

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DEL ADOLESCENTE DESMOVILIZADO DEL CONFLICTO ARMADO
COLOMBIANO**

CRISTINA ELIZABETH MONTALVO VELASQUEZ

CANDIDATA A MAGISTER EN DERECHO

**UNIVERSIDAD DEL NORTE
BARRANQUILLA, SEPTIEMBRE DE 2012**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DEL ADOLESCENTE DESMOVILIZADO DEL CONFLICTO ARMADO
COLOMBIANO**

**CRISTINA ELIZABETH MONTALVO VELASQUEZ
CANDIDATA A MAGISTER EN DERECHO**

**DR. CARLOS GUZMAN MENDOZA
TUTOR DE TESINA**

**UNIVERSIDAD DEL NORTE
BARRANQUILLA, SEPTIEMBRE DE 2012**

*A mi madre, Elisa Margarita Velásquez, por hacer realidad
Todos mis sueños, metas y anhelos.
A mi hijo, Sebastián García Montalvo, por ser mi gran
Motivación e inspiración.*

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	6
I. ANTECEDENTES DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO	13
1.1 Antecedentes Históricos de la Violencia en Colombia.	13
1.2 Definición y Caracterización del Conflicto Armado Colombiano.	22
II. RECLUTAMIENTO ILICITO Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL NIÑO, LA NIÑA Y EL ADOLESCENTE DESMOVILIZADO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO	37
2.1 Antecedentes y causas del Reclutamiento Forzado de niños, niñas y adolescentes en Colombia.	37
2.2 Protección Jurídica, Políticas Públicas y Programas referentes a los niños, niñas y adolescentes desmovilizados del conflicto armado colombiano.	48
2.3 Antecedentes, principios y finalidad del sistema de Responsabilidad Penal de los niños, niñas y adolescentes.	65

III.	PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE DESMOVLIZADO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO	84
3.1	Concepto y Causales de aplicación del Principio de Oportunidad contemplados en el código de Procedimiento Penal.	84
3.2	Aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales contra los adolescentes desmovilizados del conflicto armado: una política pública que genera impunidad penal.	95
3.3	Análisis y sugerencias de Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal contempladas en el artículo 32 del Código Penal aplicables en los procesos penales iniciados contra los adolescentes excombatientes.	113
3.4	Preclusión de la investigación penal del adolescente desmovilizado del conflicto armado por demostrarse una causal de ausencia de responsabilidad penal: una decisión acorde al principio de presunción de inocencia.	117
	RECOMENDACIONES: A MODO DE CONCLUSION	125
	BIBLIOGRAFIA	135

INTRODUCCION

En Colombia guerrilleros, paramilitares y por la relación de estos con la fuerza pública, se reclutan a niños, niñas y adolescentes (NNA) para que cumplan diferentes roles y trabajos, en medio del conflicto interno, tales como: transportar suministros, facilitar información, actuar como vigías de avanzada, llevar explosivos, cocinar, asear los campamentos, ser mensajeros, etc. “El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹ relativo a la participación de niños en los conflictos armados desarrolla en su preámbulo que es prohibido usar los niños menores de 15 años en las guerras, tal como lo estableció el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en donde se incluyó entre los crímenes de guerra en conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o su utilización para participar activamente en las hostilidades. Pero en el desarrollo de dicho Protocolo Facultativo se incrementó el límite a los menores de 18 años, prohibiéndose el reclutamiento de los niños menores de 18 años de la siguiente forma: "los grupos armados distintas de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años"².

Por otro lado, actualmente los modelos de inclusión legal, como el proceso transicional, por ejemplo, deben propugnar por el logro de ese difícil equilibrio entre principios del derecho internacional como son la justicia y la paz, tan puestos en entredicho y tan enfrentados en el marco de la reinserción. Como Señala Gómez (2008), “... *La paz no puede ser expresión de impunidad*”³. No obstante, al respecto, señala Melo (2002) “...*la justicia no puede impedir la reconciliación y la convivencia*”⁴. Es decir, que de un lado se nos plantea el

¹ Organización de las Naciones Unidas –ONU-, “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de Niños en los Conflictos Armados” Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

² *Ibíd.*, artículos 1 y 2.

³ Ver, en tal sentido: Gómez, Jiménez Mario, “Reinserción, Desmovilización y Juventud”, en Informe de avance del estudio de la Fundación Restrepo Barco, Julio del 2008.

⁴ Ver, en tal sentido, Melo Jorge Orlando, “Colombia es un Tema”, Publicado en el libro de Adolfo Chaparro Amaya, ed., Cultura Política y Perdón, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2002. En tal sentido expresa: en esta discusión, cuyo carácter incompleto y tentativo será evidente, me planteo el problema del perdón como hecho histórico. Por supuesto, el perdón político, el que se refiere a acontecimientos públicos, el que tiene que ver con el delito o el mal cometido mediante el uso del poder estatal o paraestatal, se inscribe siempre dentro del horizonte del perdón individual y del perdón judicial, de las tradiciones religiosas y culturales que permiten que el individuo, la familia, la comunidad religiosa, la sociedad, pida y reciba perdón por sus actos privados. Toda sociedad tiene mecanismos para que sus individuos borren sus culpas, paguen sus deudas morales, expíen sus delitos y sean recibidos nuevamente en el cuerpo social. Quien ha cometido un crimen, quien ha violado las leyes de la comunidad, tiene una mancha que debe borrarse para poder a ser un

perdón y el olvido de los actos en conflicto o fuera de él, pero del otro se alerta sobre las expectativas en la comunidad nacional e internacional sobre los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Y, este es el tenor de un debate cada vez más vivo en la realidad colombiana, en donde no se puede olvidar que, siguiendo a Fernández y Abello Gual (2006: 18) que *“los indultos y las amnistías no pueden ser utilizados por un gobierno de cualquier manera, pues los tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han venido estableciendo a través de su doctrina parámetros que deben tener los Estados para utilizar estos instrumentos en los procesos de reconciliación nacional para no vulnerar derechos humanos”*, agregan los autores⁵. Además es deber del Estado sancionar a los autores de dichas violaciones, pues se concibe como *“impunidad la ausencia de pena de los responsables de violaciones de derechos humanos y se interpreta como una forma de promover la ocurrencia de nuevos crímenes”*⁶, es decir, que la posibilidad de amnistiar violaciones contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) desconocería un derecho fundamental de las víctimas: el Derecho a la Justicia y la aplicación de indultos contraviene el deber del estado de penalizar las violaciones a los derechos humanos por cuanto extinguen la pena. Pero como lo plantean Sandoval y Gual: *“esto no podría ser una limitación en el caso colombiano, pues según lo establecido por el Tribunal para la ex Yugoslavia en el caso Tadic, para que se produzca una grave violación contra el DIH es necesario que exista un conflicto armado de carácter internacional, y en Colombia existe un conflicto armado pero de carácter no internacional”*⁷.

Así, teniendo en cuenta que la participación de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el conflicto armado interno colombiano es una realidad, podemos afirmar que su desvinculación del conflicto nos llevaría a pensar en dos referentes: uno, la *política criminal* que regula el proceso penal de estos NNA excombatientes y, dos, en la *política social* que se formula para garantizar que no regresen a un grupo armado ilegal. Para lo cual, resulta pertinente asegurarnos que la atención recibida en los centros del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, responsable de la implementación de la política, sea la adecuada.

Sin dejar de lado la política social, es decir, sin olvidarnos que no pocas veces a los NNA se les instrumentaliza o utiliza para la guerra, se les degrada como personas violándoseles sus derechos o se les ordena ejecutar conductas punibles, este trabajo está enfocado,

miembro aceptado de ella. Los procedimientos de expiación, castigo y limpieza le permiten reintegrarse a la sociedad, haciendo que el efecto de sus actos se borre y se olvide.

⁵ Sandoval Fernández, Jaime y Abello Gual, Jorge (2006) “La Corte Penal Internacional y la salida negociada al conflicto armado”, en *Revista de Derecho*, No. 25 Jul.-Dic. Pág. 18.

⁶ *Ibíd.*, pág. 18.

⁷ *Ibíd.*, pág. 21.

principalmente, a analizar los aspectos de la política criminal que regula el proceso penal de dichos adolescentes, el cual se orienta con fundamento en el *Principio de Oportunidad* consagrado en el Código de Infancia y Adolescencia, que considera la vinculación del menor a los grupos armados ilegales como resultado de factores no voluntarios. Factores estos, que analizamos y, al mismo tiempo, consideramos como unas verdaderas causales de ausencia de responsabilidad penal. Pues la aplicación del principio de oportunidad a los NNA, es una política pública en donde el Estado renuncia a la investigación que debe adelantarse a un NNA excombatiente sin mirar que dicha renuncia genera impunidad penal, mientras que si se lleva a cabo la investigación penal, lo que va a arrojar muy seguramente es que estas personas fueron víctimas y a la vez victimarios, y como víctimas del Delito de Reclutamiento Forzado o Reclutamiento Ilícito, debe decirse que fueron un instrumento y quien los utilizó como instrumento debe responder penalmente, pues como se esbozará más adelante ese es un autor mediato o el llamado “hombre de atrás” que se vale de la inocencia, la orfandad, la falta de oportunidades, entre otros factores para llevar a cabo sus fines delictivos.

