma de desconocimiento sistemática de estos derechos, y se constituye en

¹⁴⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 (julio 6). Publicada en la Gaceta Constitucional 116, de 20 de julio de 1991. Artículo 44.

una de las formas de violencia que con mayor severidad desconoce los mismos. De ello se desprende la necesidad de que el Estado dentro de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, realice todos los esfuerzos posibles para evitar que el menor sea una víctima de este tipo de atropellos contra su derecho, y más aún evitar que éste se convierta en un victimario a causa de ello. Posterior a este precepto constitucional en materia de protección del menor, el legislador ha venido desarrollando algunas herramientas legislativas para efectos de proteger al menor contra el flagelo del desplazamiento forzado.

Una de éstas es la ley 418 de 1997 “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Dentro de las medidas de protección, se ratifica lo ya consagrado en la Convención de los Derechos del niño, respecto de la edad para poder hacer parte de las filas militares, con la salvedad de que el Estado colombiano, lo limita a los dieciocho (18) años¹⁴⁸. Además de ello, esta legislación consideraba una penalización del reclutamiento ilícito¹⁴⁹. Esta disposición es luego modificada por el legislador en el año 2000 con la consagración expresa del delito de reclutamiento ilícito como se analizará en líneas posteriores. Sin embargo aún a la fecha se mantiene vigente lo señalado en este artículo, respecto de la no procedencia de beneficios

¹⁴⁸ LEY 418 DE 1997. (26 de diciembre). “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, publicada en Diario Oficial No. 43.201 del 23 de diciembre de 1997. Artículo 13. “Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar (...)”.

¹⁴⁹ LEY 418 DE 1997. (26 de diciembre). “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, publicada en Diario Oficial No. 43.201 del 23 de diciembre de 1997. Artículo 14. “Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años (...)”

jurídicos para quienes hacen parte de grupos armados al margen de la ley que recluten menores de dieciocho (18) años¹⁵⁰.

Luego en el año 2001, el legislador mediante la ley 704 de 2001 “Por medio de la cual se aprueba el “Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, adoptado por la Octogésima Séptima (87a.). Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T., Ginebra, Suiza, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”, donde se cataloga como una de las peores manifestaciones del trabajo infantil, el que desempeñan los menores cuando son reclutados para hacer parte de las filas insurgentes, en donde tienen que verse obligados a ejercer cualquier tipo de trabajo forzoso, o a ejercer delitos, o someterse a abusos sexuales, entre otros elementos, que denigran su condición como ser humano, y vulneran de manera continua sus derechos humanos y fundamentales.

Dentro de las medidas para erradicar el reclutamiento ilícito, el legislador optó por incluirlo en el año 2000 como un tipo penal autónomo, en el artículo 162 de la ley 599 de ese año “Por la cual se expide el Código Penal”, a saber:

“Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”¹⁵¹

¹⁵⁰ LEY 1421 DE 2010. (21 de diciembre). “Por medio de la cual se prorroga la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006”, publicada en el diario oficial 47.930 del 21 de diciembre de 2010. Artículo 5. “El artículo 14 de la ley 418 de 1997, quedará así: Artículo 14. Además de las sanciones penales previstas en el artículo 162 del Código Penal para quienes sean condenados por reclutamiento ilícito de menores de edad, estos no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley”.

¹⁵¹ LEY 599 DE 2000 (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 162.

Con la consagración expresa de este delito, se busca reconocer a los niños, no solo su condición como víctimas de las actividades ilegales de los grupos armados al margen de la ley, sino la ilicitud de dicha conducta y las sanciones que para el efecto, consideró el legislador como prudente para el hecho. Ahora bien el reconocimiento del menor como víctima antes que como victimario en el contexto del conflicto armado lo hace la ley 782 de 2002 “Por medio la cual se prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”, que modificó el artículo 6º de la ley 418 de 1997, señalando lo siguiente:

“Artículo 6º. El artículo 15 de la ley 418 de 1997, prorrogada por la ley 548 de 1999, quedará así:

Artículo 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1º de la ley 387 de 1997.

Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”¹⁵²

(negrillas fuera del texto)

A la fecha esta disposición, aun cuando no se encuentra vigente, explica como el Estado considera a los menores que participan en las hostilidades del conflicto armado: como una víctima antes que como un victimario. Sin embargo en el año 2003, el Congreso vuelve a ratificar la condición de víctima del menor que es reclutado de manera forzosa dentro de los grupos armados al margen de la ley, en la exposición de motivos que precedió a la promulgación de la ley 833 de 2003 “Por medio de la cual se aprueba el

¹⁵² LEY 782 DE 2002 (diciembre 23). “Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”, publicada en el diario oficial 45.043 de 23 de diciembre de 2002. Artículo 6.

“Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000)”, a saber:

“Uno de los factores que contribuye a la deshumanización del conflicto armado es la perversa modalidad de reclutamiento y utilización de los niños en las actividades bélicas o conexas con estas por parte de los actores armados al margen de la ley. **Esta situación de la niñez en el conflicto armado, la convierte en víctima del mismo, por carecer de la suficiente madurez psicológica para comprender el sentido de la actividad bélica y valorar las consecuencias de las implicaciones que tiene involucrarse en la participación de las hostilidades en marco del conflicto armado**”¹⁵³ (negritas fuera del texto)

En atención a ello en el año 2007, la Presidencia mediante el Decreto 4690 de 2007, decide adoptar como medida de prevención de la presentación del reclutamiento forzado una “Comisión Intersectorial”¹⁵⁴, cuya finalidad es la formulación de estrategias y acciones orientadas prevenir la vinculación de niños, niñas y adolescentes a grupos armados ilegales en Colombia. Para efectos de lograr ello, dicha Comisión, articula la gestión de varias entidades del nivel nacional a fin de que de manera conjunta se formulen las políticas públicas que se requieren para contrarrestar desde la prevención la presentación del reclutamiento ilícito. Ahora bien, hechas estas precisiones es clara la condición de víctima que tiene el menor en el contexto del conflicto

¹⁵³ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta del Congreso No. 466/2001. Exposición de motivos Proyecto de Ley 110 de 2001. “Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000)”.

¹⁵⁴ DECRETO 4690 DE 2007. (diciembre 3). “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley”, publicada en el diario oficial 46.831 de 3 de diciembre de 2007.

armado, sin embargo es necesario analizar si esta condición puede llegar a ser una forma de eximirlos de la responsabilidad penal.

2.4 El menor en el conflicto armado ¿de víctima a victimario?

Por víctima se puede entender a aquella persona que sufre cualquier tipo de violencia de manera injusta que signifique una violación de sus derechos, y que con esta vulneración se genere un daño que debe ser reparado. Por su parte se entiende por victimario, aquel que sin justa causa genera un daño a otra persona. En el contexto del conflicto armado, podría decirse que el menor tiene esta doble connotación, tanto de ser víctima como de ser victimario.

Ello se presenta en la medida en que éste, es reclutado ilícitamente en las filas de los grupos armados al margen de la ley (víctima), y en el desarrollo de sus actividades al interior del grupo ilegal, puede llegar a cometer conductas punibles (victimario). En el actual contexto de desmovilización masiva y de los acuerdos de paz que se han venido desarrollando, el análisis de la responsabilidad penal de los menores involucrados en el conflicto armado, deviene de tres situaciones diferentes. La primera de ellas, es el caso en que el menor que se desmoviliza sea menor de catorce (14) años o siendo mayor de esa edad y menor de dieciocho (18) años sufran de alguna discapacidad psíquica o mental, en cuyo caso no habría lugar a una responsabilidad penal de acuerdo con lo preceptuado para el efecto por el Código de Infancia y Adolescencia¹⁵⁵.

¹⁵⁵ LEY 1098 DE 2006. (noviembre 8). "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", publicado en el Diario Oficial 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 142. "Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de la libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. (...) Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de

La segunda de ellas, es el evento en que quien se desmovilice o quien es juzgado como miembro de un grupo armado al margen de la ley u organización criminal que tiene entre catorce (14) y dieciocho (18) años, y tercero quienes habiendo cometido conductas punibles siendo adolescentes, se desmovilizan o tienen la edad de dieciocho (18) años.

Para el caso que ocupa esta investigación, el rango sobre el que puede aplicar la calidad de víctima/victimario es la que de aquellos adolescentes que cometieron delitos en el seno del conflicto armado, es decir aquellos que se encuentran entre los catorce (14) y dieciocho (18) años, que han tenido un proceso de formación dentro del grupo armado desde su reclutamiento hasta la fecha en que se desmovilizan o que son capturados por las autoridades, y sujetos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Ahora bien, como se ha dicho en líneas anteriores, la calidad de víctima de estos niños, se deriva de su condición de ser reclutados de manera ilícita para hacer parte de los grupos armados al margen de la ley y realizar toda clase de actividades que van desde las domésticas hasta la comisión de crímenes de lesa humanidad. Su condición de víctimas se hace aún más notoria, si se piensa que el menor y adolescentes ha tenido que pertenecer a estos grupos, e inclusive crecer en éstos, en algunos casos hasta la adultez¹⁵⁶, forjando un proyecto de vida permeado por la violencia que coaccionados han tenido que ejercer, en atención a la forma como son vinculados a estos grupos

seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad”.

¹⁵⁶ NATALIA SPRINGER. *“Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia”*, cit., p. 27. “Los resultados de ese ejercicio son concluyentes al señalar que: **el 52,3% de los combatientes adultos afiliados al ELN ingresó a las filas de este grupo armado siendo niño. El 54,14% de los combatientes ADULTOS en las FARC ingreso a las filas de este grupo armado siendo niño. El 38,12% de los combatientes ADULTOS en las Autodefensas Unidas de Colombia ingresó a las filas de grupo armado siendo niño. (...)**” negrillas originales del texto.

insurgentes, o en algunos casos donde su vinculación es voluntaria, instigados a ello por sus condiciones extremas de pobreza, marginalidad, entre otras.

En el particular contexto del conflicto armado, no puede hablarse de la situación de los menores solo como víctimas o victimarios, ya que en ese escenario las dos calificaciones convergen y determinan su existencia en una relación que podría decirse, parte de la causalidad¹⁵⁷. Ahora bien, ello no significa que todos los menores que hacen o hacían parte de los grupos insurgentes tengan esa doble connotación, ya que puede que estos a pesar de haber sido vinculados de manera forzosa a estos grupos no hubieran ejercido ningún tipo de acción penal, por la labor que desempeñaban dentro de éste¹⁵⁸, en cuyo caso, estaríamos solo frente a un menor víctima del conflicto armado. La determinación de si el menor tiene la connotación de ser una víctima o un victimario depende entonces de la forma como es catalogado el menor en cada caso concreto, y de la forma como ha sido utilizado el grupo armado al margen de la ley y las actividades que ha realizado.

Ahora bien, el ámbito que le interesa al Derecho Penal, se encuentra centrado en connotación que tiene el menor de pasar a ser víctima a ser victimario, ya que es en la transformación de una condición a la otra de donde se origina el reproche penal, pero a su vez en donde se origina discusión de si este es necesario o no en atención a las condiciones en las que se efectuó la conducta ilícita¹⁵⁹. En esta discusión como elemento central de la responsabilidad o no responsabilidad del menor, se centra como punto álgido el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, frente a los delitos cometidos por los menores partícipes del conflicto armado.

¹⁵⁷ KIERAN MCEVOY y KIRSTEN MCCONNACHIE. "Victimology in transitional justice: victimhood, innocence and hierarchy", en *European Journal of Criminology*, No. 9, 2012, p. 532.

¹⁵⁸ Piénsese por ejemplo en el caso de un menor que estuviera dedicado exclusivamente a labores domésticas.

¹⁵⁹ DAVID GALCERÁ. "Primo Levi: contra la asimilación de la víctima al verdugo", octubre de 2013, hallable en: [<http://www.proyectos.cchs.csic.es/fdh/sites/default/files/1-5%20Galcera.pdf>].

Lejos de ser una discusión terminada, son claras aun las posiciones de que no puede catalogarse del todo al menor como un victimario, en aras de no desconocer los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por éstos, ya que cada caso particular, conlleva sus propias características, de lo que se deriva que la generalidad de éste como victimario, lejos de ser una constante o una presunción, debe ser una excepción¹⁶⁰, por las especiales condiciones en las que ingresan y los factores que fueron analizados en líneas anteriores¹⁶¹.

Esta discusión ha sido abordada por varios precedentes jurisprudenciales, todos bajo la misma línea de argumentación, de que el menor a pesar de ser víctima del delito de reclutamiento forzado, también es sujeto de responsabilidad penal cuando en el curso de su estancia en las filas insurgentes hubiese cometido delitos. En ese sentido lo argumenta la Corte Suprema de Justicia, al señalar lo siguiente:

¹⁶⁰ Al respecto, JULIANA SOLANO PLATA. *Justicia retributiva para ex niños soldado*, monografía universitaria, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes, 2014., p. 26 – 27. “Procesar a un niño soldado entre los 14 y 18 años implica una serie de individualizaciones importantes en el debido proceso, teniendo en cuenta que se trata de menores de 18 años. Los niños soldados no tratan de enviar un mensaje a sus víctimas sobre un fundamento político, por el contrario, solo están tratando de sobrevivir. Otro de los argumentos que defiende la no judicialización y trato como víctimas de los niños soldado afirma que se trata de personas que con secuestradas o se encuentran por debajo de los 15 años de edad y por esa razón no deben ser juzgados como criminales de guerra, deben ser tratados estrictamente como víctimas. Sin embargo, es importante tener en cuenta que los menores de edad son reclutados para actuar como combatientes y cometer crímenes en nombre del grupo armado, y los que ingresan voluntariamente lo hacen porque no ven opción diferente para poder sobrevivir”.

¹⁶¹ JULIANA SOLANO PLATA. *Justicia retributiva para ex niños soldado*, cit., p. 35. “Al culturizar los valores bélicos en Colombia se configura un catalizador para el ingreso de los menores de edad como combatientes al conflicto armado. Esto hace que al ingresar al grupo armado los menores de edad ya tienen cierta afinidad con las armas, conflicto, uso de uniformes y autoridad. A pesar de esto, en la mayoría de los casos una vez adentro del grupo armado, al darse cuenta los malos tratos, actos inhumanos, el poco contacto con sus familias y torturas a las que son sometidos, los niños soldado no tienen otra opción que mantenerse dentro de las filas debido al riesgo que corren por desertar de las mismas es la muerte, nunca son vistos como niños, sino como guerrilleros independientemente de su edad. (...)”.

“Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales - muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente “voluntaria” -, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas – y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales)”¹⁶²

Ahora bien la Corte Suprema es clara al decir, que aun cuando los menores infractores en el conflicto armado, tienen que sancionados de acuerdo con lo que para el efecto indica la ley 1098 de 2006 frente al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, esta investigación y sanción debe ser acorde con la situación especial del menor en cada caso concreto¹⁶³, en

¹⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de diciembre de 2012, Exp. 38222. M.P.: José Leónidas Bustos Martínez.

¹⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de diciembre de 2012, Exp. 38222. M.P.: José Leónidas Bustos Martínez. “La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado

especial cuando estos han sido víctimas de delitos como el reclutamiento forzado, de donde se desprende la comisión por parte de éstos de muchos delitos, sin que existiera una culpabilidad real en ello, como se explicará en líneas posteriores.

El Tribunal Superior de Bogotá en su sala de justicia y paz, también ha señalado los efectos que hacen determinar que el menor que hace parte de las filas de los insurgentes es también una víctima de dichas situaciones, a saber:

“(…) la dimensión emocional es una de las más afectadas, hasta el punto de resultar fragmentada la identidad del menor. Son pocos los menores que luego de su desvinculación logran terminar el bachillerato, o pueden llegar a ser profesionales; hay problemas de aceptación en las mismas comunidades; igualmente se presenta estrés post traumático, pérdida de control que tiene una persona frente a un hecho violento; los olores e imágenes traen a la memoria terror y miedo, sufren de dolores de cabeza constantes y sin causa aparente, dolor de estómago y otros. Hay síntomas psicológicos como reviviscencia repetitiva del hecho lo

como determinadores de su conducta – entre otras bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad (…)”

cual perturba las actividades diarias, se dan conductas de evasión o insensibilidad emocional (...)"¹⁶⁴

Los efectos que produce el conflicto armado y el reclutamiento forzado de los menores, es una clara demostración de que estos antes que ser victimarios, son víctima de estos vejámenes y que generan daños aún más permanentes y de mayor entidad (por ser sujetos de especial protección) que incluso los que estos pudieron causar con sus actividades delictivas.

La Corte Constitucional, al respecto también ha sentado un precedente significativo para los menores infractores de la ley penal, en el contexto del conflicto armado, aduciendo que aun cuando estos son víctimas del delito de reclutamiento forzado, ello no es causa suficiente para que sean eximidos de la responsabilidad penal, que se deriva de sus actos delincuenciales al interior de las organizaciones al margen de la ley, a saber:

“Lo que es claro para la Corte, es que la exclusión *ab initio* y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores combatientes no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el de reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas conductas punibles desarrolladas

¹⁶⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 30 de agosto de 2013, Exp. 110016000253200680012. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López.

por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados – los derechos de las víctimas – que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades”¹⁶⁵

La Corte Constitucional, en otro de sus pronunciamientos reconoce nuevamente la condición de víctima del menor, en el contexto del conflicto armado, y señala que esta condición no se pierde aun cuando el menor se hubiere desmovilizado siendo mayor de edad¹⁶⁶. Con estos precedentes

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-253A de 2012. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “Así la Corte ha puntualizado que el Derecho Internacional Humanitario, claramente aplicable al conflicto armado interno colombiano, obliga al Estado a proporcionar a los niños, niñas y adolescentes una especial protección frente a las graves violaciones de sus derechos fundamentales derivadas de la confrontación. Ha destacado la Corporación que los niños, niñas y adolescentes están expuestos a *riesgos especiales* en el marco del conflicto armado – v.g. los riesgos (i) ser víctimas de crímenes individual y deliberadamente cometidos contra su vida e integridad personal por los actores armados, (ii) de reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales, (iii) ser víctimas excesivamente frecuentes de mina antipersonal y material bélico sin explotar, (iv) de ser incorporados a los comercios ilícitos que soportan a los grupos armados ilegales, (v) de ser víctimas de los alarmantes patrones de violencia sexual contra niñas y adolescentes –y también contra niños-, y (vi) de soportar las estrategias de control social de los grupos armados ilegales que operan en amplias zonas del país, las cuales llevan implícitas pautas de control que restringen y ponen en riesgo a los menores de 18 años-. Ha dicho también la Corte que es un hecho comprobado que el reclutamiento forzado de menores de edad –niños, niñas y adolescentes- es una práctica criminal en la que incurren en forma extensiva, sistemática y habitual los grupos armados ilegales que toman parte del conflicto armado en Colombia, tanto guerrillas como paramilitares. En ese contexto, el alcance de la ley es el de que los menores desmovilizados en condición de tales son reconocidos *per se* como víctimas. Cuando la desmovilización sea posterior a la mayoría de edad, no se pierde la condición de víctima, derivada, en primer lugar, de la circunstancia del reclutamiento forzado, pero en ese caso se impone acreditar ese hecho y acceder los programas especiales de desmovilización y de reinserción, en los cuales será preciso que se adelante una política

jurisprudenciales, se puede entonces decir que el menor en el conflicto armado tiene en definitiva una connotación de víctima, pero que, a pesar de ello, de sus actuaciones delincuenciales al interior de los grupos armados al margen de la ley se desprende una clara responsabilidad penal. Ello en atención a que no es posible desconocer los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por éstos, con el argumento de que son víctimas del conflicto armado.

De ello se deduce entonces, que el menor tiene la calidad de víctima y victimario sujeto a las sanciones penales que para el efecto, consagra el Código Penal, con la salvedad de que estas deben ser acordes con los postulados indicados en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, en especial en lo relacionado con las garantías que estos tienen por ser sujetos de especial protección.

Conclusiones.

Los menores han sido una de las poblaciones que con mayor grado de afectación en el conflicto armado, en especial aquellos que se encuentran en las zonas rurales, que en mayor medida se han visto expuestos al flagelo de la guerra. Una de las peores formas de afectación de sus derechos fundamentales se ha presentado mediante el fenómeno del reclutamiento forzado o reclutamiento ilícito como lo define el Código Penal.

Este delito ha sido una constante dentro de los grupos armados al margen de la ley, que han optado casi desde su formación por la vinculación de menores de edad a sus filas insurgentes. Este reclutamiento se presenta por varios factores, dentro de los que se resaltan la falta de oportunidades en materia educativa y laboral, situaciones de marginalidad y de pobreza extrema, familias

diferencial, que tenga en cuenta la situación de los menores y las limitaciones que tienen para abandonar los grupos al margen de la ley”.

disfuncionales, situaciones de violencia doméstica, falta de presencia del Estado, entre otros elementos que condicionan al menor y lo hacen más susceptible de este tipo de reclutamientos.

En principio existen dos formas en que se presenta este reclutamiento ilícito: de forma voluntaria y forzada. Ahora el término “voluntaria” según lo analizado en este capítulo, pierde todo su significado si se piensa que el condicionamiento para esa voluntad de pertenecer a un grupo armado ilegal, es precisamente una situación adversa, que afecta al menor en el plano social y familiar, de lo que se desprende que su voluntad de alguna manera esta coaccionada a pertenecer a estos grupos ilegales, para aliviar en alguna medida esas carencias.

Es así como la vinculación “voluntaria” del menor a los grupos insurgentes, lejos de ser determinada por una convicción íntima que se ajuste con los ideales y propósitos de estos grupos, se presenta como una forma alternativa de subsistencia. En el caso del reclutamiento forzado, la situación del menor es aún peor, principalmente porque además de verse constreñido a abandonar su núcleo familiar para ejercer actividades bélicas, debe someterse a toda clase de violaciones a sus Derechos Humanos y fundamentales¹⁶⁷.

Los efectos que produce el reclutamiento forzado en el menor, son de tal entidad que le pueden condicionar su proyecto de vida e influenciar su desarrollo y comportamiento en la etapa de la adultez. La costumbre de vivir en contextos de violencia, crea en el menor la conciencia de que el uso de la fuerza y la vulneración de los derechos de las otras personas, es una forma ágil de obtener algún provecho o beneficio. Ello a medida que se forja el carácter del menor, determina su comportamiento al punto tal que ve las actividades criminales como una opción o un proyecto de vida, y del que difícilmente puede desprenderse.

Así también los efectos psicológicos e inclusive físicos que deja la guerra en los menores reclutados ilícitamente, hacen que éste difícilmente pueda

¹⁶⁷ Ello por supuesto también se presenta en el reclutamiento “voluntario”

desarrollarse de manera armónica e integral como menor, y le condicionan a alejarse de un crecimiento sano y al goce de sus derechos fundamentales. Todos estos elementos, hacen del menor una víctima del conflicto armado, que merece especial atención por el Estado, principalmente por su deber de protección y asistencia a los menores y el deber de garantizarles en toda circunstancia el goce efectivo de sus derechos.

Ahora bien, en el contexto del conflicto armado, el menor en el desarrollo de sus actividades al interior de la organización criminal, puede incurrir en la comisión de conductas punibles, bien sea por su voluntad o por una coacción insuperable, que le obligue a hacerlas. En ese contexto, el menor participe del conflicto armado, tiene una doble connotación. Primero es considerado como víctima del delito de reclutamiento ilícito por las condiciones de vulneración sistemática de sus derechos en el seno de la organización. Segundo como victimario, en la medida de que ha podido cometer ilícitos penales, que necesariamente deben ser reparados.