El reclutamiento forzado de los NNA, está plasmado como un “crimen de guerra”, tanto en conflictos internacionales como en conflictos no internacionales. El Artículo 8 del estatuto de Roma establece que dicho tribunal: “tendrá jurisdicción respecto de los crímenes de guerra, entre ellos toda violación de las leyes y costumbres aplicables en conflictos armados de carácter interno, categoría que incluye el reclutamiento de menores”. También, la penalización del reclutamiento infantil ha sido recogida en nuestro Código Penal, en el Artículo 162. Desde esta perspectiva jurídica los NNA combatientes son, víctimas, o sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, y deben recibir la atención prioritaria del Estado para efectos de protección, rehabilitación y resocialización. Aunque, bajo el ordenamiento nacional estos menores son clasificados como sujetos de especial protección constitucional y son considerados víctimas, si permite su procesamiento jurídico penal por los delitos cometidos en el curso de las confrontaciones, tal como lo expresó la Corte constitucional en la Sentencia C-203 del 8 de marzo del 2005, al considerar: que no se desconoce ni la constitución política, ni el derecho internacional humanitario, al vincular a los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal

Por otro lado, tenemos que el Artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, que desarrolla el “principio de oportunidad” en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos con ocasión a la pertenencia a grupos armados al margen de la ley, en donde se establece que la Fiscalía podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades cuando: se establezca que el adolescente tuvo como

fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley; así mismo, cuando 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, se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social y cuando esa participación en los grupos armados sea por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

De ser así, podemos decir, que a pesar de las razones dadas por la corte para llevar a cabo el procesamiento jurídico penal de los NNA excombatientes, en la práctica siempre existirán esas condiciones sociales, económicas y culturales que conlleven a los entes judiciales a renunciar a la persecución penal, como hasta al momento se ha visto, pues bajo el nuevo sistema de responsabilidad penal del adolescente se le ha dado prioridad a la condición de víctima de un crimen de guerra, víctima de un delito de lesa humanidad como lo es la trata de personas en la modalidad de reclutamiento forzado del menor excombatiente para brindarle el apoyo que se requiere por parte del ICBF, olvidándonos de los derechos de las víctimas de los hechos cometidos por estos adolescentes, los cuales posiblemente quedarían en una impunidad penal y evidentemente en una desigualdad de derechos, empezando por los principios universales de verdad, justicia y reparación.

Entonces, teniendo en cuenta que la llegada a un grupo armado se facilita cuando el Estado no ha llegado a cubrir ciertas necesidades básicas, lo cual hace proclive al NNA a tomar la decisión de vincularse a un grupo armado al margen de la ley y al mismo tiempo ese no suministro por parte del estado de las necesidades básicas, lleva al Estado a asumir como política criminal la aplicación del principio de oportunidad, pues se siente en incapacidad de castigar lo que el mismo ha provocado con su ausencia y por ende, busca una salida legal temporal, lo cual nos lleva a plantearnos el siguiente interrogante: ¿Cuáles son las razones político criminales que sustentan la aplicación del principio de oportunidad en los procesos iniciados en contra de los adolescentes excombatientes y si esas mismas razones político criminales configuran las denominadas causales de ausencia de responsabilidad penal contempladas en el artículo 32 del C.P?

En este orden nuestro objetivo principal es analizar si son o no aplicables las causales de ausencia de conducta, de atipicidad, de justificación e inculpabilidad en los procesos penales iniciados a los adolescentes excombatientes y de ser aplicables que presupuesto de la responsabilidad penal excluyen, que conlleve a la preclusión de la investigación. Asimismo, plantear un modelo razonable de responsabilidad penal del adolescente que armonice con el modelo de protección integral del NNA y con un concepto de ciencia penal integradora para que respetando lo planteado por el nuevo código de Infancia y Adolescencia se llegue a la utilización o idoneidad de las causales excluyentes de

responsabilidad penal desarrolladas en el código de penal. Y, si estas, a su vez, se traducen en decisiones que amparen principios y derechos constitucionales, como el de la presunción de inocencia, en donde, el adolescente queda absuelto de responsabilidad penal, precisamente por configurarse en su actuar criminal circunstancias que justifican o excluyen su responsabilidad, decisión que no le genera un etiquetamiento o señalamiento de ser delincuente, la cual si se genera cuando se le aplica el principio de oportunidad, pues esta política pública taxativamente en el artículo 327 del CPP plantea que su aplicación no podrá comprender la presunción de inocencia y procede cuando hay prueba de la autoría o participación en la conducta y de la tipicidad de la misma.

En buena medida se vive un constitucionalismo del Derecho Penal, que se refleja en principios como el de proporcionalidad, también llamado prohibición de exceso, que irradia en todo el sistema normativo y como consecuencia de tal constitucionalismo del derecho penal hemos visto que la normatividad ordinaria y el espíritu de los diversos órdenes jurídicos especiales, deben interpretarse y enmarcarse de conformidad al nuevo marco constitucional.

La presente investigación se estructura en tres grandes capítulos. El primero, “*Antecedentes del Conflicto Armado Colombiano*”, se ocupará de dar cuenta de los antecedentes históricos de la violencia y el conflicto armado en Colombia, a través de una breve enunciación de cómo surgió la violencia y cómo ha evolucionado nuestro particular conflicto armado, sin que por ello nos desviemos del principal objetivo de la investigación. Asimismo, que uno de los aspectos que ha caracterizado el conflicto interno en Colombia, ha sido la utilización activa de NNA, por parte de los actores armados vinculados al conflicto.

El segundo capítulo, “*Reclutamiento Ilícito y Responsabilidad Penal del NNA desmovilizado del Conflicto Armado Colombiano*” describirá el delito de reclutamiento ilícito, en cuanto a sus antecedentes y causas. Del mismo modo, abordará el proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) del NNA, analizando dicho proceso, desde la perspectiva jurídica tanto internacional como nacional contemplada en el código de infancia y adolescencia. También enunciará el tratamiento o las políticas públicas de protección que se les brinda a estos NNA, en concordancia con el sistema de responsabilidad penal juvenil y tratará los antecedentes, principios y fines de dicho sistema.

Finalmente, en el tercer capítulo, “*Principio de Oportunidad y Exclusión de la Responsabilidad Penal del Adolescente desmovilizado del conflicto Armado Colombiano*”, analizará cómo se viene aplicando el principio de oportunidad en los procesos de los NNA y precisará cómo se articula, dicho principio con las causales de ausencia de responsabilidad penal planteadas en el Art. 32 del Código Penal, como la fuerza, el constreñimiento y la insuperable coacción ajena, para así, poder especificar porque la utilización de la preclusión de la investigación penal en los procesos penales de los NNA es

una salida jurídica que no genera impunidad penal frente a las conductas delictivas cometidas por estos adolescentes y al mismo tiempo no le genera un etiquetamiento o rotulo de delincuente al adolescente desmovilizado, atendiendo que su principio constitucional de presunción de inocencia queda protegido. Este es quizás el punto más difícil a plantear o argumentar, teniendo en cuenta que debemos integrar nuestro sistema normativo de tal forma que aplicarles la Ley 906 del 2004 y la Ley 599 del 2000 en este aspecto a los NNA no conlleve a afectar el interés superior de estas personas, atendiendo que de una u otra forma les recomendaría a las autoridades judiciales una salida inusual en los procesos penales de los NNA excombatientes y para esto ponderamos qué le agrega el principio de oportunidad a las otras salidas ya convenidas en el ordenamiento jurídico actual o si todo lo que antes se obtenía, a través de las causales de ausencia de responsabilidad penal igualmente se garantizan cuando se acude a las causales excluyentes de responsabilidad como causales para precluir, pero sobre todo si ese es el mecanismo que nos permitirá sacarlos definitivamente del conflicto o si por el contrario, el hecho de que se renuncie a la persecución penal llevará a que cada vez más sean un instrumento de guerra de los actores armados.

Finalmente, a modo de conclusión, el último apartado dará cuenta de los principales resultados y propuestas, así como de nuevas preguntas de investigación que se generan en este trabajo.

Para el logro del propósito fundamental de la presente investigación y de conformidad con el enfoque teórico utilizaremos: el método cualitativo con elementos de carácter descriptivos. Así, mismo con esta investigación abordaremos una interpretación de la dimensión socio – jurídica. Es cualitativa por las estructuras teóricas y la forma de recolección de la información que se plantea. Se trata de abordar un procedimiento comprometido con la búsqueda abierta del conocimiento en cuanto a lo que tiene que ver con los procesos de los adolescentes excombatientes y una búsqueda de la verdad de la aplicación del principio de oportunidad en dichos procesos, así como de las razones políticas criminales en que se fundamenta la aplicación del principio de oportunidad. Estará definida por la dimensión socio – jurídica, debido a que un proceso penal comprometido con las garantías de los menores debe recoger tanto lo legalmente previsto como garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para que en medio de los rigores de un proceso penal se posibiliten la aplicación razonable y previsible del código de Infancia y Adolescencia y del derecho penal en el marco del nuevo proceso penal de corte acusatorio, es decir, con un matiz humanista y social, en donde para este último aspecto se tendrán en cuenta los informes que rinden las distintas instituciones que acompañan al adolescente infractor, como lo son la Defensoría del pueblo, La Human Rights Watch, El ICBF, La UNICEF, etc. Asimismo, es una