En principio podría decirse que por el hecho de que el menor ha sido una víctima del conflicto armado en general y en específico del delito de reclutamiento ilícito, y que todas sus actuaciones se realizaron de manera coaccionada por la dificultad de desvincularse de las actividades delictivas del grupo amado, so pena de ser castigados por ello, inclusive con la pena de muerte¹⁶⁸. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, al respecto han señalado que aun cuando los menores también son víctimas del conflicto armado, ello no es una causa suficiente para evitar que contra estos se pueda endilgar una responsabilidad de tipo penal, cuando en el marco del conflicto armado, estos han incurrido en la comisión de tipos penales, en atención que

¹⁶⁸ NATALIA SPRINGER. *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, cit., p. 26. “Aunque la cifra de desmovilización de niños es baja (promedio actual es de 21 por mes), hay que considerar que la **deserción de un grupo armado ilegal es una decisión de vida o muerte** en la que muchos niños y niñas perecen, bien porque las condiciones de huida son insuperables o porque son recapturados y dados de baja por traición”

no es posible desconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, de los delitos cometidos por éstos.

En razón a ello, los menores participes del conflicto armado en la actualidad deben someterse a un juzgamiento por los hechos cometidos por éstos dentro del conflicto, en especial aquellos relacionados con crímenes de lesa humanidad. Hechas estas precisiones es necesario analizar cómo opera el principio de oportunidad en este especial contexto y si el mismo puede ser aplicado tal y como está consignado en el artículo 175 de la ley 1098 de 2006.

CAPITULO III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA MENORES PARTICIPES DEL CONFLICTO ARMADO: SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA Y PROCEDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

3.1 Principio de oportunidad y su aplicación en el “sistema de responsabilidad penal para adolescentes”.

El principio de oportunidad, su aplicación y causales, le son aplicables al sistema de responsabilidad penal para adolescentes. A diferencia del régimen de responsabilidad penal para adultos, el principio de oportunidad cuando se trata de menores infractores, es de aplicación preferente y no excepcional¹⁶⁹. El status de preferente de este principio se deriva del carácter de prevalencia de los derechos de los niños que se deriva de lo consignado en el artículo 44 y 13¹⁷⁰ constitucional, y de la obligación del Estado de orientar todas sus acciones a garantizar sus derechos y a que éstos estén lejos de entornos o de comportamientos que lejos de buscar su protección, sean constitutivas de vulneración de sus derechos.

En esa medida la acción penal en el caso de las conductas delictivas cometidas por menores infractores, debe ser la excepcionalidad, debiendo el

¹⁶⁹ LEY 1098 DE 2006 (noviembre 8). “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Artículo 174. “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. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima (...)”

¹⁷⁰ CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991. Artículo 13. “(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

Estado adoptar medidas de carácter pedagógico y de protección, antes que represivas de los derechos fundamentales del menor, en atención a su especial condición de ser sujeto de derechos prevalentes y por ende acreedor de una protección especial del Estado. El enjuiciamiento del menor, debe ser entonces una de las últimas opciones para el Estado, debiendo prevalecer siempre y en todo momento mientras sea posible, el tratamiento alternativo de los menores que no implique la limitación de goce de alguno de sus derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también lo concibe así y por ello señala lo siguiente:

“Para los fines de esta Opinión Consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante (*infra* 135 y 136); “siempre que se apropiado y deseable se [adoptaran medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (artículo 40.3b de la Convención sobre los Derechos del Niño)”¹⁷¹

De otro lado, la preferencia de aplicación de este principio en el régimen de responsabilidad del menor infractor, se desprende de la necesidad de evitarle

¹⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva*, del 28 de agosto de 2002, serie OC No. 17.

al menor en la medida de lo posible y en especial en delitos con una significancia social y jurídica y menor el acudir a un juicio penal, principalmente por considerarse que ello podría generar en el menor un daño excesivo y una limitación innecesaria de sus derechos, en especial cuando se pretende la reclusión de estos, en centros asistenciales.

Es por ello que la tendencia actual, es la de la mínima judicialización de los menores. Ello ha sido inclusive considerado por instrumentos internacionales como la “Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁷² y las “Reglas de Beijing”¹⁷³, que buscan siempre la solución del conflicto que se suscita con la conducta del menor por medios alternativos que no impliquen una sanción penal¹⁷⁴. Estos preceptos fueron recogidos por el legislador en el año 2006 con el establecimiento de la procedibilidad del principio de oportunidad como

¹⁷² CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, aprobada por Colombia mediante la ley 12 de 1991. Artículo 40. “(...) 3. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán los derechos humanos y las garantías legales (...)”

¹⁷³ REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES. Adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985. Regla 11. “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para los juzguen oficialmente”.

¹⁷⁴ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMAN DÍAZ y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 250. “De ahí que *“la decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal”*. Entonces, corresponde al fiscal considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria. La propuesta puede traducirse en la adopción de medidas encaminadas a suspender el procedimiento penal de los niños y las niñas, al que se pondría fin si la medida se ha cumplido satisfactoriamente”.

preferente en el “sistema de responsabilidad penal para adolescentes”, en aras de buscar en la medida de lo posible la abstención de la acción penal contra el menor infractor, y en su lugar la adopción de medidas de protección tendientes al restablecimiento de sus derechos y a su formación integral fundada en el respeto por los otros¹⁷⁵. En atención a esa prevalencia del principio de oportunidad, el fiscal es el encargado de analizar la procedencia de las causales indicadas en el primer capítulo, cuando el sujeto activo del delito es un menor, y de la selección de aquellas que se ajusten con el procedimiento especial y diferenciado que previó el legislador para el “sistema de responsabilidad penal para adolescentes”.

3.2 La aplicación del principio de oportunidad para los menores participes y/o desmovilizados del conflicto armado.

El legislador previendo la especial situación de los menores que participan en el conflicto armado, le dio un trato específico a la procedencia de éste, cuando el sujeto activo del delito es un adolescente. En esa medida en el artículo 175 del “Código de Infancia y Adolescencia”, señala lo siguiente:

“Artículo 175. El principio de oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como participes de los delitos 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

¹⁷⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 234/06. Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley 215 de 2005 (senado), 85 de 2005 (Cámara). “(...) Desde luego no se nos escapa que la modernidad ha traído un desarrollo precoz de personas que a los catorce (14) años ya saben todo sobre la vida, incluso ya son padres o madres. Por eso proponemos una gradualidad que protege al adolescente, pero también define a la sociedad. Nos parece que los menores de catorce (14) años deben estar por fuera del sistema penal propuesto; que los adolescentes entre catorce (14) y dieciséis (16) años pueden ser responsables penalmente, pero las sanciones a ellos impuestas no deben ser vindicativas, como por ejemplo el encarcelamiento, y que en estos casos la aplicación del principio de oportunidad debe ser la regla (...)”.

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, coacción y constreñimiento.

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.

Parágrafo. 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 de acuerdo con el Estatuto de Roma¹⁷⁶

Como lo señala la Corte Constitucional¹⁷⁷, los menores que participan o participaron en el conflicto armado, además de ser víctimas pueden tener la connotación de ser victimarios, cuando han cometido conductas punibles con ocasión de su vinculación a estos grupos insurgentes. El principio de oportunidad en este caso particular, fue adoptado por el legislador en aras de

¹⁷⁶ LEY 1098 DE 2006 (noviembre 8). "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia". Artículo 175.

¹⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

evitar una mayor afectación al menor, al someterlo a una judicialización que haría más gravosa su situación de víctima y que en alguna medida, contribuiría a una estigmatización de éste como delincuente y como alguien que contribuyo con actividades de guerra tan despreciables por los altos índices de victimas que ha generado en la actualidad. De acuerdo con lo indica este artículo la modalidad por la que opera el principio de oportunidad es mediante la renuncia a la acción penal. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que el fiscal en atención al caso concreto pueda acudir a la suspensión o interrupción de la acción penal¹⁷⁸.

3.3 El principio de oportunidad y la condición de víctima del menor participe del conflicto armado.

Aun cuando pareciese que la discusión sobre la procedibilidad del principio de oportunidad en el contexto del menor cuando es considerado por víctima, ha sido zanjada por lo enunciado por la Corte Constitucional en la sentencia C – 203 de 2005, se considera que la misma aún puede ser analizada desde otras perspectivas.

Es claro que el menor en el contexto del conflicto armado, tiene la doble connotación de ser una víctima y en el caso de que delinca en un victimario. Aun cuando esto es claro, no lo es la ponderación que debe hacerse de estos dos elementos. Con ello se refiere a que prima más en el contexto de un proceso penal, ¿Qué el menor sea víctima o victimario? En principio podría decirse que primaria más la condición de víctima del menor. Sin embargo, ello de cara a los derechos de las víctimas de delitos cometidos por éste, sería abiertamente desconocedor de éstos. Esa fue la preocupación inicial que tuvo la Corte Constitucional, cuando decidió sentar el precedente de que aun cuando el menor ha sido víctima del delito de reclutamiento forzado, ello no le

¹⁷⁸ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMAN DÍAZ y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 264.

exime de su responsabilidad penal, en atención a la necesidad de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la justicia.

En atención a ello, el legislador optó por señalar como una medida de protección de los derechos del menor, la procedencia preferente del principio de oportunidad en los procesos penales, con excepción de aquellos delitos que sean considerados de lesa humanidad. Ahora bien, el contexto del delito de reclutamiento forzado, tiene una connotación de especial relevancia, y es la coacción con la que se realiza el mismo, las actividades de barbarie que implica estar en el seno de un conflicto armado, y ejerciendo diversas formas de violencia de manera obligada.

En este contexto, entra entonces la discusión respecto de si la realización de las conductas de los menores durante su pertenencia en las filas insurgentes es voluntaria o coaccionada, ya que de eso también depende su determinación como sujeto activo de una conducta punible, en atención al juicio de culpabilidad que se debe hacer para efectos de determinar la responsabilidad penal. En principio podría decirse que los actos que cometen los menores que están inmersos dentro del delito de reclutamiento forzado son totalmente coaccionados, no solo por que quienes lo reclutan ejercen una sujeción prologanda en éstos, sino por la forma en la que estos se vinculan al grupo insurgente que en definitiva es coaccionada por una u otra circunstancia externa (coacción mediante violencia o vinculación “voluntaria” mediada y coaccionada por situaciones de adversidad económica, social, familiar o de cualquier índole)¹⁷⁹.

¹⁷⁹ NATALIA SPRINGER. *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, cit., p. 9 - 10: “De manera contundente, en el presente informe se concluye que la autoría y plena responsabilidad de estas graves violaciones masivas y generalizadas a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, recae, no sobre individuos, sino sobre grupos armados ilegales y organizaciones criminales identificadas y conocidas: las FARC, el ELN, las bandas criminales (BACRIM), y los grupos paramilitares, que han establecido la práctica del reclutamiento y uso de los niños y las niñas dentro de sus objetivos estratégicos como parte de una política

El elemento que hay que entrar a analizar con sumo cuidado, en este contexto del reclutamiento forzado es el de la voluntad. Si se parte de que el menor en ningún momento de su vinculación (ni antes ni después) al grupo armado al margen de la ley ha actuado con voluntad, y que por ende los delitos cometidos por éste no se refieren a su voluntad sino a la imposición de la comisión de estos de manera coaccionada, se podrían entrar en el plano de una posible inexistencia de responsabilidad penal, que no se deriva de ser víctimas como tal del delito (ya que ello ya fue abordado por Corte Constitucional), sino como personas coaccionadas y por ende desprendidas de su voluntad e instrumentalizados o tratados como objetos bélicos, aprovechándose de la limitación que existe en las condiciones desfavorables antes del reclutamiento y por supuesto mientras este se presenta¹⁸⁰.

Bajo ese entendido se podría decir entonces que el menor que actúa dentro del marco del conflicto armado, y que ha sido reclutado de manera ilícita, ejerce

metódica, sistemática, deliberada, dirigida contra una población en situación de extrema vulnerabilidad y que golpea, especialmente, a los grupos indígenas. En ningún caso, en el reclutamiento media la voluntad de los niños y las niñas. El reclutamiento no puede calificarse como un acto voluntario. Aun en los casos en que se ve facilitado por la vulnerabilidad social y económica de los afectados, de ninguna manera tendría lugar sin la existencia de un conflicto armado, cuya violencia produce dinámicas que alienan todos los derechos y las libertades de las comunidades sometidas y arrastra consigo, especialmente, a los más vulnerables”.