investigación jurídica, en atención a que tiene que ver con el concepto de ciencia penal integradora, que toma en cuenta los Instrumentos Internacionales, La Constitución, El Derecho Penal, El procesal penal, El Código de Infancia y Adolescencia, La Dogmática, La Criminología y la Política Criminal. Esta investigación desarrollará: el análisis de la normatividad concerniente a la responsabilidad penal de los adolescentes excombatientes, la descripción de las diferentes teorías de la conducta punible y el análisis de las causales de ausencia de responsabilidad penal, consagradas en el Art. 32 del C.P. De igual forma, es Descriptiva por cuanto busca desarrollar una representación del fenómeno del adolescente excombatiente y a partir de la caracterización de sus condiciones sociales, económicas, culturas, etc., especificar si se configuran o no algunas causales de ausencia de responsabilidad penal y a la vez establecer las razones político criminales de la aplicación del principio de oportunidad en los procesos de estos adolescentes. El proyecto principalmente se basará en el análisis y estudio del Derecho Colombiano en lo que tiene que ver con la dimensión jurídica del tema planteado y para delimitarlo en el tiempo utilizaremos y analizaremos los procesos iniciados a los adolescentes excombatientes desde el mes de julio del año 2005 hasta julio del 2010. Así como la descripción del sistema penal juvenil desde su entrada en vigencia en el 2006 hasta julio del 2010. Finalmente, esbozamos que las fuentes de esta investigación son eminentemente secundarias, ya que toda la información es de carácter documental. Se revisará el contenido normativo, jurisprudencial y dogmático que trata la materia. Por lo anterior la técnica a seguir es la revisión bibliográfica y a consecución de los objetivos específicos se logrará a través de las siguientes actividades: Analizaremos bibliográficamente el tema de la responsabilidad penal del adolescente dentro del marco del nuevo código de Infancia y Adolescencia, el código penal, el de procedimiento penal y la jurisprudencia nacional al respecto. De igual manera revisaremos lo que plantea la doctrina nacional en cuanto a la responsabilidad penal de los menores excombatientes.

I. ANTECEDENTES DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

1.1. Antecedentes y evolución de la violencia en Colombia

Guerras y disputas armadas han formado un país sumido en el dolor y la tragedia, han aumentado la inequidad y la pobreza, han hecho que el gasto público se utilice para fortalecer una estrategia militar desde el Estado y así responder a los ilegales por encima de las necesidades sociales y económicas del país. “Los conflictos a través del tiempo han sido motivo de numerosos análisis y estudios, así mismo el conflicto armado interno nuestro ha sido debatido académicamente en muchas ocasiones”⁸, pero en el caso de la actual investigación no es su eje principal la historia del conflicto armado Colombiano, ni el surgimiento de la violencia, por lo tanto, solo haremos un breve referente académico e histórico de la violencia y nos referiremos a algunos elementos de dicho conflicto armado, atendiendo que los grupos armados ilegales son los que utilizan y reclutan a los niños, niñas y adolescentes.

Colombia, empezó a sufrir desde 1930, las consecuencias e impactos de lo que se ha denominado “la violencia”. Con el triunfo del partido liberal a la presidencia de la república y por ende con la pérdida del poder en manos del partido conservador, en términos de Fals, Guzmán y Umaña, “se desató la persecución de los liberales triunfantes contra los conservadores vencidos, especialmente en los departamentos de Boyacá y Santanderes, en donde el ánimo vengativo trajo días sangrientos para la nación, verdaderos fusilamientos en masa de campesinos indefensos, muchas iglesias e imprentas católicas fueron quemadas y destruidas y destacados jefes conservadores fueron asesinados en emboscadas o en sus propios hogares”⁹.

Como puede observarse la violencia en nuestro país, surge producto de la disputa entre los partidos políticos por el poder y por eso cada vez que se iniciaba un nuevo periodo de gobierno, se agudizaban los actos violentos, como los ocurridos durante el cambio de gobierno en 1946, los cuales llevaron a que en noviembre se declarara turbado el orden

⁸ Véase: Giraldo, Juan Fernando (2005). “Colombia en Conflicto Armado?: 1946-1985”. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana (Papel Político) págs. 43-78. En: <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/colombia.pdf>.; En el mismo sentido: Pecaut, Daniel (1987), “Orden y Violencia”, Bogotá: Siglo XXI editores; Pecaut, Daniel (2001). “Guerra contra la sociedad”, Bogotá: Siglo XXI editores. Asimismo: José Alonso Andrade Salazar, “Mujeres y niños, las víctimas del Desplazamiento Forzado”. En: www.revistaorbis.org.ve págs. 28-53; también: Mariela Márquez Quintero, “Del Conflicto armado en Colombia”, en: Revista Latinoamericana de educación, Manizales (Colombia), págs. 205 - 230, julio - diciembre de 2009

⁹ Guzmán Campos German, Fals Borda, Orlando y Umaña Luna Eduardo, (2010). “La Violencia en Colombia”. Ed. Punto de lectura, Julio, págs. 39 - 40

público en la zona de Bogotá. Así mismo, llevó a Jorge Eliecer Gaitán a publicar un editorial titulado “no más sangre”¹⁰, con el fin de convocar al presidente de la república y a los jefes de los partidos políticos a frenar la ola de sangre. Pero no resultó positivamente el llamado de Gaitán, ya que en 1947 el panorama político se inflamaba en vastas zonas del país, motines, saqueos, paralización total de la industria, enfrentamientos entre liberales y conservadores, decomiso de armas y con ello la aparición de los primeros grupos de violentos, llamados “pájaros”¹¹. Los acontecimientos violentos continuaron en 1948, entre ellos el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán, que para nadie es un secreto que es uno de los hechos más abominables de la violencia en Colombia, ya que el abanderaba la esperanza de solución a toda la problemática del país y con su muerte nace un motivo de venganza para sus seguidores, entre ellos un sujeto que se fuga de una cárcel y cambia su nombre por el de “Tirofijo”, quien logra hacer reuniones y crear una tensión popular que desembocó en numerosas luchas armadas. La violencia ha llevado a un mortalidad inimaginable, ha ocasionado pérdidas materiales, migraciones internas, entre otros hechos siniestros.

Como ha podido observarse la violencia en Colombia y el conflicto armado como tal, ha pasado por hechos muy lamentables, “como la época de 1988 en que algunos sectores comenzaron a financiar con el narcotráfico, siendo presidente Virgilio Barco, en donde se presentó un mayor recrudecimiento, ya que se rompieron los diálogos con los grupos guerrilleros y nacieron los grupos paramilitares”¹². Otro hecho también relevante de dicha época de recrudecimiento del conflicto fue durante la presidencia de Andrés Pastrana (1998–2002), ya que atendiendo los fracasos de las políticas de paz anteriores a su gobierno, ofreció el territorio de cinco municipios como zona de negociación desmilitarizada, ya que exigían una tregua antes de comenzar la negociación, es decir, Pastrana ofreció negociación en medio del conflicto, parece repetirse lo que sucede hoy en día justicia y paz sin transición, con la diferencia que los actores se encuentran extraditados y aglomerados en las cárceles y no en una zona despejada. “En un proceso de negociación de más de tres años en el cual no hubo avances y sí continuó el conflicto, el secuestro de un senador por parte de las FARC y el uso militar que le dieron a la zona despejada llevaron al gobierno a tomar la decisión de suspender las negociaciones”¹³.

Por otro lado, podemos citar que los grupos guerrilleros que actualmente operan en el país son: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Unión Camilista - Ejército

¹⁰ *Ibíd.*, pág. 44

¹¹ *Ibíd.*, pág. 47

¹² Giraldo, Juan Fernando, (2005). “Colombia en Conflicto Armado?: 1946-1985”. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, (Papel Político) págs. 43-78. En: <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/colombia.pdf>.

¹³ *Ibíd.* Pág. 57

de Liberación Nacional (UC-ELN) y Ejército Popular de Liberación (EPL)¹⁴, esta última se cree que no existe, porque desde 1991 la mayoría de sus integrantes negociaron su desmovilización, pero aún operan 3 frentes de esta guerrilla, la cual no supera los 200 combatientes; todos tuvieron su origen en la década de los años sesenta:

- Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC tuvieron su origen en 1964, como forma de autodefensa frente a la persecución desatada contra las formas de organización campesina lideradas entonces por el Partido Comunista. Luego, en la década de los años setenta construyeron una estrategia política global frente al Estado colombiano. En la actualidad está formada por cerca de 10 mil combatientes, organizados en 70 frentes distribuidos en todo el país, tuvieron que afrontar la muerte el 1 de marzo del 2008 de alias Raúl Reyes, vocero internacional de las FARC, quien murió a causa de un bombardeo realizado por la Fuerza Aérea de Colombia en la Operación Fénix, en territorio ecuatoriano, muy cerca de la frontera, constituyéndose este, en el golpe más duro a las FARC y que ha desencadenado una controversia internacional entre Colombia y Ecuador¹⁵.
- La Unión Camilista – Ejército de Liberación Nacional UC-ELN surgió en 1965 en el departamento de Santander, como un proceso de radicalización de algunos sectores del Movimiento Revolucionario Liberal -MRL- que lideró Alfonso López Michelsen a finales de la década de los cincuenta, planteándose la toma del poder por las armas. Se calcula que cuenta con unos 5 mil combatientes, organizados en 30 frentes. Una fracción de la UC-ELN, denominada Corriente de Renovación Socialista firmó en 1994 un acuerdo de desmovilización con el gobierno de César Gaviria¹⁶.
- El Ejército Popular de Liberación EPL tuvo origen en 1968, localizado en la región occidental de la Costa Atlántica, expandiendo luego su acción hacia otras regiones, teniendo particular incidencia en la zona bananera de Urabá, donde el auge de las exportaciones de la fruta creó un fuerte conflicto social. Pero el EPL firmó un acuerdo de paz con el gobierno de César Gaviria en marzo de 1991, y se convirtió en el movimiento Esperanza, Paz y Libertad¹⁷.