¹⁸⁰ CARLOS ALBERTO OROZCO GÁRCES y MARTHA CONSUELO VÁSQUEZ RANGEL. “Improcedencia del principio de oportunidad en la ley de infancia y adolescencia”, monografía universitaria, Bogotá, D.C., Universidad Militar Nueva Granada, 2014., p. 12. “Estas ideas introducen una perspectiva del conflicto, según la cual, los menores que participen en las hostilidades o que pertenezcan a grupos al margen de la ley siempre habrán de ser considerados víctimas pues son reclutados a la fuerza y sus derechos se ven comprometidos por dicha situación. No se podría hablar de un menor que se hace parte del conflicto por su ideología política o por tener ideales revolucionarios, simplemente porque estos no se encuentran en la capacidad de comprender la dimensión de los mismos (...). Los menores miembros de grupos ilegales, en consecuencia, se consideran reclutados de manera forzosa, son instrumentalizados por los grupos insurrectos, pues estos se aprovechan de la situación de desequilibrio social, económico y político en la que se encuentran los niños para reclutarlos y de esta manera aumentar su número de limitantes”.

sus acciones en atención a una “insuperable coacción ajena”, que de acuerdo con la legislación penal se constituyen en una eximente de responsabilidad¹⁸¹. Estas dos situaciones se pueden derivar del hecho de que en las filas insurgentes el desacato a las órdenes que dan quienes se encuentran al mando, vienen acompañadas de amenazas contra la integridad personal del menor, o en el peor de los casos contra su propia vida, lo que hace parte del entrenamiento que reciben y la deshumanización a la que se ven sometidos¹⁸².

El miedo a la represalia es el que a la final determina su conducta dentro del ilícito penal. En ese orden de ideas, aun cuando el delito que comete el menor en el seno del conflicto armado, revierte todas las características de una conducta sancionable desde la óptica del derecho penal, el reproche de la antijuridicidad se desvirtúa por la condición en la que se ejerce el ilícito. Como bien lo señala Velásquez, existen eventos en que no es posible realizar un juicio de reproche, donde las condiciones de orden personal, cultural o social justifican la comisión del delito son las que determinan su comisión, e inciden de tal manera que el sujeto activo no puede determinar su conducta de una manera diferente¹⁸³.

¹⁸¹ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 32. “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 8. Se obre bajo insuperable coacción ajena. 9 (...)”.

¹⁸² NATALIA SPRINGER. *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, cit., p. 41. “Como parte de la instrucción, los jóvenes reciben duros castigos, especialmente rigurosos con los más débiles, los que cuestionan las ordenes o los que manifiestan alguna solidaridad con sus víctimas. El 98% de los niños y niñas reportó haber sido maltratado permanentemente, forzado a presenciar atrocidades o a ejecutarlas con particular sevicia como parte del entrenamiento, y el 76% experimentó o presenció castigos ejemplares que erradicaron, por la vía del terror, cualquier voluntad de escapar, disentir o resistirse al proceso al que estaban siendo sometidos”.

¹⁸³ FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Medellín, Editorial Comlibros, 2007., p. 414.

Así las cosas, la represalia que puede recibir el menor cuando no ejecuta el ilícito penal, significa lo que Arboleda y Ruiz, consideran como un constreñimiento, que consiste en la advertencia de la ocurrencia de un resultado adverso para su integridad, por no ejecutar cierta acción u omisión¹⁸⁴. La Corte Suprema de Justicia al respecto señala lo siguiente:

“Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, la insuperable coacción ajena como causal de ausencia de responsabilidad prevista por el artículo 32, numeral 8º, de la ley 599 de 2000 (antes causal de inculpabilidad de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 100 de 1980), para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible generada por un tercero, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado.

Dicho de otra manera, la insuperable coacción ajena supone la existencia de una ‘vis compulsiva’, es decir, que la persona no procede, porque es actuada, es perfectamente determinada por esa coacción de la que no puede liberarse y que domina totalmente su voluntad que podría llevarla a actuar de manera diversa a la que fuera fruto de su propia autodeterminación que ha perdido de manera total”¹⁸⁵

En el caso del conflicto armado y del delito de reclutamiento forzado es evidente la falta de voluntad que tiene el menor en lo que respecta con sus actuaciones, lo que a la luz de lo consignado en el artículo 32 del Código Penal es una eximente de responsabilidad. En esa medida, el menor al ser víctima del delito de reclutamiento forzado y al verse coaccionado en virtud de esa situación a realizar conductas punibles, aun cuando incurre en una conducta

¹⁸⁴ MARIO ARBOLEDA VALLEJO y JOSÉ ARMADO RUIZ SALAZAR. *Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial*, 7ª ed., Bogotá, D.C., Editorial Leyer, 2005., p. 203.

¹⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de octubre de 2007, Exp. 22005. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

típica, la misma no se ajusta a los parámetros de la antijuridicidad¹⁸⁶, en especial lo relacionado con el injusto del ilícito, que en el caso sub examine no se configura por la coacción a la que se ve sometido el menor y por tener en sí la condición de víctima que se deriva del delito de reclutamiento forzado.

Esa condición de víctima es la condiciona que el menor infractor se encuentre coaccionado a ejercer actos delictivos. Habría entonces que evaluar hasta qué punto la vinculación del menor a las fuerzas al margen de la ley es forzosa bien sea por sus condiciones sociales y económicas adversas o por la obligación bajo amenaza de los grupos armados al margen de la ley de vincularse a ello, y estando determinada y acreditada esa condición en el proceso penal, no podría derivarse entonces una conducta punible, en la medida en que se desvirtúa el injusto del ilícito.

Ahora retomando el punto del principio de oportunidad, es claro que este instrumento está orientado no solo a contribuir con la política criminal, sino a brindarle la posibilidad a un **sujeito activo de un delito**, de que su hecho aun cuando reviste de los elementos de una conducta punible, no sea sancionado¹⁸⁷ en atención a una reparación efectiva de la víctima, a la

¹⁸⁶ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 11. “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

¹⁸⁷ ALFONSO DAZA GÓNZALEZ. “El principio de oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados”, en *Revista de Derecho Principia Iuris*, No. 18, Tunja, Boyacá, Universidad Santo Tomas, 2012., p. 150 y 152. “Así concretado en el nivel constitucional, el principio de oportunidad quedó establecido en el orden colombiano como un instituto procesal en atención al cual, bajo ciertas circunstancias, puede prescindirse de enfilarse el aparato estatal hacia el castigo y, en cambio, optar por una solución racional y ponderada del fenómeno delictivo (...). En el tercer capítulo - **El principio de oportunidad frente a los derechos de los procesados** – señalamos que, si bien el principio de oportunidad no es un derecho del procesado sino una facultad discrecional del fiscal, si es el imputado o acusado el beneficiario directo de su aplicación, pues lejos de obtener una sentencia condenatoria en su contra por un actuar típico, antijurídico y culpable, va a obtener la suspensión, interrupción, o renuncia de la

irrelevancia del hecho u otras condiciones analizadas en el primer capítulo. En ese sentido se entiende que el principio de oportunidad opera siempre y cuando exista una conducta típica antijurídica y culpable, ya que si no existen dichos elementos y por ende la conducta penal, no es posible una aplicación del principio de oportunidad, debido a que éste, está destinado precisamente a renunciar, interrumpir o suspender la acción penal, cuando se tiene la certeza de la existencia de ésta y de la atribución de la responsabilidad del sujeto activo.

En ese sentido, es evidente que lo preceptuado en el artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia, frente al principio de oportunidad para los menores partícipes del conflicto armado, es inaplicable para los delitos cometidos por éste, en primer lugar debido a la calidad de víctima que tiene frente al delito de reclutamiento forzado (aun cuando la Corte Constitucional no lo considere así), y a la coacción a la que se ven sometidos¹⁸⁸. Algunos autores¹⁸⁹, que se han referido al tema, se han aventurado a expresar que

acción penal, lo que finalmente equivale a la extinción de la acción penal, y eso es mejor que una sentencia condenatoria (...)"

¹⁸⁸ CRISTINA ELIZABETH MONTALVO VELASQUEZ. "Principio de oportunidad y exclusión de la responsabilidad penal del adolescente del conflicto armado colombiano", monografía universitaria, Barranquilla, Universidad del Norte, 2012., p. 79: "La regla debería ser que si son considerados víctimas de reclutamiento forzado, sean excluidos del sistema de responsabilidad penal, por obrar como instrumentos de delitos en autoría mediata; y la excepcionalidad debería ser cuando pueden ser sujetos activos, esto es, cuando no sean instrumentos sino coautores o partícipes; y para ello resultado decisivo saber si actúan en alguna causal de exoneración de responsabilidad penal: coacción insuperable, miedo insuperable, haber sido manipulados, engañados, entre otras (...)"

¹⁸⁹ CARLOS ALBERTO OROZCO GÁRCES y MARTHA CONSUELO VÁSQUEZ RANGEL. "Improcedencia del principio de oportunidad en la ley de infancia y adolescencia", cit., p. 14. "Resulta evidente, que al comparar estos concretos estándares internacionales de protección de los derechos de los adolescentes con la regulación legal que hace el art. 175 del Código de Infancia y Adolescencia, surge un problema de invalidez de la norma nacional, pues ésta al postular la aplicación del principio de oportunidad a adolescentes desvinculados de grupos armados ilegales, parte de la base de que los menores de edad, han cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que conlleva a afirmar que han sido sujetos activos de una

incluso la aplicación del artículo en comento atenta contra la validez de la norma.

En ese sentido el argumento que presenta la Corte Constitucional frente a que la condición de víctimas no tiene nada que ver con la comisión de otros delitos por éstos, y no tiene la suficiente validez si se analiza que el sujeto activo del delito, es decir el menor, padece de una coacción insuperable para ejercer esas conductas punibles, y que el no hacerlas le puede implicar daños en su integridad física y moral, e inclusive la muerte. Ante ello el menor no tiene más opción que acceder a lo que le demandan sus superiores, afectándose su voluntad y por ende su responsabilidad penal¹⁹⁰

Ahora bien, una de las preocupaciones de la Corte Constitucional frente a la necesidad de penalizar estas conductas, son los derechos de las víctimas. Ese fue el argumento que adujo en la mencionada sentencia C – 203 de 2005, como asidero para determinar que el menor aun cuando tiene la condición de víctima debe responder penalmente por sus actos.

Ante ello, se argumenta que aun cuando es cierto el argumento que señala la Corte Constitucional frente a la necesidad de proteger los derechos de las víctimas, quienes están llamados a responder por dichos daños, son los determinadores de estas conductas, es decir quienes constriñen a los menores a ejercer actividades delictivas, no solo por ser quienes ejercen actos de violencia contra los menores que los obligan a hacer ello, sino porque son éstos quienes finalmente desean ese resultado adverso de las víctimas de

conducta punible, mientras que la conclusión en el plano internacional, es que son víctimas. “Estas afirmaciones no tienen un asidero jurídico validante, pues una persona no puede ser víctima y en virtud de esa condición cometer una conducta de la cual vaya a ser responsabilizado penalmente, y se admita la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, porque además, éste es un beneficio dirigido al sujeto activo de la conducta punible, no al sujeto pasivo (...)”.

¹⁹⁰ ROXIN CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesa, 1ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 222.

estos delitos, y quienes instrumentalizan a los menores para ejercerlos, usándolos como un medio para ejercer sus actividades delictivas, o para contribuir a que estas se realicen¹⁹¹.

3.4 La procedencia del principio de oportunidad para los menores participes del conflicto armado: análisis de sus causales.

Como se ha señalado la procedencia del principio de oportunidad, es viable en los casos donde se ha determinado que existe una conducta que cumple con los presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Ahora bien las causales que señala el artículo 175 como eventos en los que procede la aplicación del principio de oportunidad antes que constituirse como verdaderas causales, apuntan más hacia una interpretación de las mismas como causales que eximen la responsabilidad.