Otros grupos guerrilleros, surgidos en las décadas de los 70 y 80, firmaron acuerdos de paz con los gobiernos Barco y Gaviria, para convertirse en movimientos o partidos políticos,

¹⁴ Vicepresidencia de la República, Observatorio de Derechos Humanos y DIH, (2008). “Indicadores sobre derechos humanos y DID Colombia” Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio_de_DDHH/documentos/Indicadores/obs_indicadores_dic2008

¹⁵ Giraldo, Juan Fernando, Óp. cit., 62 y ss.

¹⁶ Giraldo, Juan Fernando, Óp. cit., 64 y ss.

¹⁷ Giraldo, Juan Fernando, Óp. cit., 69 y ss.

como fue el Movimiento 19 de Abril -MI9-, el Partido Revolucionario de los Trabajadores -PRT- y el Movimiento Quintín Lame.

Ante el surgimiento de las guerrillas y su pretensión de ganar influencia sobre la población campesina y sobre los movimientos populares urbanos, “el Estado colombiano desarrolló desde los años sesenta, una estrategia contrainsurgente bajo la orientación de la llamada "doctrina de la seguridad nacional", que se aplicó con mayor rigor a partir del gobierno del presidente Turbay, con un saldo de graves violaciones a los derechos humanos”¹⁸. No obstante que la pretensión aparente de la política contrainsurgente era la derrota de los grupos guerrilleros, ella se aplicó en forma indiscriminada contra importantes sectores de la población campesina y del movimiento popular urbano que fueron seriamente afectados.

Más de diez años de conversaciones de paz entre los sucesivos gobiernos y los grupos guerrilleros han dado lugar a algunos acuerdos de desmovilización, ya enunciados, pero no han logrado la firma de un acuerdo de paz global con las organizaciones guerrilleras más antiguas y con mayor capacidad militar, en palabras de María Teresa Uribe, “se inicia un proceso de diplomacia infinita y armada, conocido como los diálogos de paz con las organizaciones guerrilleras, que se desarrolla, según las dinámicas bélicas, en una combinación de guerra y política”¹⁹.

Al mismo tiempo como estrategia contrainsurgente, desde comienzos de la década de los sesenta la Fuerza Pública y los organismos de seguridad del Estado han sido formados bajo los parámetros de la doctrina de la Seguridad Nacional y la aplicación de los fundamentos del Conflicto de baja intensidad. Dentro de tal propósito se han implementado mecanismos prestos a la eliminación del "enemigo interno", representado en la existencia del comunismo, la subversión o insurgencia. Así, en el marco de dicha estrategia a comienzos de la misma década se recomienda por parte de asesores militares norteamericanos “la conformación de organizaciones de tipo antiterrorista y para la lucha anticomunista. En desarrollo de tal propósito es dictado el decreto 3398 de 1968, el cual fue convertido posteriormente en legislación permanente a través de la ley 48 de 1968, por medio de las cuales se dio el fundamento legal para la organización de la defensa nacional, la defensa civil y la promoción en la organización de las autodefensas”²⁰.

¹⁸ Comisión Colombiana de Juristas, (1997). “Colombia, derechos humanos y derecho humanitario: 1996”, Bogotá.

¹⁹ Uribe, María Teresa, (2005). “Nación, ciudadano y soberano” segunda edición. Medellín: Corporación Región. Citada por, Sandoval Fernández, Jaime “Los Retos de la Transición y la Justicia Transicional”, Ediciones Uninorte, Apertura cátedra Fullbright, 2011, pág. 107.

²⁰ Cardona, Diego; Duarte, Ivonne y Jiménez, Nathaly, “La estrategia de seguridad nacional de Estados Unidos en la administración Bush: una lectura desde América Latina”, en: Alonso, Manuel, “Parapolítica, La Ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos”, Corporación Nuevo Arco Iris, 2007.

Bajo el amparo de dichas normas e inclusive desbordándolas, “miembros de la Fuerza Pública entrenaron, dotaron de armamento y adoctrinaron habitantes en zonas de Conflicto con la finalidad de involucrar de manera directa a la población dentro de la Confrontación y apoyar a los cuerpos oficiales en la lucha contrainsurgente”²¹.

Lo expresado hace varios años por la Corporación Nuevo Arco Iris en el texto: Parapolítica, la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos, ha sido plasmado y confirmado por la Corte Suprema de Justicia, quien en la misma providencia en la que llamó a juicio al ex congresista César Pérez García por la masacre de Segovia, que dejó más de 50 muertos en 1988, acaba de hacer un juicio histórico señalando a la cúpula militar de los Gobiernos de Julio César Turbay Ayala y Belisario Betancur de haber incubado a las bandas paramilitares que perpetraron las peores matanzas y magnicidios en la historia del país. La Corte dice:

Que César Pérez que fue presidente de la Cámara en 1988, y que hasta el año pasado seguía vivo en la política colombiana a pesar de que perdió su investidura en 1993 fue quien movió la máquina paramilitar de Fidel Castaño y Henry Pérez para golpear a Segovia, su antiguo fortín político, como castigo por haber elegido como alcalde a la candidata de la Unión Patriótica (UP). Esa matanza, dicen los magistrados, fue parte de "un plan sistemático, organizado y generalizado de exterminio contra la UP", que se prolongó por varios años y que atentó no solo contra sus integrantes, sino contra simpatizantes y seguidores²².

Lo que plantea la Corte²³ es que, por su resistencia al proceso de paz del Gobierno Betancur, altos mandos militares usaron a las autodefensas para seguir golpeando por igual a guerrillas y movimientos de izquierda. Así mismo, manifiesta, La Corte dice que la doctrina de Seguridad Nacional imperante en el Ejército, el apoyo de políticos locales y nacionales y de los ganaderos, así como los abusos y extorsiones del frente de las Farc que operaba en el Magdalena Medio, fueron el cúmulo de situaciones que propiciaron la creación y expansión del paramilitarismo en Colombia: “El genocidio de la UP, más de 2

²¹ Diego Cardona, Óp. Cit.

²² En: <http://www.reiniciar.org/node/343>

²³ Las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del gobierno del presidente Julio César Turbay Ayala, apoyadas por la cúpula militar, continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las Fuerzas Armadas al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 (...). Los militares continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las Farc, al entrenar, apoyar y armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en Meta (.....) Mientras Betancur seguía adelante con las negociaciones, que fracasaron al cabo de cuatro años, Puerto Boyacá se autoproclamaba como "la capital antisubversiva de Colombia". Y allá, altos oficiales del Ejército impulsaron a la banda de Henry de Jesús Pérez, recordada por otras masacres como la de La Rochela y porque puso los sicarios que mataron al candidato presidencial Luis Carlos Galán en 1989. En, <http://www.reiniciar.org/node/343>

mil candidatos, activistas y congresistas, alcaldes y concejales muertos se dio en esa lógica. Y, dicen los magistrados, César Pérez fue actor de primera línea en esa trama criminal²⁴.

Respecto de la relación de los paramilitares con la Fuerza pública se ha determinado que llevan a cabo patrullajes conjuntos, se ha utilizado a la población civil para que les acompañe en los mismos, los dirigentes o comandantes paramilitares son transportados en helicópteros del Ejército Nacional y las bases militares han sido acondicionadas como lugar de permanencia de los integrantes de estas estructuras criminales. “El armamento con que cuentan les ha sido entregado a través de agentes e instituciones del estado, con recursos recibidos del campesinado, el cual ha sido obligado a pagar una serie de "impuestos" ilegalmente recaudados para el mantenimiento de estos grupos”²⁵. Así mismo, su tipología de acción ha estado enmarcada en la realización de ejecuciones selectivas, hasta la realización de masacres indiscriminadas, tal es el caso de las masacres del Salado, Segovia, Nueva Venecia, Honduras, La Negra, El Tomate y Pueblo Bello.

Estos grupos Paramilitares, enfrentaron un Proceso de Desmovilización, que con la expedición y lenta aplicación de la Ley de Justicia y Paz se abrió un nuevo ciclo en la historia política colombiana. Efectivamente la Ley 975 de 2005 ha posibilitado en forma parcial y fragmentada conocer parte del drama y terror que han cometido los grupos paramilitares en los últimos 15 años y corroborar que Colombia es un país de víctimas, pues “más del 10% de los colombianos han sido golpeados en forma directa por las consecuencias del conflicto armado en Colombia²⁶. En tal sentido y con razón se dice por parte de algunos organismos, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) que “el conflicto armado en Colombia, cuyo mayor número de víctimas son civiles, provoca una violación al Derecho Internacional”²⁷. De ahí que el jefe de comunicación del CICR en Colombia, Yves Heller, informó que durante el año 2007, el organismo internacional asistió a casi 1.500 personas amenazadas para que se trasladaran a un lugar más seguro y cubrió gastos fúnebres de numerosas familias de víctimas de la violencia. Asimismo, el funcionario del CICR lamentó que los choques por la posesión de la tierra, la ocupación de bienes civiles, la toma de rehenes, las desapariciones forzadas y el uso de minas va en

²⁴ *Ibíd*em

²⁵ Cardona, Diego, *Óp. Cit.*

²⁶ Cifras Disponibles en la página web de la Unidad Nacional de Fiscalías para Justicia y Paz. En: <http://www.fiscalia.gov.co>

²⁷ De acuerdo al informe de operaciones del CICR correspondiente al año 2008, “entre dos y cuatro millones de civiles han sido objeto de amenazas de muerte, ataques directos o reclutamiento forzado en Colombia”. En el 2008, “el CICR registró más de mil 600 presuntas violaciones del derecho internacional humanitario, entre ellas 300 ejecuciones sumarias, 205 ataques directos contra civiles, 289 desapariciones y 83 casos de desplazamiento forzado”. Estas cifras ponen claramente en evidencia que las partes en el conflicto no velan lo suficiente porque sus combatientes respeten y protejan a los civiles y a las personas que ya no participan en las hostilidades.

aumento por la presencia de numerosos grupos armados que obligan a los civiles a huir y dejarlo todo²⁸.