El esquema del delito que adopta la legislación penal nacional, atiende al que en la doctrina se denomina como finalista. En este esquema la tipicidad es un elemento que valora el fiscal y que determina la existencia de una conducta contraria al ordenamiento jurídico y por ende sancionable a la luz del Derecho Penal¹⁹². El análisis valorativo que debe hacer el fiscal involucra varios elementos. El primero de éstos, corresponde a la descripción previa de la conducta punible dentro del ordenamiento legal y su respectiva sanción, y la adecuación de la conducta que se pone en su conocimiento frente a ese tipo penal¹⁹³.

¹⁹¹ Por ejemplo con actividades de logística, inteligencia militar, entre otras.

¹⁹² HANZEL WELZEL. *Derecho penal. Parte General*, 1ª ed., trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Editorial Roque Depalma, 1956., p. 64.

¹⁹³ LEY 599 DE 2000. (julio 24). "Por la cual se expide el Código Penal", publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 10. "Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".

La consagración de la tipicidad envuelve la materialización de principios del Derecho Penal, como el de legalidad, que se encuentra inmerso en el precepto constitucional del debido proceso que señala que “(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”¹⁹⁴. En atención a este principio el fiscal se encuentra en la obligación no solo de determinar la existencia y consagración previa de la conducta punible, sino de determinar si el hecho que se pone en su conocimiento se adecua a la misma.

Este juicio de adecuación de la conducta, involucra el análisis de varios elementos como la determinación e individualización del sujeto activo del hecho, la víctima de éste y el daño que genera, el bien jurídico que se protege, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y su congruencia con el verbo rector del tipo, así como el nexo de causalidad de todos estos elementos y la conducta desplegada por el sujeto activo. Este juicio de tipicidad es considerado como de carácter objetivo. El otro elemento que debe entrar a valorar el fiscal, de carácter subjetivo es el modo con el que se realiza la conducta, que se traduce en si fue intencionada (dolo)¹⁹⁵, si fue violando un

¹⁹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 29.

¹⁹⁵ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 22. “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

deber objetivo de cuidado (culpa)¹⁹⁶, o si ésta sobrepaso una intención inicialmente considerada produciendo un resultado mayor (preterintención)¹⁹⁷.

Una vez analizados los elementos del tipo, el fiscal debe evaluar el elemento de la antijuridicidad de la conducta penal, que de acuerdo con el legislador implica que “(...) se lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”¹⁹⁸. La antijuridicidad complementa el juicio de tipicidad. Aun cuando una conducta pueda ajustar a una descripción penal, es necesario que la misma tenga el elemento de ser antijurídica, es decir que la misma en sí haya puesto o hubiese lesionado el bien jurídico que protege el delito **sin justa causa**.

En el juicio de la antijuridicidad, se entra entonces a evaluar si existió o no una lesión al bien jurídico, o no existiendo ésta si este fue puesto en peligro, y de ser positivo este elemento, si esta lesión o puesta en peligro es injusta o fue llevada a cabo por una situación que la determinó y que condicionó al agente para obtener ese resultado.

Esos eventos en los que el agente se ve condicionado son considerados por la dogmática penal como los denominados eximentes de responsabilidad, que para el caso colombiano se encuentran consagrados en el artículo 32 del Código Penal¹⁹⁹, y en virtud de los cuales se exime de la responsabilidad penal

¹⁹⁶ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 23. “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

¹⁹⁷ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 24. “La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

¹⁹⁸ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 11.

¹⁹⁹ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 32. “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1. En los eventos de caso fortuito o fuerza mayor. 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los

al autor del delito, aun cuando esta se encuentre tipificada como tal. Superados estos dos elementos se entrará a evaluar la culpabilidad del agente en el delito²⁰⁰, en donde se evalúan los aspectos de la voluntad del individuo²⁰¹ y su condición de discernimiento al momento de la comisión del mismo, y en el caso de considerarse como imputable, se hace un reproche de su actuar, en la

casos en que se puede disponer del mismo. 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal. 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas. 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. 8. Se obre bajo insuperable coacción ajena. 9. Se obre impulsado por miedo insuperable. 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado. 11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará a la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad en términos razonables, de actualizar el conocimiento de los injustos de su conducta. 12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente”.

²⁰⁰ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 12. “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

²⁰¹ FRANCISCO CONDE MUÑOZ y MERCEDES GARCÍA ARAN. *Derecho penal: parte general*, 6ª ed., Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2004., p. 34.

medida en que este pudo haber actuado de manera distinta, y aun así no lo hizo, produciéndose entonces el ilícito²⁰².

En ese sentido en el juicio de la culpabilidad, se analizan tres presupuestos. El primero de ellos la condición de imputabilidad del sujeto activo del delito. Este primer elemento determina la capacidad de comprensión del hecho por quien lo ejerce y la ilicitud del mismo²⁰³. El segundo elemento implica la conciencia que debe tener el sujeto de la ilicitud de su actuación, y el tercero al juicio de reproche que se le realiza por no haber obrado de otra manera, pudiendo hacerlo. Si evaluados estos tres elementos se deduce que el sujeto activo es imputable, que conocía la ilicitud de su conducta y que pudiendo evitarlo no lo hizo, teniendo otras opciones, se entenderá cumplidos los requisitos de la culpabilidad. La forma como se desvirtúa la culpabilidad aun cuando el sujeto es imputable son con los denominados errores de prohibición, en virtud de los cuales el sujeto activo, comete la conducta punible bajo una valoración totalmente errada de que su conducta no es un delito, o cuando conociendo que ésta es un delito, considera que está justificada por alguna de las causales de ausencia de responsabilidad²⁰⁴.

Estos errores tienen la connotación de poder ser vencibles o invencibles. En el primer caso, se presume que un error es vencible, cuando el sujeto aun cuando actúa con una apreciación equivocada que determina su actuar, pudo haber tomado la precaución de informarse sobre las consecuencias del mismo, por tener la posibilidad para ello. Cuando el error es vencible aún subsiste el

²⁰² FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 282.

²⁰³ LEY 599 DE 2000. (julio 24). "Por la cual se expide el Código Penal", publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 33. "Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental (...)".

²⁰⁴ FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 38 y 39.

elemento de la culpabilidad, aunque el juicio de reproche es menor al que si se hubiere conocido la ilicitud de la conducta²⁰⁵. Por otro lado cuando el error es de carácter invencible, quiere decir que el sujeto no tuvo la posibilidad de conocer bajo ninguna circunstancia la ilicitud de su conducta, porque las circunstancias no se lo permitieron, y de ello se deriva de cualquier persona en su estado hubiese adoptado el mismo comportamiento²⁰⁶.

De otro lado, el juicio de culpabilidad se ve permeado por situaciones de motivaciones anormales, que determinan su actuar y que hacen del reproche de la culpabilidad algo inexistente, ante un evento en el cual, cualquier sujeto hubiese actuado de la misma manera, concretándose así el denominado principio de que “nadie está obligado a lo imposible”²⁰⁷. En la legislación colombiana las causales de inculpabilidad se encuentran enmarcadas dentro de las mismas causales de ausencia de responsabilidad, es decir junto con las que concurre el análisis de la antijuridicidad, pero que en definitiva alteran la percepción de la antijuridicidad del delito, lo que se ubica en el ámbito de aplicación de la culpabilidad. Estas son las denominadas en los numerales 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del artículo 32 del Código Penal²⁰⁸.

²⁰⁵ FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 45.

²⁰⁶ FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 45.

²⁰⁷ FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p.56. “(...) Se dice entonces que se ha obrado en situación de no exigibilidad, porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivadora excepcional que el hombre medio no podría soportar; así mismo señala el derecho penal se dirige a hombres normales y no a seres legendarios o mitológicos, o a héroes o santos (...)”.

²⁰⁸ LEY 599 DE 2000. (julio 24). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 32. “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 7. LEY 1407 DE 2010. (agosto 17) “se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. 8. Se obre bajo insuperable coacción ajena. 9. Se obre

Ahora bien, retomando lo señalado en el principio de oportunidad de los adolescentes partícipes del conflicto armado, se presume que las causales que se señalan en este artículo pueden estar más enfocadas a justificar la ausencia de una responsabilidad penal, por falta de culpabilidad. Valga la pena recordarlas:

“Artículo 175. El principio de oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos por grupos armados al margen de la ley.

(....)

1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de sus medios 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.

impulsado por miedo insuperable. 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado. 11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará a la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad en términos razonables, de actualizar el conocimiento de los injustos de su conducta. 12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente”.

4. Por fuerza, amenaza, coacción o constreñimiento²⁰⁹

Las primeras tres causales, parecen hacer una descripción detallada de las principales causas del delito de reclutamiento forzado. Como bien se señala en el segundo capítulo, donde se detalla los factores que influyen en que un menor se vincule o no a las fuerzas insurgentes colombianas, quedando claro, que aun cuando ésta se presume voluntaria, en esencia no lo es, por estar condicionada por situaciones adversas que obligan al menor a vincularse a estos grupos armados, por no tener una mejor posibilidad u opción de vida²¹⁰.

Como se indica con anterioridad, una de las causales de que el menor se sienta motivado a pertenecer a estos grupos al margen de la ley, es la falta de presencia del Estado para garantizar la satisfacción de sus derechos y necesidades básicas, en educación, alimentación, cultura, seguridad, entre otras. Con esta falla de su deber constitucional de protección, se suscita una especial condición de vulnerabilidad y predisposición del menor a ejercer cualquier tipo de actividad que le signifique un ingreso económico, un empleo o la posibilidad de acceder a elementos de los que carece. Es ahí donde los grupos al margen de la ley, aprovechan el ausentismo del Estado y las condiciones precarias de muchos niños y jóvenes, para vincular a los menores a las hostilidades del conflicto armado²¹¹.

²⁰⁹ LEY 1098 DE 2006. (noviembre 8). “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, publicado en el Diario Oficial 46.446 del 8 de noviembre de 2006. Artículo 175.

²¹⁰ NATALIA SPRINGER. *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, cit., p. 9 y 10. “En ningún caso, en el reclutamiento media la voluntad de los niños y las niñas. El reclutamiento no puede calificarse como un acto voluntario. Aún en los casos en que se ve facilitado por la vulnerabilidad social y económica de los afectados, de ninguna manera tendría lugar sin la existencia de un conflicto armado, cuya violencia produce dinámicas que alienan todos los derechos y las libertades de las comunidades sometidas y arrastra consigo, especialmente, a los más vulnerables”.

²¹¹ GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, cit., p. 35.

La pregunta que surge en este punto, es ¿cómo pueden enmarcarse estas tres primeras causales, en una posible causal de inculpabilidad? Ante ello podría decirse que se podría estar ante un error de prohibición que condiciona la visión del menor, principalmente porque las circunstancias que señalan las causales, son completamente exógenas, y condicionan la conciencia del menor, de que lo que está realizando es admisible por sus condiciones actuales, y además de ello que su actuar no pudo haber sido otro, en atención a la relación de sujeción que tiene con sus reclutadores²¹².

Si bien es cierto no puede predicarse del menor una ignorancia total de que sus conductas dentro del conflicto armado, que le justifique sus actuaciones de acuerdo a lo señalado por el Código Civil²¹³ si puede presentarse una distorsión en su entendimiento que le haga creer o que su actuar esta justificado por las condiciones especiales en las que se encuentra durante su reclutamiento o las que le precedieron y que le obligaron a optar por dicha vinculación, lo que en definitiva es permitido bajo los preceptos de la culpabilidad que indican la legislación penal dentro del error de prohibición.