Cifras que son perfectamente entendibles cuando se conoce la cantidad de personas que militaban en un grupo armado, tal como lo evidencia el contenido de un informe dirigido al Dr. Luis González, cuando se desempeñaba como Jefe de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, en donde la Fiscalía 3 de la misma Unidad le informa que Rodrigo Tovar Pupo, ex comandante del Bloque Norte de las AUC que operaba en los departamentos de la Región Caribe presentó un listado de 2215 personas que iban a desmovilizarse en el corregimiento de Chimila (Cesar) y un listado de 2545 personas para desmovilizarse en el caserío de El Mamón – La Mesa (Cesar), para un total de 4760 personas²⁹. En el mismo informe se relaciona que El instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- informó que durante el proceso de desmovilización del Bloque Norte en el corregimiento de Chimila (El Copey) y el Caserío El Mamón, Vereda La Mesa (Valledupar), recibió 27 menores (15 en Chimila y 12 en La Mesa), sin aportar mayor información, menores a los cuales la Fiscalía no les tomó versión libre, según la Ley 782 del 2002.

Habiendo recorrido brevemente el surgimiento de la violencia y la evolución del conflicto armado, debo precisar que el desconocimiento del surgir de dichos grupos nos ha llevado a contemplar por décadas la creación de otros grupos, así mismo, los procesos de desarme o desmovilización que hemos vivido, el gobierno no los toma como punto de referencia para corregir los errores que se evidencian con los actuales procesos de desmovilización. Como pretender que cinco mil personas después de haber entregado sus armas, cambien la delincuencia organizada por una vida digna, si lo que el gobierno ofrece no es una Democracia incluyente, en donde el compromiso de construir una sociedad mejor no es el eje de la desmovilización, simplemente se ha pensado en sacar adelante una ley de justicia y paz, sin analizar las circunstancias que nos llevaron a tener a estos grupos armados al margen de la ley por años delinquiendo o peor aún como superar el conflicto armado, sin aportar en lo económico, en lo político y principalmente en la problemática social colombiana, en donde tenemos inmerso a dicho conflicto.

²⁸ Heller, Yves, (2009). Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja CICR, En Tele Sur. Abril 15: “En Colombia si existe un enfrentamiento entre fuerzas del Gobierno de esa nación y agrupaciones insurgentes como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el cual se ha prolongado por más de 40 años, tiempo en el que ha profundizado las desigualdades y la pobreza en los sectores más vulnerables de esa nación suramericana”. En el contexto de este conflicto han perdido la vida un promedio de 4 mil 500 personas por año, principalmente civiles y se ha provocado el desplazamiento masivo de tres millones de personas y el refugio de cientos de miles en países fronterizos y en otros continentes.

²⁹ Jaramillo Rivera, Deicy, Fiscal 3 Unidad de justicia y paz. Datos tomados de: Audiencia de Legalización de Cargos de 4 Postulados a Ley de Justicia y Paz del Bloque Norte de las AUC, Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Bogotá, Febrero a marzo del 2010.

Recorrer brevemente la historia de nuestro conflicto armado, sencillamente tiene como eje resaltar que este no es más que producto de un conjunto de necesidades sociales que el estado se niega a enfrentar con verdaderas políticas sociales. En Colombia los problemas de empleo, pobreza, corrupción, entre otros, son serios obstáculos para lograr superar el conflicto armado. “El empleo es un componente social íntimamente relacionado con la efectividad de los derechos fundamentales, en donde todo hombre necesita de un trabajo para poder realizarse como persona y vivir dignamente, entonces un problema de desempleo origina los efectos contrarios”³⁰

Por otro lado, tenemos la pobreza³¹, de acuerdo con la Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad, Mesepe, que convocaron el Dane y Planeación Nacional para actualizar las cifras de pobreza y desigualdad en Colombia, en el país más del 46% de la personas viven en condiciones de pobreza y el 17% vive en la calle. El problema de la pobreza en Colombia ha tomado dimensiones que sobrepasan la tenue mirada de ver este flagelo como un simple problema de ingreso, de exclusión o de faltante de bienes materiales, estas aproximaciones aún no han tocado la medula de tan grave conflicto, es así; como instituciones, Ong's, fundaciones, organismos internacionales nacionales y del gobierno mismo como también de particulares dolientes de este problema han asumido el flagelo de la pobreza y la miseria desde un ámbito meramente asistencialista y franciscano, siendo que atender la pobreza hoy no es simplemente un acto de corazón bondadoso e inclusive no es un acto ético y de equidad es más que eso, porque si un gobierno no le apunta dentro de sus políticas y programas atender prioritariamente este problema, ese gobierno puede carecer de legitimidad, ya que puede amenazar la estabilidad social, económica y política del país. Resolver el problema de la pobreza es pues una prioridad y por lo tanto no debe ser únicamente una preocupación del estado, en donde se aporta pocas soluciones.

³⁰ Sandoval Fernández, Jaime y Abello Gual, Jorge, (2006) “La Corte Penal Internacional y la salida negociada al conflicto armado”, en Revista de Derecho, No. 25 de Julio a Diciembre, pág. 5.

³¹ Los pobres en Colombia, según la Misión para el empalme de las series de empleo, pobreza y desigualdad (Mesepe), son 19'899.144 de personas. Además, las personas sumidas en la pobreza extrema o indigencia 7'159.172. Así mismo, la desigualdad, medida a través del Coeficiente de Gini, pasó de 0,589 en 2008 a 0,578 en 2009. De acuerdo con la Misión, se considera pobre a una persona cuyo ingreso mensual esté por debajo de 281.384 pesos. Y se considera indigente a una persona cuyo ingreso mensual esté por debajo de 120.588 pesos. También se consideran pobres los hogares que tienen cuatro miembros cuyos ingresos están por debajo de 1'125.536 pesos. Los hogares que tienen cuatro miembros son considerados en la indigencia si sus ingresos son inferiores a los 482.352 pesos. La ciudad con mayor número de pobreza es Manizales, con 45,4%. Bogotá tiene 22% de pobreza. La ciudad con menor pobreza es Bucaramanga. De igual forma, la ciudad con mayor pobreza extrema o indigencia es Manizales, con 11,7%. Bogotá tiene 4,1%. La que menos registra este fenómeno es Bucaramanga con 2,2%. El ingreso per cápita de los hogares cayó 2% en el 2009, frente al 2008. Las cifras oficiales de pobreza e indigencia en Colombia, fueron dadas a conocer por la Misión para el empalme de las series de empleo, pobreza y desigualdad (Mesepe), en la cual participa el Dane y el DNP, además de expertos independientes, entre ellos Manuel Ramírez, vocero de la Misión. En la rueda de prensa también están presentes Héctor Maldonado, director del Dane y Esteban Piedrahíta, director del DNP. Tomado de: www.portafolio.co.com

Hablar de corrupción, es tocar uno de los principales problemas que tiene nuestro país, es un tema bastante difícil de abordar, porque nos encontramos con una sociedad ciega la cual solo se dedica a observar a sus mandatarios, eligiendo a personas que después de hacer prácticamente todo mal terminan siendo reelegidas a los diferentes cargos públicos. Teniendo en cuenta que “la corrupción es el uso indebido del poder que tienen las personas, derivado de los empleos que desempeñan ya sea en el nivel gubernamental como en el privado, y como consecuencia de ello obtienen beneficios personales o para terceras personas, generalmente de tipo económico”³², podría pensarse que la corrupción en Colombia solo está ligada a la baja credibilidad de los ciudadanos en sus instituciones y en sus dirigentes, debido a que las obras publicas que se entregan a la ciudadanía no son las que ella espera en términos de calidad y conveniencia, pero nuestra realidad es otra, hemos mostrado que la corrupción en Colombia, en los últimos años se extendió a todas las ramas del poder público, en donde tenemos varios casos de relaciones con narcotráfico y paramilitarismo, lo que evidencia que quienes dirigen el país, no reconocerán que estamos en medio de un conflicto interno armado porque hacerlo implica aplicar verdaderas políticas sociales que irían en detrimento de su patrimonio económico, el cual se enriquece de dichas actividades ilícitas o vínculos con grupos armados al margen de la ley.

La corrupción es, sin duda, un problema de Estado y es allí en donde se deben afianzar los controles para combatirla, pero es también un asunto social en el cual la creación de un entorno ético es fundamental para consolidarlo, estrategia que requiere de un esfuerzo de largo plazo; es necesario edificar vigorosas campañas de concientización desde la más tierna infancia. En consecuencia, hay que cambiar la cultura que premia el enriquecimiento ilícito, la que no sanciona y sustituirla por la cultura del respeto por la dignidad humana, por los valores esenciales que deben regir la conducta de los servidores como la honestidad, la rectitud y la transparencia; hay que derrotar la corrupción. Cuando se han detectado las causas y no se ha hecho nada, lo que termina prevaleciendo es la tolerancia de los ciudadanos, actitud que significa complicidad.

³² En: www.caracol.com.co, (2010). “La Corrupción en Colombia se da en todas las ramas del poder público”, Julio 26.

1.2 Definición y Caracterización del conflicto armado colombiano.

Atendiendo los aportes de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales en los casos de Ruanda y de la antigua Yugoslavia, sobre la concepción de la existencia de un conflicto armado interno y un conflicto armado internacional, en donde los límites entre si se dio un conflicto armado interno o internacional no se establecieron de una manera radical, procedemos a caracterizar el conflicto armado colombiano, el cual ha sido considerado por la mayoría de analistas nacionales e internacionales como un conflicto armado interno. Atendiendo, que:

“La responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra es un principio del derecho internacional general sentado en el Tratado de Paz de Versalles y en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, pero cabe recordar que los crímenes a los que se refería el primero y en los que conoció el segundo comportaban violaciones de leyes o usos de la guerra cometidas, precisamente, durante una guerra. Los convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales amplían el ámbito de aplicación a todo tipo de conflicto armado de carácter internacional, pero nada disponen en cuanto a que, eventualmente, también pueda incurrirse en este tipo de crímenes en situación de conflicto armado sin carácter internacional”³³.

Desde este punto de vista lo importante es analizar la responsabilidad penal individual de los actores de un conflicto para concebir si es de carácter interno o internacional, pero además, como se estableció en el Tribunal de Ruanda³⁴ en materia de conflictos armados es importante tener en cuenta: En primer lugar, en cuanto al hecho fundamentalmente relacionado con la existencia o no de un conflicto armado; en segundo término, sobre la interpretación del concepto de conflicto armado (interno o internacional); y por último, respecto de la interpretación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949,

³³ Tavernier, Paul, (1997). “La experiencia de los tribunales penales internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda” en Revista Internacional de la Cruz Roja No. 144, noviembre 30 de 1997, pág. 646. citado por Aponte Cardona, Alejandro: “Persecución penal de Crímenes Internacionales, Dialogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional”, Konrad Adenauer y Pontificia Universidad Javeriana, 2010, págs. 42 -45

³⁴ Chris, Maina Peter, (1997). “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 144, noviembre 30 de 1997, pág. 742. citado por Aponte Cardona, Alejandro: “Persecución penal de Crímenes Internacionales, Dialogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional”, Konrad Adenauer y Pontificia Universidad Javeriana, 2010, págs. 19 - 20

relativos a la protección de las víctimas de los conflictos, y del Protocolo adicional de 1977, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales.

Iniciemos este análisis, de la existencia o no de un conflicto armado en Colombia, precisando que se entiende por conflicto. El conflicto es normal en una sociedad, no es algo patológico, ni una manifestación de males incurables. “Ninguna colectividad humana es homogénea, cada una está compuesta por una multitud de categorías sociales diferenciadas por numerosos criterios: edad, religión, lengua, clan, etnia, región, opinión filosófica o ética, la categoría socio-profesional, el trabajo, la vivienda, etc. Algunas de estas categorías forman grupos de presión, actores colectivos más o menos estructurados, de influencia desigual, expresando y defendiendo intereses parcialmente complementarios y opuestos”.³⁵ Por ejemplo, una sociedad autoritaria produce comportamientos autoritarios. Sin duda, la ideología de la intransigencia y la intolerancia, la de verse como únicos portadores de la verdad, ha orientado la conducta de los actores de la sociedad colombiana: los políticos armados o desarmados y los sociales a la tendencia histórica de resolver las insatisfacciones sociales y políticas con la violencia. Como prueba de ello, puedo citar la cantidad de hechos violentos confesados parcialmente ante la Fiscalía 3 de Justicia y Paz por ex miembros del Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC, según informe No. 299588³⁶, situación que se ha evidenciado en todo el país con las miles de confesiones de los desmovilizados postulados a la ley de justicia y paz.

Como se ve, la represión frente a las luchas sociales, casi siempre ha actuado como transformadora del orden establecido y ha sido una respuesta recurrente. Y en nuestro conflicto además, la parcialidad de las instituciones estatales en los diferentes conflictos en contra de los intereses de sectores sociales subordinados, ha ayudado a deslegitimar el Estado y a transformarlo en un elemento de legitimación de los actores que lo conforman. Entonces, el caso colombiano, se ha demostrado y determinado la existencia de grupos armados organizados, los cuales han protagonizado junto con las fuerzas del Estado enfrentamientos de carácter violento, que se fueron degradando en perjuicio de la sociedad civil, lo que demuestra la existencia de un conflicto armado en Colombia, en donde

³⁵ Oquist, Paul (1978). “Bases Urbanas de la violencia en Colombia”, citado por el Instituto de Estudios Colombianos, Bogotá, en: conflictoarmado@hispavista.com

³⁶ Fiscalía General de la Nación. Informe No. 299588 FGN-DN-CTI-SIA. Agosto 10 de 2006: BARANOA (28): Desaparición forzada: 2; Desplazamiento forzado: 1; Homicidios: 25; BARRANQUILLA (354): Amenazas: 6; Desaparición forzada: 48; Desplazamiento forzado: 21; Extorsión: 2; Homicidios: 161; Tentativa de Homicidio: 5; Lesiones personales: 8; CAMPO DE LA CRUZ (4): Homicidio: 4; Candelaria (4): Homicidios: 3; Hurto: 1; GALAPA (20): Desplazamiento forzado: 3; Homicidios: 16; Lesiones personales: 1; JUAN DE ACOSTA (4): Amenazas: 1; Homicidios: 3; LURUACO (21): Desplazamiento forzado: 1; Extorsión: 3; Homicidios: 17; MALAMBO (56): Daño En bien ajeno: 1; Desaparición forzado 4; Desplazamiento forzado: 3; Homicidios: 47; Tentativa de Homicidio: 1, entre otros municipios..

sobresalen dos aspectos: intensidad y nivel de organización de los grupos que intervienen en el Conflicto.

Frente al segundo aspecto, si el conflicto es de carácter interno o internacional, tenemos que en el caso colombiano se predica es la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional, atendiendo el reconocimiento hecho por las autoridades nacionales y por las recientes consideraciones del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala de Justicia y Paz como “hecho notario”³⁷, en donde el número de homicidios selectivos, personas desaparecidas, personas desplazadas y masacres documentadas en los distintos procesos que adelanta la Unidad Nacional de Justicia y Paz, permiten concluir que en el conflicto armado interno colombiano, se han llevado a cabo innumerables ataques criminales y según el -CERAC- Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos³⁸, la estrategia de los grupos armados al margen de la ley que se han desmovilizado en el país y que han revelado su accionar, ha puesto en evidencia que el mismo no recaía en una confrontación directa con otro tipo de grupos armados que intervinieran en el conflicto, sino que más bien se centra y se centró en acciones unilaterales, con el objetivo de victimizar a la población civil, específicamente a aquellos de quienes los grupos presumen o presumían que eran colaboradores, militantes o auxiliares de los demás grupos subversivos o simplemente eran tildados como dañinos para la sociedad.

En nuestro escenario, es claro que el conflicto interno armado se desarrolla a través de distintas manifestaciones culturales de los grupos en conflicto, como lo son las acciones militares sostenidas y concertadas que incluyen labores de patrullaje y todas aquellas dirigidas a ejercer control sobre ciertos sectores de la población o la restricción de su movilización, entre otras, siendo a partir de la constatación de su presencia que puede predicarse precisamente la existencia de un conflicto armado interno. Así mismo, puede interpretarse el conflicto interno como “una impresionante acumulación de disfunciones en todas las instituciones fundamentales del estado”³⁹, que pretenden solucionarse con el aumento de la fuerza pública, tal como se evidencia en el informe especial del CINEP, en donde se establece que “a diciembre de 2011 el país contaba con más de 447 mil efectivos (Fuerzas Militares y Policía Nacional), 12 mil más que el año anterior, ratificándose de esta manera el incremento de pie de fuerza que viene dándose desde el 2002 cuando eran un

³⁷ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Magistrada Ponente: Lester María González Romero. Radicación: 110016000253-200681366. Postulado: Edgar Ignacio Fierro Flores. Procedencia: Fiscalía 03 Unidad Nacional de Justicia y Paz. Decisión: Sentencia. Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil once (2011).

³⁸ Audiencia de Legalización de Cargos del Postulado a Ley de Justicia y Paz José Gregorio Mangonez Lugo. Exposición del doctor Alonso Tobón, investigador del Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos – CERAC-, sesión de la tarde del 8 de febrero de 2010, minuto 10:27:19.

³⁹ Op. Cit. Guzman, Fals, Umaña. Pág.

poco más de 313 mil (Ministerio de Defensa Nacional, 2011; 2012), es decir, evidentemente se le apuesta por la salida militar al conflicto”⁴⁰.

Naturalmente, cualquiera sea la manifestación del conflicto, subsiste tanto para los miembros de las organizaciones armadas ilegales, como los miembros de la fuerza pública la obligación de mantener al margen de su accionar a las personas y bienes protegidas por el DIH. Pero, en el escenario colombiano se ha vislumbrado una verdad incontrovertible, como es la existencia de grupos armados organizados que bajo la forma de aparatos militares irregulares, llevaban a cabo operaciones con el fin de disputarse el control territorial. Son múltiples las pruebas que revelan el accionar de los grupos armados ilegales, la presencia permanente de los hombres de dichos grupos armados, en los distintos municipios del país, que efectuaban y efectúan control sobre la población; retenes en los caminos, en los que tras identificar a quienes presuntamente colaboran con las otras organizaciones ilegales o con el estado, proceden a darles muerte; registro sorpresivo en las residencias de las víctimas para ultimarlas mientras descansan; múltiples eventos de tortura con el fin de obtener información sobre el actuar de los otros grupos, etc.