Ello también se deriva de que la percepción que tiene el menor de su entorno, en especial de aquellos que por pertenecer a las zonas rurales, de que el ejercicio de la guerra y el pertenecer a un grupo armado ilegal es parte de la

²¹² CARLOS ALBERTO OROZCO GÁRCES y MARTHA CONSUELO VÁSQUEZ RANGEL. "Improcedencia del principio de oportunidad en la ley de infancia y adolescencia", cit., p. 31. "Pues bien, decir error no equivale a decir ignorancia. El error consiste en una equivocada valoración de la realidad producida por la falta de correspondencia entre lo que existe en el campo de nuestra conciencia y lo que hay en el mundo exterior. Entre tanto, la ignorancia, es un estado intelectual que implica inexistencia de conocimiento sobre alguna cosa. Al respecto la doctrina señala que "se trata de dos conceptos distintos: mientras la primera supone ausencia de conocimiento, el segundo denota un discernimiento distorsionado; aquella pues, es un estado negativo, este uno positivo (Velásquez, p. 260). En consecuencia, podemos afirmar que, quien ignora no tiene conocimiento alguno sobre determinado hecho, mientras que quien yerra, posee un conocimiento, pero este es equivocado".

²¹³ LEY 57 DE 1887. (26 de mayo de 1873). "Código Civil". Artículo 9. "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa".

cotidianidad del país, y consecuencia de la falta de oportunidades por parte del Estado. En ese sentido, es inexigible a un menor que vive en ese contexto actuar de una manera distinta a la que lo constriñe la realidad que vive²¹⁴.

En cuanto a la causal cuarta, la misma redacción de la misma indica la ausencia de responsabilidad penal por tratarse de una causal de justificación, como se analiza en el acápite precedente y que se encuentra enmarcada dentro de las enunciadas por la legislación penal sustancial, en su artículo 32. Ahora bien, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad, el juicio penal que indique la responsabilidad del sujeto activo, es indefectiblemente negativo, cuando se trata de delitos que cometen menores infractores de la ley penal. Ello en atención al esquema de análisis de los delitos en Colombia, de corte finalista, y que exige la superación de todos los elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), para poder hablar de una responsabilidad penal.

Por supuesto la coacción para que pueda existir una eximente de responsabilidad penal, se deriva necesariamente de tres elementos. La primera de ellas, es que la coacción sea ejercida por una tercera persona²¹⁵, la segunda que esta coacción sea de tal magnitud que no exista posibilidad de exigir del menor una conducta diferente, y que se encuentre mediada por un condicionamiento violento de esa tercera persona, y tercero, que exista una verdadera amenaza contra su integridad personal o moral, o contra su vida de la que se derive que no existe posibilidad alguna de exigirle una conducta

²¹⁴ CARLOS ALBERTO OROZCO GÁRCES y MARTHA CONSUELO VÁSQUEZ RANGEL. "Improcedencia del principio de oportunidad en la ley de infancia y adolescencia", cit., p. 32. "Desde esta perspectiva, si los adolescentes se desarrollan en un ambiente social, cultural, y político en el cual lo normal es pertenecer a un grupo al margen de la ley, no se les puede exigir que actúen de otra manera pues obraron bajo error invencible y por lo tanto, esta causal es una causal de inculpabilidad. Pues tienen la comprensión del mundo en un entorno, -p.e. a los adolescentes que crecen en circunstancias sociales, económicas y culturales en las cuales la guerra es lo correcto, no se les puede responsabilizar por actuar de manera distinta a lo que les impone su realidad-".

²¹⁵ Ese elemento es el que la distingue del miedo insuperable.

diferente²¹⁶. Cumplidos esos requisitos, podría decirse que la causal cuarta antes que ser de procedencia de un principio de oportunidad (que de por sí es inaplicable), es una causal de inculpabilidad, y por ende de ausencia de responsabilidad penal del menor.

Estos argumentos también van de la mano con las primeras tres causales, ya que derivado de una coacción externa que también se deriva de las condiciones adversas del menor que le obligaron a vincularse al grupo armado al margen de la ley, su percepción y la exigibilidad de su conducta no puede ser otra que la de actuar como le era solicitado bajo amenaza por sus “comandos”²¹⁷.

²¹⁶ XIMENA PACHON C. “La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra”, Universidad Nacional, 2009, hallable en: [<http://pdba.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP15.pdf>], p. 13. “... Tenía que matar a una señora... yo lloraba y le decía al comandante: No, mi comando, yo no hago eso, yo no voy a matar a nadie. El me respondió: Si no la mata tiene que morirse usted... Y pues lo hice. Fui y la mate (...) Los relatos atestiguan cómo si los niños no cumplen la orden, ellos serían las próximas víctimas y cómo, muchos de ellos, terminan familiarizándose con la muerte y las más aterradoras formas de matar. Son testimonios tan dramáticos y tan inconcebibles, que si no se conociera la historia de crueldad y atrocidad que ha caracterizado el accionar paramilitar en el país, estos testimonios no podrían ser creíbles”.

²¹⁷ LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, CARLOS ANDRÉS GUZMAN DÍAZ y CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA. *Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 258. “(...) se ha reiterado que el Principio de Oportunidad sólo resulta procedente cuando se establezca la ocurrencia de una conducta punible y la posible vinculación de una persona en calidad de autora o participe. Si dichos presupuestos no se cumplen, la solución jurídica apropiada puede ser el archivo o la preclusión. Dicha consideración aplica plenamente en el proceso regulado en la ley 1098 de 2006: si el adolescente incurrió en conductas en principio típicas relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas pero, por ejemplo, sometido a coacción o miedo insuperables, no hay lugar a la responsabilidad penal y, por tanto, la decisión debe ser la de solicitar la preclusión de la investigación por inexigibilidad de la conducta. Incluso, pueden considerarse hipótesis de estados de necesidad o de errores de prohibición. Lo mismo puede predicarse de la causal 4, cuando el adolescente haya incurrido en las filas del grupo armado “por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento”, y tal afección de la voluntad sólo haya disminuido pero no aniquilado la voluntad, dejándole

En esa medida y retomando los elementos del principio de oportunidad, que solo procede cuando existe una conducta punible es un hecho que tal y como está concebido el mismo en la legislación penal de adolescentes es inaplicable, ya que lo que en la realidad se presentaría no sería la procedencia de este beneficio de renuncia de la acción penal, sino la ausencia de responsabilidad del menor, que implica una preclusión de una posible investigación²¹⁸.

Por supuesto de esta inaplicabilidad se deben excluir aquellas conductas que se refieran a los delitos de lesa humanidad, aunque el análisis desde la

espacios de libertad para permitirse obrar conforme a derecho. Una vez la incidencia de la voluntad por parte del grupo sobre el adolescente alcanza la condición de insuperable, ello afecta la exigibilidad de una conducta adecuada y, por tanto, la solución no será la de aplicar esta figura, sino de solicitar la preclusión de la investigación, en tanto ya no se tiene un comportamiento que revista las características de delito”.

²¹⁸ CRISTINA ELIZABETH MONTALVO VELASQUEZ. “Principio de oportunidad y exclusión de la responsabilidad penal del adolescente del conflicto armado colombiano”, monografía universitaria, Barranquilla, Universidad del Norte, 2012., p. 109 y 110: “Como puede observarse, dicho artículo plantea la posibilidad de que la fiscalía renuncie a la investigación penal, si el adolescente incurrió en conductas típicas, relacionados con su pertenencia a las organizaciones armadas, pero sometido por ejemplo a la coacción o miedo insuperable, así como actuar por necesidad, o por la imposibilidad de no poder orientar su comportamiento hacia otras formas de participación social, situaciones que encuadran más bien en causales de justificación, que iniciada la acción penal, llevada a cabo la investigación, incluida la víctima y sus derechos, seguramente no se llegaría a atribuir responsabilidad penal al adolescente y por tanto la decisión ha de ser la de solicitar la preclusión de la investigación por inexigibilidad de la conducta y no la renuncia a la acción penal con la aplicación del principio de oportunidad (...) En entrevista realizada a un Juzgado de menores de la ciudad de Valledupar y a una Defensora de Familia de la misma ciudad, expresaron los funcionarios que el desmovilizado Bloque Norte de las AUE entregó en los municipios de la Mesa y Chimila (Cesar) al momento de desmovilizarse un total de 27 menores, los cuales fueron incorporados al programa de la Alta Consejería para la Reinserción después de alcanza la mayoría de edad. Antes de llegar a la mayoría edad, estuvieron en hogares transitorios, en centros de atención especializada y en hogares gestores. Así mismo, nos manifestaron que a los 27 menores les iniciaron procesos judiciales, los cuales terminaron con preclusión de la investigación algunos y en otros casos la decisión fue inhibirse de abrir investigación alguna (...)”.

perspectiva de la dogmática penal aún está abierto en estos temas, a fin de determinar si esta es procedente cuando se trata de menores que son víctimas del conflicto armado, como se ha argumentado en el discurso académico contenido en estas páginas.

Ahora bien, esta inaplicabilidad del principio de oportunidad tal y como se ha señalado en estas líneas, no es del toda absoluta, ya que éstas pueden ser aplicables en el caso de que se enmarque en un posible error de prohibición, cuando este fuera vencible, y cuando existan evidencias dentro del proceso penal, de que el menor tenía otra posibilidad de autodeterminarse (juicio de reprochabilidad de la conducta) o que tenía la posibilidad de acceder a condiciones de vida dignas, donde se desvirtuaría la condición de marginalidad que evocan las primeras tres causales del principio de oportunidad.

Conclusiones.

El principio de oportunidad para adolescentes es una medida que el legislador establece en el Código de la Infancia y Adolescencia, como una herramienta que contribuya con la protección del menor y del interés superior de éste. A diferencia del principio de oportunidad que se aplica en el régimen de responsabilidad de las personas mayores de edad, que se considera como la excepción, en el caso de la responsabilidad de menores infractores, debe ser la regla.

Esta previsión del legislador, se prevé consagrada en la ley, como una concreción de los parámetros internacionales de juzgamiento de menores, que indican que la acción penal debe ser la *ultima ratio* en lo que respecta a las conductas contrarias al ordenamiento jurídico que realicen los menores. En ese sentido y previendo las especiales condiciones que tienen los menores que infringen la ley estando en el contexto del conflicto armado, el legislador estableció en el artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la posibilidad de renunciar a la acción penal en virtud de la aplicación del principio de oportunidad, y para el efecto estableció unas causales de procedencia.

Analizados los presupuestos que al respecto señala el artículo en mención, se llega a la conclusión general de que la aplicación del principio de oportunidad en el contexto de los menores infractores en el contexto del conflicto armado no es posible bajo el entendido de que no existe una responsabilidad penal. La primera circunstancia que determina eso es que el menor tiene la condición de ser víctima del delito de reclutamiento forzado, y que en virtud de dicha condición se ve forzado a realizar toda clase de actividades, incluyendo la comisión de conductas punibles, lo que desvirtúa su responsabilidad penal, por no estar en la plena libertad de disponer de sus acciones y de adoptar una actitud diferente y acorde con lo que exige la legislación penal.

La segunda razón, va orientada a argumentar que las causales de procedencia del principio de oportunidad, antes que ser tales, se constituyen como una forma de ausencia de responsabilidad penal por inculpabilidad, por estar de un lado inmersos en un error de prohibición directo e invencible, y por el otro por ejercer los delitos bajo coacción, constreñimiento, y demás formas de violencia, sin que exista la posibilidad de exigir del menor una conducta diferente, afectándose de igual manera la culpabilidad y la antijuridicidad del delito.

En atención a que no existiría una responsabilidad penal, la aplicación del principio de oportunidad no es procedente, ya que como se argumenta el mismo solo puede serlo, cuando se tiene la certeza de que existe una conducta que cumple con los elementos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, es decir cuando se está ante un delito, lo que no sucede en el caso *sub examine* por las razones expuestas.

CONCLUSIONES GENERALES

El principio de oportunidad en Colombia, es una excepción al principio de legalidad. Su consagración se realizó a nivel constitucional con el Acto Legislativo 03 de 2002, donde se le dio la facultad discrecional a la Fiscalía General de la Nación, de que aplicará este principio en los eventos en que estrictamente señala la ley. En atención a esa excepcionalidad de este principio, el legislador optó por la adopción de un principio de oportunidad de carácter reglado, con causales de procedibilidad taxativas, a fin de limitar la discrecionalidad del fiscal en su aplicación. La implementación de este principio, se realiza en aras de racionalizar la acción punitiva del Estado y de contribuir con una política criminal encaminada a priorizar los esfuerzos de la jurisdicción penal en los casos que mayor significado tengan desde el punto de vista jurídico y social.