Con independencia de que exista o no una declaración proveniente del Gobierno colombiano que reconozca la existencia de un conflicto armado interno, ha de indicarse que las normas del DIH, tales como los “Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional II de 1977”⁴¹ esbozan reglas que deben cumplirse en caso de conflictos armados y deberán aplicarse en todos aquellos eventos objetivos en que el recurso de la fuerza se desarrolle desde su inicio y hasta la finalización de las hostilidades.

⁴⁰ Centro de Investigación y Educación Popular / Programa por la Paz -CINEP/PPP- 82012), “Informe especial: Conflicto armado en Colombia, durante 2011” Programa por la Paz, Junio 2012. Pág. 8

⁴¹ Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional II de 1977: Artículo 1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, (...), se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. Y el Artículo 3: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los

No obstante lo anterior, no puede dejarse de lado el hecho de que el Estado ha reconocido por diferentes vías la existencia del conflicto armado no internacional, como reciente y expresamente lo hizo en la ley de víctimas, así mismo, se ha reconocido a los grupos guerrilleros y de autodefensas como parte del mismo. Además, dada la naturaleza de la confrontación existente y la preponderancia de las disposiciones humanitarias, se debe tener en cuenta el arriba citado artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, por ser normas que en su mayoría han adquirido el carácter de derecho internacional consuetudinario y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Sumado, a que Colombia como parte de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales, contrajo la obligación de introducir en la normatividad penal interna sanciones para sus violaciones; fue así como en el Título II de la parte especial del Código Penal actual, ley 599 de 2000, consagró los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH y siguiendo criterios internacionales, en los artículos 135 y 154 del código penal, clarificó el concepto de personas y bienes protegidos, respectivamente.

Pero, en el debate por la definición de "conflicto armado interno", se ha recordado que los grupos violentos: 1. Se financian con el narcotráfico; 2. Secuestran, ponen bombas indiscriminadamente, reclutan y asesinan niños, asesinan mujeres embarazadas, asesinan ancianos y utilizan minas antipersonales dejando a su paso miles de víctimas inocentes; 3. Destruyen el ecosistema; 4. Lo único que han producido es desplazamiento, dolor, desempleo y pobreza. Atendiendo estas características, podemos decir que nuestro particular conflicto armado ha generado miles de muertos, lisiados, secuestrados, una de las peores crisis de desplazamiento forzado en el mundo y desaparecidos, lo que ha conllevado a que Colombia sea conocida como uno de los países más violentos, en donde, caracterizar nuestro conflicto armado es abordar abusos y agresiones que cotidianamente soportamos: "En el año 2007 hubo alrededor de 1.400 homicidios de civiles, superior a los 1.300 que se dieron en 2006. En los casos en los que se logró identificar a los autores, las fuerzas estatales fueron responsables de al menos 330, los grupos paramilitares de unos

suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

300 y los grupos guerrilleros de alrededor de 260⁴². De acuerdo a reportes del -ACNUR- Comité para los Refugiados de Naciones Unidas⁴³, en el 2008 se presentaron hechos de reclutamiento forzado de menores de edad por partes de las fuerzas del estado para recopilar información de inteligencia de los grupos armados ilegales. Según el mismo organismo, las guerrillas de las FARC y el ELN, además de grupos paramilitares no desmovilizados, practicaron el reclutamiento forzado de niños y el cual han extendido a regiones fronterizas con Venezuela y Ecuador. Por otro lado, En el año 2008, la organización no gubernamental, -CODHES- Consejería para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado, reportó que 270.000 personas en Colombia tuvieron que desplazarse en los primeros seis meses de 2008, un aumento del 41% frente a los primeros seis meses de 2007. La Agencia Presidencial Acción Social, hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social difiere de la cifra total de desplazados y afirma que el número oscila entre 2,6 millones de personas, mientras que el Codhes dice que hay unos 4 millones de desplazados en Colombia⁴⁴. Pero más allá de la cantidad de “masacres”⁴⁵ muertos, desaparecidos, torturados, desplazados, etc., lo que asombra son las formas, las maneras, la sevicia con que se llevan a cabo los hechos, si se quiere, lo real de sus actos, que no sólo son contados por quienes se han salvado de esas masacres, sino también en las audiencias libres por los mismos autores o victimarios en una posición bastante cínica: “dentro de la guerra los comandantes dábamos directrices a nuestros subalternos, directrices en el ámbito político, directrices en el ámbito militar, directrices en el ámbito social, para que cada uno de ellos las desarrollara con el único objetivo de, valga la redundancia, lograr los objetivos políticos que tenía la organización de autodefensas. Dentro de ese esquema es bueno que sepa que cada comandante en su zona desarrollaba actividades de inteligencia, que son las operaciones previas o son las operaciones que traen como resultado la información, para después desarrollar las operaciones militares, esa era una autonomía que ellos tenían mi directriz era que utilizaran todos los medios que en el teatro de operaciones les permitiera lograr identificar al enemigo y si no había un entendimiento político, la orden era que al enemigo si no se le vence políticamente, se le vence militarmente”⁴⁶.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Disponible en: <http://www.acnur.org>

⁴⁴ En: <http://www.codhes.org>

⁴⁵ Alonso Tobón, investigador del Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos –CERAC–, Exposición en sesión de la tarde del 8 de febrero de 2010, en la Audiencia de Legalización de cargos del Postulado a ley de justicia y paz José Mangonez Lugo, minuto 10:27:19. Manifiesta: Algunas de la muchas masacres denunciadas en el país son: la de Mapiripan Meta con 27 muertes, la del Aro en Ituango Antioquia con 15 muertos, quizás, la más brutal, si es que es propio clasificarlas es la del Salado en el departamento de Sucre, que a falta de horas duró tres días, dejando 38 muertos, sin contar los que iban dejando a su paso, por cinco veredas antes de llegar al Salado, también está la comunidad san José de Apartadó con ocho muertos, entre ellos tres niños dos de los cuales fueron degollados, dizque para evitar que cuando fueran adultos se convirtieran en guerrilleros.

⁴⁶ Versión libre de Rodrigo Tovar Pupo, alias Jorge 40, ex comandante del Bloque Norte de las AUC. Julio 5 de 2007, minuto 09:56:54.

Teniendo en cuenta las cifras dadas a conocer por el CODHES, por ACNUR y por lo expresado o expuesto en algunas audiencias del proceso de justicia y paz podemos decir que existe la certeza que la guerrilla y los paramilitares han hecho de la violencia un ejercicio de apropiación en nosotros los colombianos y dichos actos violentos hacen parte de nuestra cotidianidad. Pero, es menester, preguntarnos, en que incide que dichos actos violentos provengan de organizaciones guerrilleras o que provengan de grupos paramilitares? Como influye que las escandalosas cifras dadas a conocer de homicidios, masacres, fosas de desaparecidos, etc., ya no sean cometidas únicamente por la guerrilla y los paramilitares, sino también por parte de funcionarios del estado y de las fuerzas militares ligados al paramilitarismo y al narcotráfico. Más que hacer una controversia sobre tendencias políticas, lo que pretendo al instaurar dicha pregunta, es mirar si las directrices del gobierno, en cuanto a los tratamientos jurídicos y políticos para los actores del conflicto armado Colombiano, se están considerando de distintas maneras dependiendo del actor o si son tratamientos iguales para todos los actores, atendiendo que realmente lo que se busca es la superación del conflicto. Encontrándonos, que en cuanto a la Guerrilla, el anterior gobierno de Álvaro Uribe, “con su política de seguridad democrática, anunció que recrudecería la guerra hasta vencer a la guerrilla y la obligaría a dialogar en condiciones desfavorables⁴⁷”, pero su periodo terminó y los anhelados diálogos con la guerrilla no se dieron. Posteriormente, tenemos que en noviembre del 2011, el presidente Juan Manuel Santos, enfatizó que: "Las Farc y su carrera absurda de violencia que ya alcanzaban casi medio siglo, habían llegado a un punto de quiebre. En una alocución radiotelevisada aseguró que la cúpula de esa guerrilla se va derrumbando como un castillo de naipes, recordó cómo han caído, entre otros, Martín Caballero, el Negro Acacio, Martín Sombra, Raúl Reyes, El mono Jojoy, Tirofijo y Alfonso Cano"⁴⁸. Después de la muerte de este último el presidente expresó: “no quiero que se derrame más sangre. El tiempo de las Farc se sigue agotando. No ofrezcan sus vidas por un proyecto fracasado, por defender a unos jefes intransigentes, Desmovilícense"⁴⁹. Es de resaltar que en la misma rueda de prensa en la ciudad de Popayán, cuando el presidente presidía un consejo de seguridad dijo: que la muerte de Cano "cambiará la historia del país", y reiteró que la puerta del diálogo no estaba cerrada con llave, pero enfatizó que se necesitan unas señales claras y que cese el terrorismo.

En este punto comparto, lo señalado por Sandoval, que considera que “la guerra ha

⁴⁷ Sandoval, Fernández Jaime, (2010). “Los Retos de la transición y la justicia transicional”, en: Colombia y el hemisferio frente al nuevo orden. Ediciones, Uninorte. Apertura Cátedra Fullbright. pág. 108

⁴⁸ Redacción El Tiempo, “Juan Manuel Santos, el hombre que tiene en jaque a la guerrilla”, en: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10713660.html. Noviembre 5 del 2011.