La reglamentación de la procedencia de este principio de oportunidad, fue adoptada por el legislador en el año 2004 con el actual Código de Procedimiento Penal, y reformada en el año 2009, mediante la ley 1312 de 2009, que además de modificar las causales ya existentes, amplía las mismas. A la fecha en Colombia existen dieciséis (16) causales de aplicación del principio de oportunidad, cada una orientada a cumplir con el cometido de priorizar la acción penal. En ese sentido, el legislador previó la aplicación del principio de oportunidad en situaciones donde la conducta penal fuera irrelevante como en los delitos de bagatela, cuando ha habido una indemnización integral a la víctima, cuando existe un menor reproche de culpabilidad, cuando existe la extradición, entre otros eventos, que a juicio del Congreso ameritan que el ente acusador, suspenda, interrumpa o renuncie a la acción penal según sea el caso.

El conflicto armado, ha sido uno de los episodios bélicos, que ha generado mayores índices de vulneraciones de Derechos Humanos en Colombia. Las poblaciones rurales son las que en mayor medida se han visto afectadas con el

flagelo de la guerra, siendo víctimas no solo de delitos comunes, sino de aquellos catalogados como de lesa humanidad, como el genocidio, el desplazamiento forzado, violaciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros.

Dentro de la población rural, unos de los sujetos que con mayor grado de afectación han tenido que vivir la guerra han sido los niños, niñas y adolescentes, que además de tener que sufrir de eventos como el desplazamiento forzado, se convierten en víctima de un delito que está dirigido solo a ellos: el reclutamiento ilícito.

El reclutamiento ilícito o forzado es una práctica a la que han recurrido los grupos al margen de la ley, para engrosar sus filas. El destinatario de este ilícito es la población infantil y juvenil. Se presenta mediante diversas modalidades, como la coacción, amenaza e inclusive mediante el secuestro. En otras circunstancias, se presenta mediante la vinculación “voluntaria” del menor a las filas insurgentes.

A pesar de que en principio podría decirse que en la mayoría de los casos la vinculación a estos grupos por los menores es voluntaria, las condiciones por las que lo hacen desvirtúan dicha voluntad. En la mayoría de los casos, los menores que se vinculan de manera voluntaria a las filas de los grupos armados, lo hacen impulsados por el alivio de una necesidad de índole económica, cultural, educativa, o para escapar de condiciones de pobreza extrema, de marginalidad, o de algún cuadro de violencia al interior del seno familiar.

Ello indica que bajo ninguna circunstancia el menor se vincula a los grupos armados al margen de la ley, de manera voluntaria sino que se ven abocados a eso en atención a un constreñimiento externo bien sea por los mismos miembros de su familia, o por los miembros de estos grupos delincuenciales o, por las condiciones adversidad en las que viven que los obligan a tomar esta forma de delinquir como un proyecto de vida.

En ese sentido, en la comisión del delito de reclutamiento forzado, convergen varios factores que indican en su presentación. Unos son de índole familiar, cuando el menor se ve sometido a formas de violencia intrafamiliar. Otros son de índole económica y social, en especial cuando el menor o su familia carecen de un sustento económico, cuando no tiene oportunidades laborales o educativas, etc. También existen factores de carácter institucional, que se refieren a la falta de cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de asistencia a la primera infancia, y a la falta de operatividad en algunos sectores rurales, dándole paso a un manejo casi que exclusivo del poder a las fuerzas al margen de la ley, y por último existen factores denominados de aceptación, que se refieren a la alienación del menor para que considere los propósitos de los grupos insurgentes como propios lo que le brinda no solo una estabilidad sino una aceptación y pertenencia a un proyecto de vida.

Esta forma de violencia en contra del menor, ha hecho que tanto la comunidad internacional como el Estado colombiano, optaran por adoptar medidas legislativas tendientes a atender esta situación. En el plano internacional, la protección de los menores en el conflicto armado, se derivan de instrumentos internacionales de Derechos Humanos como la “Convención sobre los Derechos del Niño” y su protocolo facultativo, los instrumentos pertenecientes al Derecho Internacional Humanitario, la “Convención sobre las peores formas de trabajo infantil” de la Organización Internacional del Trabajo, el “Estatuto de Roma” de la Corte Penal Internacional, las “reglas de Beijing” sobre el juzgamiento de menores infractores en la ley penal, que armonizado con otros instrumentos generales como la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, la “Convención Americana de Derechos Humanos”, entre otros, crean un marco jurídico internacional de protección del menor como posible víctima del conflicto armado.

En el plano nacional, la protección del menor se deriva del mismo texto constitucional, que en su artículo 44 reconoce los derechos de los niños como preferentes, fundamentales y de aplicación inmediata y por ende sujetos a una

protección especial del Estado, por considerarse al menor como un sujeto de derechos y como parte de una población vulnerable y por ende objeto de una atención prioritaria por el Estado. El principal desarrollo de esa protección al menor se encuentra en la ley 1098 de 2006 actual “Código de la Infancia y la Adolescencia”, que acompañado de otras leyes y decretos como la ley 418 de 1997, la ley 704 de 2001, y el Código Penal, se convierten en el marco de acción en contra del reclutamiento forzado.

De las anteriores normas se resalta la consagración expresa que realiza el legislador en el año 2000 del reclutamiento forzado, bajo la denominación de reclutamiento ilícito, sancionándolo y penalizándolo de manera drástica como se analizó en la presente investigación. De la interpretación sistemática de estos elementos normativos nacionales e internacionales, se desprende la condición de víctima que tiene el menor en el conflicto armado, como sujeto pasivo del delito de reclutamiento ilícito.

Los efectos que tiene sobre el menor el conflicto armado y el reclutamiento forzado son de tal entidad que le pueden determinar su proyecto de vida. Dentro de estos se destacan los efectos psicológicos que genera el menor el contexto de violencia al que se ve sometido, interiorizando el ejercicio de ésta a tal punto, que la justifica como medio para alcanzar sus objetivos o metas en la vida. La coherencia entre lo que es bueno y lo que es malo se desvirtúa con la constante presencia de la violencia en el niño, que llegado a la etapa de la adolescencia o en la adultez, considera que ejercer conductas delictivas es una forma de vida.

Por su parte los efectos físicos son igual o peores en los menores que sufren el flagelo del reclutamiento forzado, principalmente porque la instrucción que reciben va mediada por situaciones de violencia. En el caso de las niñas y adolescentes, la situación es aún peor, dado que además de tener que cumplir con las funciones que ejercen sus compañeros varones, se ven sometidos a constantes abusos sexuales, e inclusive a ejercer la prostitución de manera coaccionada. Es así como puede decirse que el reclutamiento forzado, es una

de las peores formas de vulneración de los Derechos Humanos y fundamentales del menor, en el conflicto armado.

En el seno de este delito el proceso de instrucción y deshumanización del menor, van forjando un carácter violento en éste, e inclusive lo alienan de tal manera que su percepción de la realidad y de las conductas que realiza se ve tergiversada al punto que las considera como justas o por lo menos inevitables. Esa deshumanización, es la que hace la transición del menor de ser una víctima a convertirse en victimario.

Su calidad de victimario en el seno del conflicto armado, se genera a partir de la comisión reiterada de conductas punibles dentro de dicho contexto de violencia. En atención a ello, el menor en el escenario del conflicto armado, tiene entonces una doble connotación de ser víctima pero a la vez victimario. En la órbita de ser victimario es donde se cimienta en principio la responsabilidad penal del adolescente infractor del conflicto armado.

La Corte Constitucional, refiriéndose a esta especial situación señala en su sentencia C – 203 de 2005, que aun cuando el menor puede tener la connotación de ser víctima del delito de reclutamiento forzado, ello no le exime de la responsabilidad penal que se deriva de los delitos cometidos en el seno del conflicto armado. La principal razón para que la Corte adopte esta posición, se deriva de la imposibilidad de desconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Ahora bien, aun cuando se respeta la posición que adopta la Corte Constitucional en la mencionada sentencia, se disiente de ella, en la medida en la que se considera que aunque es cierto el hecho de que el menor tiene la connotación de ser victimario, de ello no necesariamente se deriva una responsabilidad penal. El argumento que lleva a inferir ese razonamiento, parte de la especial situación de sujeción que tiene el menor en las filas insurgentes y de la imposibilidad de adecuar su comportamiento a lo que le demanda el ordenamiento jurídico. En atención a ello se puede decir que todas las conductas punibles que en principio ha realizado el menor pueden enmarcarse

en un contexto de anulación de su voluntad, y por ende constreñimiento en sus actuaciones, que se causa con ocasión de su condición de víctima del delito de reclutamiento forzado.

Ahora bien, retomando el tema del principio de oportunidad, es necesario indicar como primera conclusión que este, se encuentra orientado a que el fiscal renuncie, interrumpa o suspenda la acción penal. De ello se desprenden que la aplicación del principio de oportunidad solo puede realizarse cuando el fiscal tiene la certeza de que existe una conducta que reviste las características de típica, antijurídica y culpable.

Como se señala anteriormente, en el caso de los menores la aplicación del principio de oportunidad es la regla. En esa medida el legislador previó en el artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia, una forma de renunciar a la acción penal, cuando el sujeto activo de una conducta punible fuese un menor participe del conflicto armado, bien tenga el carácter de desmovilizado o de miembro activo capturado en las operaciones que para el efecto realiza el Estado.

La procedencia de este principio, por ser de carácter reglado, se establece en cuatro causales, las cuales fueron abordadas en líneas anteriores, y que se encuentran relacionadas con condiciones de comisión de las conductas. Ahora bien, aun cuando la intención del legislador es loable al consagrar una medida como el principio de oportunidad para que el menor participe del conflicto armado, pudiese ser eximido de la acción penal, su consagración adolece de yerros de aplicación.

La primera objeción que se concluye es que al ser el menor una víctima del delito de reclutamiento forzado que se ve constreñida a ejercer actos de violencia sin que medie su voluntad, se desvirtúa el elemento de la antijuridicidad del tipo penal, en la medida en que el menor se encuentra inmerso en una causal eximente de responsabilidad de acuerdo con lo señalado por el artículo 32 del “Código Penal”. La segunda objeción, se refiere a que tal y como están consagradas las causales de procedencia del principio

de oportunidad, este no sería aplicable, debido a que las mismas se ajustan más a causales de inculpabilidad del menor²¹⁹.

En atención a ello, es claro entonces que en el caso de que un menor, víctima del delito de reclutamiento forzado hubiese cometido un delito, la sanción penal se encontraría descartada ya que no se cumplen los presupuestos de antijuridicidad y culpabilidad del tipo penal. En ese sentido el Derecho Penal no tendría injerencia en el castigo del menor, debiendo entonces buscar el Estado otras alternativas para la satisfacción de los derechos de las víctimas, ya que por esta vía se hace improcedente.

En la medida en que el Derecho Pena no podría entrar a sancionar al menor participe del conflicto armado, mucho menos es procedente el principio de oportunidad, ya que como se señaló en líneas anteriores, este solo es procedente contra un sujeto activo que ha cometido una conducta punible, presupuestos que no se cumplen en el caso *sub examine*. En este punto cabe entonces también resaltar que en ningún momento con el planteamiento que aquí se realiza se quiere desconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y a la justicia. Frente a ello, lo que se quiere dar a entender es que quienes son llamados a responder por estos son quienes ejercen la coacción sobre el menor y no el menor en sí, ya que como se señala éste no sería sujeto de responsabilidad penal alguna.

²¹⁹ Las tres primeras podrían encuadrarse dentro de un error de prohibición invencible, y la cuarta en una eximente de responsabilidad por coacción en la voluntad del sujeto activo.

BIBLIOGRAFIA

ARTÍCULOS DE REVISTA, PRENSA Y MEMORIAS

DAZA GÓNZALEZ, ALFONSO. “El principio de oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados”, en *Revista de Derecho Principia Iuris*, No. 18, Tunja, Boyacá, Universidad Santo Tomas, 2012.

IBAÑEZ GUZMÁN AUGUSTO. “El principio de oportunidad”, en *Revista Universitas*, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, N° 109, febrero de 2005.

CASTELLANOS SANTOS, SUSAN BRIGETE. “Análisis del reclutamiento forzado a menores de edad en Colombia: 2005 – 2010”, monografía universitaria, Bogotá D.C., Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2013.

CUELLAR CORTÉS, NATALIA y PARRA TURRIAGO, MARISOL. “El menor y el conflicto armado en Colombia”, monografía universitaria, Bogotá D.C., Universidad Católica de Colombia, 2014.

DULTI, MARÍA TERESA. “Niños combatientes prisioneros”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no. 101, septiembre de 1990.

MONTALVO VELASQUEZ, CRISTINA ELIZABETH. “Principio de oportunidad y exclusión de la responsabilidad penal del adolescente del conflicto armado colombiano”, monografía universitaria, Barranquilla, Universidad del Norte, 2012.

OCAMPO DUQUE, FRANCISCO JAVIER. “Pensamientos, emociones y conflictos. Cómo se vive el conflicto desde la mente, las emociones, las razones y el contexto”, en *Tratamiento de conflictos*, Medellín, Edición de la Universidad de Antioquia, 2005.

OROZCO GÁRCES, CARLOS ALBERTO y MARTHA CONSUELO VÁSQUEZ RANGEL. “Improcedencia del principio de oportunidad en la ley de infancia y adolescencia”, monografía universitaria, Bogotá, D.C., Universidad Militar Nueva Granada, 2014.

RIVEROS BARRAGÁN JUAN DAVID. “Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la ley 906 de 2004”, en *Revista Vniversitas*, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, N° 116, diciembre de 2008.

RODRIGUEZ GARCÍA NICOLAS y CONTRERAS ALFARO LUIS HUMBERTO. “Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del Derecho Procesal Penal del siglo XXI”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, España, N° 3, 2006.

SAMPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS. “Que es y para qué sirve la justicia restaurativa”, en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, No. 12, Bogotá, D.C., Legis Editores, 2005.

SOLANO PLATA, JULIANA. *Justicia retributiva para ex niños soldado*, monografía universitaria, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes, 2014.

VALLES ROMERO, YOMAIRA. “Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia”, monografía universitaria, Bogotá D.C., Universidad Nacional de Colombia, 2014.

CAPITULOS EN LIBROS.

BACIGALUPO, ENRIQUE. “Principio de culpabilidad, carácter del autor y “poena naturalis” en el derecho penal actual”, en GUILLERO OUVIÑA Y GUSTAVO L. VITALE. *Teorías actuales en el Derecho Penal. 75 aniversario del Código Penal*”, Buenos Aires, Editorial Ad –Hoc., 1998.

RUIZ CEBALLOS, SANDRA. “Impactos psicosociales de la participación de niñ@s y jóvenes en el conflicto armado”, en MARTHA NUBIA BELLO y

SANDRA RUIZ CEBALLOS (edit.). *Conflicto armado, niñez y juventud*, Bogotá, D.C., Universidad Nacional de Colombia, 2010

MANRIQUE, MANUEL. “Intervención Manuel Manrique Director Regional UNICEF”, en TEJEIRO LÓPEZ, CARLOS ENRIQUE (comp.), *Niñez y conflicto armado: desde la desmovilización hacia la garantía integral de derechos de infancia*, Bogotá D.C., Universidad de los Andes, 2002.

MEJÍA, JEAN CARLO. “Los niños de la guerra”, en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, no. 15, Universidad Militar Nueva Granada, julio de 2005.

DOCTRINAS.

ALEXY, ROBERT. *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 1994.

APONTE, ALEJANDRO DAVID. *Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*, Bogotá D.C., Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010.

AMBOS, KAI. *Proceso penal alemán, Procedimientos Abreviados y la reforma en América Latina*, en *Estudios de Derecho Penal y procesal penal. Aspectos del Derecho Alemán y comparado*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

ARBOLEDA VALLEJO, MARIO y RUIZ SALAZAR, JOSÉ ARMADO. *Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial*, 7ª ed., Bogotá, D.C., Editorial Leyer, 2005.

BEDOYA SIERRA, LUIS FERNANDO. *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*, Bogotá, D.C., Editorial Comlibros, 2008.

BELING, ERNEST. *Derecho procesal penal*, Barcelona, Editorial Labor, 1943.

CLAUS, ROXIN. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesa, 1ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1997.

CONDE MUÑOZ, FRANCISCO y GARCÍA ARAN, MERCEDES. *Derecho penal: parte general*, 6ª ed., Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2004

DAZA GONZALEZ, ALFONSO y auxiliares de investigación: ÁLVAREZ, JULIAN y SUAREZ, ANGELICA. *Las causales de aplicación del principio de oportunidad en la ley 906 de 2004*, 1ª ed., Bogotá, D.C., Departamento de Publicaciones Universidad Libre, 2010.

GARZÓN MARÍN, ALEJANDRO y LONDOÑO, CESAR AUGUSTO. *Principio de oportunidad*, Bogotá, D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2006.

GOLDSCHMIDT, JAMES. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, Editorial B d F, 2016.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004

_____. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2ª ed., Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

GUERRERO PERALTA OSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 1ª ed., Bogotá D.C., 2007.

GUILLIEN, RAYMOND y VINCENT, JEAN. *Diccionario jurídico*, trad. Marino Ayerra y Jorge Guerrero, Bogotá, D.C., Editorial Temis, 1986

FORERO RAMIREZ, JUAN CARLOS. *Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad*, 2ª ed., Bogotá, D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2013

MAIER, JULIO. *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2002.

MARIÑO ROJAS, CIELO. *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones sobre las políticas de desvinculación*, 1ª ed., Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005.

MCEVOY, KIERAN y MCCONNACHIE, KIRSTEN. "Victimology in transitional justice: victimhood, innocence and hierarchy", en *European Journal of Criminology*, No. 9, 2012

MESTRE ORDOÑEZ, JOSÉ FERNANDO. *La discrecionalidad para acusar*, 2ª ed., Bogotá, D.C., Edición de la Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Los principios de legalidad y oportunidad*, 1ª ed., Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005.

RESUMIL DE SANFILIPPO, OLGA. *Derecho procesal penal. Práctica jurídica de Puerto Rico*, San José de Puerto Rico, Editorial Publishg Company, 1990.

RODRIGUEZ PEÑA, MARÍA VICTORIA. *El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano*, Bogotá, D.C., Editorial ABC Ltda., 2004.

SCHMIDT, EBERHARD. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 2006.

SPRINGER, NATALIA. *Como corderos entre lobos: del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, Bogotá D.C., Editorial Nova, 2012.

WELZEL, HANSEL. *Derecho penal. Parte General*, 1ª ed., trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Editorial Roque Depalma, 1956.

VELÁSQUEZ VELÁSQUÉZ, FERNANDO. *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Bogotá, D.C., Editorial Temis, 1997.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO. *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2005.

DOCUMENTOS OFICIALES.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL. Acta no. 30 del 15 de julio de 2003.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta del Congreso No. 466/2001. Exposición de motivos Proyecto de Ley 110 de 2001. “Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000)”.

_____.Gaceta del Congreso No. 234/06. Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley 215 de 2005 (senado), 85 de 2005 (Cámara).

_____. Gaceta del Congreso No. 124/08. Exposición de motivos del Proyecto de ley 261 de 2008 (Senado), 342 de 2008 (Cámara). “Por medio de la cual se reforma parcialmente la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”.

JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva*, del 28 de agosto de 2002, serie OC No. 17.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias:

Auto 251-2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

C – 200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

C – 228 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

C – 873 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
C-203 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
C – 673 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
C-979 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
C-454 de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
C-819 de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
C-988 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
C - 095 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
T – 466 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
T-1062 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
C-253A de 2012. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Casación Penal. Sentencias:

Del 24 de octubre de 2007, Exp. 22005. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

Del 12 de diciembre de 2012, Exp. 38222. M.P.: José Leónidas Bustos Martínez.

Resolución 31933 de 9 de septiembre. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA-

Sala de Justicia y Paz. Sentencias:

Del 30 de agosto de 2013, Exp. 110016000253200680012. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, aprobada por Colombia mediante la ley 12 de 1991.

CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA. Adoptada el 12 de agosto de 1949, ratificada y aprobada en Colombia mediante ley 5 de 1960.

CONVENIO C182 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, adoptado el 17 de junio de 1999, ratificado por Colombia mediante ley 704 de 2001, publicada en Diario Oficial 44.628 del 27 de noviembre de 2001.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, adoptado por Colombia mediante ley 742 de 2002.

PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL”, adoptado el 8 de junio de 1977, aprobado por Colombia mediante ley 171 de 1994.

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000, aprobado por Colombia mediante ley 833 de 2003.

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES. Adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985.

LEGISLACIÓN NACIONAL.

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002. (Diciembre 19). “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”. Publicado en el Diario Oficial 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (Julio 6). Publicada en la Gaceta Constitucional 116, de 20 de julio de 1991.

DECRETO 2700 DE 1991 (noviembre 30). “Nuevo Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 40190 de 30 de noviembre de 1991.

DECRETO 4690 DE 2007. (Diciembre 3). “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley”, publicada en el diario oficial 46.831 de 3 de diciembre de 2007.

LEY 57 DE 1887. (26 de mayo de 1873). “Código Civil”.

LEY 418 DE 1997. (26 de diciembre). “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, publicada en Diario Oficial No. 43.201 del 23 de diciembre de 1997.

LEY 599 DE 2000 (24 de julio). “Por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000

LEY 600 DE 2000 (julio 24). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

LEY 782 DE 2002 (diciembre 23). “Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y se

modifican algunas de sus disposiciones”, publicada en el diario oficial 45.043 de 23 de diciembre de 2002.

LEY 906 DE 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Publicado en el Diario Oficial 45.658, el 1 de septiembre de 2004.

LEY 1098 DE 2006. (8 de noviembre), “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, publicada en el Diario Oficial 46446, de 8 de noviembre de 2006.

LEY 1312 DE 2009 (julio 09). “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicado en el Diario Oficial 470445 del 9 de julio de 2009.

LEY 1421 DE 2010. (21 de diciembre). “Por medio de la cual se prorroga la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006”, publicada en el diario oficial 47.930 del 21 de diciembre de 2010.

WEBGRAFÍA.

ANALITICA. “Los niños y las niñas combatientes en Colombia – sin derecho a jugar”, 22 de abril de 2008, hallable en: [<http://www.analitica.com/opinion/opinion-internacional/los-ninos-y-las-ninas-combatientes-en-colombia-sin-derecho-a-jugar/>].

BEDOYA SIERRA LUIS FERNANDO, GUZMÁN DÍAZ CARLOS ANDRES y VANEGAS PEÑA CLAUDIA PATRICIA. “Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación”, 2010, hallable en: [<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>].

BRETT, SEBASTIAN. “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”, trad. JUAN LUIS GULLEN, hallable en [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia_ninos.pdf].

GALCERÁ, DAVID. “Primo Levi: contra la asimilación de la víctima al verdugo”, octubre de 2013, hallable en: [<http://www.proyectos.cchs.csic.es/fdh/sites/default/files/1-5%20Galcera.pdf>].

MENORES EN LA GUERRA. “Niños en el conflicto Armado Colombiano”, 24 de abril de 2008, hallable en: [<http://menoresguerra.blogspot.com.co/2008/04/nios-en-el-conflicto-armado-colombiano.html>].

PACHON C, XIMENA “La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra”, Universidad Nacional, 2009, hallable en: [<http://pdba.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP15.pdf>]

UNICEF. “La niñez en el conflicto armado colombiano”, 2013, hallable en: [<https://www.unicef.org/colombia/pdf/boletin-8.pdf>].