⁴⁹ ibídem

resultado inoperante para lograr el dialogo encaminado a buscar solidas perspectivas de paz, también lo ha sido para conseguir objetivos de menor complejidad, como la liberación de los secuestrados, propuesta desde hace mucho rato y compartida por la comunidad nacional e internacional, pues dentro del ejercicio de la guerra, el cautivo resulta instrumentalizado por los contendientes, para quienes son más importantes los dividendos, el golpe al enemigo, que su libertad, la cual solo interesa si se traduce en un triunfo más de la confrontación”⁵⁰. Lo anterior se evidencia con los recientes hechos violentos⁵¹ que se han perpetrado a comienzos del año 2012 en el país: Atentados terroristas contra las poblaciones de Tumaco, Cajamarca y Villa Rica y contra la Policía Nacional, así mismo, atentados contra la infraestructura y maquinaria petrolera en Yondó y la zona del Catatumbo. Actos que son una clara infracción al Derecho Internacional Humanitario y vulneran los Derechos Humanos, es decir, que los golpes militares o la confrontación del enemigo mediante la guerra no trajo su derrota o el tan anhelado dialogo, sino más actos violentos por parte de los terroristas o actores del conflicto interno armado. en palabras del consultor político Federico Hoyos Salazar, “coincidencia o no, una vez posesionado el presidente Santos los niveles de inseguridad del país empezaron a crecer”; Hoyos dice que las cifras evidencian un retroceso, que de acuerdo con resultados de una investigación de la Fundación Seguridad y Democracia, en 2011 hubo un aumento del 24% en ataques guerrilleros a poblaciones, aumento del 32% en ataques a infraestructuras eléctricas y 10% en aumento del secuestro, todo esto con respecto al año 2010, agrega que pasamos de la percepción a la realidad cuando las Farc, las bacrim y demás grupos ilegales secuestran ciudadanos inocentes, vuelan torres y radares, ponen caballos bomba y decretan paros armados que paralizan el comercio y el transporte”⁵². Situación que el ex presidente Uribe sintetizó con la expresión “Necesitamos seguridad en lugar de apaciguamiento” en su cuenta de twitter, tal como lo expresó el mismo medio periodístico.

Ahora veamos, como ha tratado el gobierno a otro de los actores del conflicto, que contrario a lo que ha sucedido con la guerrilla, como lo expresó Sandoval: “a los paramilitares no se les prometió, ni desató una guerra encarnecida para derrotarlos u obligarlos a negociar en condiciones desfavorables, y fue ostensible en el trato y el

⁵⁰ Sandoval, Fernández Jaime, (2010). “Los Retos de la transición y la justicia transicional”, en: Colombia y el hemisferio frente al nuevo orden. Ediciones, Uninorte. Apertura Cátedra Fullbright. pág. 109 - 110

⁵¹ Actos de violencia registrados los días 1 y 2 de febrero del 2012, a causa de la explosión de artefactos en los departamentos de Nariño, Tolima y Cauca. Tres atentados terroristas con bomba, que han sido atribuidos a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y que causaron la muerte de 18 personas y dejaron 77 heridos. En: <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/francia-y-espana-condenan-los-tres-cruelles-atentados-perpetrado-por-las-farc/20120203/nota/1617467.aspx>

⁵² Hoyos Salazar, Federico, (2012). “¿Percepción o retroceso? Política de seguridad del gobierno Santos enciende el debate” Por: Andrea Forero Aguirre. En entrevista al Diario el Espectador. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articulo-324944-politica-de-seguridad-del-gobierno-santos-enciende-el-debate>. Consultado, Febrero 5.

lenguaje que se utilizaba con ellos, un ánimo de acercamiento y propensión al dialogo y a los acuerdos; muy distinto al lenguaje agresivo y al ánimo pendenciero acostumbrado en las relaciones FARC y el ELN”⁵³. Para estos actores hubo zona de despeje, en donde entraban y salían libremente y hubo aplicación de la denominada ley de justicia y paz a los ex miembros de las AUC que se desmovilizaran y solicitaran voluntariamente al gobierno nacional ser postulados a dicha ley, teniendo el gobierno la potestad de postularlos o de negarles la postulación, por ser esta decisión un acto discrecional del ministro del interior y de justicia. Como prueba de ello es que a Diciembre del 2009, durante una audiencia del ex comandante del Frente William Rivas del Bloque Norte de las AUC se informó por parte de la Fiscal 3 de Justicia y Paz: “... Que de los 4.759 desmovilizados del Bloque Norte, 599 fueron postulados a Justicia y Paz, de los cuales 418 están libres, 162 han sido capturados y 19 de los postulados han sido asesinados. Pero, de ese porcentaje de postulados, sólo 65 se ratificaron y 359 no se acogieron a la ley de justicia y paz. Los otros, 144 están pendientes de ser escuchados y 12 fueron reasignados a otros bloques”⁵⁴. Entonces, para estos actores del conflicto era su decisión solicitar postularse a la ley de justicia y paz o no y tras ello obtener el beneficio de la denominada pena alternativa de 5 a 8 de prisión por todos y cada uno de los hechos confesados bajo el esquema de la mencionada ley, lo que demuestra que a los distintos actores del conflicto se les ha tratado desigualmente, situación que entre otras causas obedece a que fue el mismo Estado quien contribuyó con el surgimiento de las denominadas autodefensas, contaron con un amplio respaldo de la clase política y dirigente y en muchos de los casos cometidos por los paramilitares hubo apoyo directo de miembros del estado, tal como se ha evidenciado en las audiencias de los postulados de la Ley 975/2005, como lo ha expresado nuestra honorable Corte Suprema de Justicia (Expediente 26.945 – 2007) y la comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵.

⁵³ Sandoval, Fernández Jaime, (2010). “Los Retos de la transición y la justicia transicional”, en: Colombia y el hemisferio frente al nuevo orden. Ediciones, Uninorte. Apertura Cátedra Fullbright. pág. 122

⁵⁴ Tomado de la Audiencia de Versión libre de José Gregorio Mangonez Lugo, alias Carlos Tijeras, ex comandante del Frente William Rivas del Bloque Norte de las AUC. Diciembre 5 de 2009.

⁵⁵ Comisión Inter eclesial de Justicia y Paz (2005). “Informe de la CIDH sobre la desmovilización paramilitar en Colombia”. Viernes, 16 de septiembre. En el informe de la CIDH se expresa que “El Estado reaccionó al resurgimiento de la violencia y en 1965 promulgó en forma transitoria, bajo el estado de excepción, el Decreto 3398 que establecía en su artículo 25 que “...todos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad.” Seguidamente, en su artículo 33, parágrafo 3, el Decreto indicaba que “el Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas” con lo cual grupos de civiles se armaron legalmente . Este Decreto fue convertido en legislación permanente en 1968 y los llamados “grupos de autodefensa” se conformaron al amparo de estas normas, con el patrocinio de la Fuerza Pública.

Entonces, para definir y caracterizar el conflicto armado colombiano resulta ineludible revisar como el gobierno ha tratado a sus actores, para así mirar que la soberanía como elemento relevante del Estado, lleva varias décadas en disputa con fuerzas irregulares (Grupos guerrilleros y Grupos paramilitares) que coexisten con el Estado y como lo expresa la historiadora María Teresa Uribe: “es precisamente la prolongación del conflicto por tiempo indefinido lo que permite que se transite de la debilidad endémica de la soberanía estatal a la competencia de soberanías, donde aquella que representa la institución legal, coexiste, se superpone o se confronta con otras soberanías alternativas, que controlan territorialidades difusas pero no logran una transferencia del poder del Estado, ni concitar el apoyo decidido de un sector importante de los ciudadanos, manteniendo, eso sí, la incapacidad de los sucesivos gobiernos para someter los contradictores y hacer obedecer sus normas al conjunto de la nación”⁵⁶.

Independiente de qué actores armados estén llevando a cabo los actos violentos, definir nuestro conflicto es centrarnos en la pobreza, la falta de educación, el abandono estatal, las deficiencias socio-económicas en los núcleos familiares, los valores de la sociedad y la activa participación de menores en el conflicto armado interno, desafortunadamente, a pesar de las prohibiciones formuladas por las normativas de orden internacional y nacional, los niños y las niñas continúan participando en las hostilidades y convirtiéndose, con gran frecuencia, en víctimas de hechos de guerra. Todos estos niños y niñas sufren igualmente las consecuencias del conflicto armado, la guerra se les convierte en una forma de vida y experimentan las múltiples privaciones propias de los conflictos. Si deciden salir voluntariamente del grupo armado en el que se encuentran, son considerados desertores y pueden ser ejecutados sumariamente.

Finalmente, debemos precisar que existen varios estudios y teorías que han intentado definir el conflicto armado, pero en este trabajo nos apoyaremos en las definiciones dadas por el Derecho Internacional Humanitario (DIH): En el caso de los conflictos no

⁵⁶ Uribe, María Teresa. “Nación, ciudadano y soberano”. (2ª ed.). Medellín: Corporación Región, 2005, pp. 217 y ss. citada por: Sandoval, Fernández Jaime, “Los Retos de la transición y la justicia transicional”, en: Colombia y el hemisferio frente al nuevo orden. Ediciones, Uninorte. Apertura Cátedra Fullbright. pág. 107 y 108

internacionales, que como lo expresé anteriormente, las dos normas más importantes son el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de 1977. “El artículo 3º menciona y regula los conflictos armados no internacionales, pero no los define. Por su parte, como lo ha reconocido unánimemente la doctrina, el Protocolo II establece un umbral más alto de aplicabilidad, pues establece que los conflictos armados internos deben reunir cierta intensidad para que se aplique dicho Protocolo”⁵⁷ Esto significa que si una situación puede ser caracterizada como conflicto armado interno según la definición del Protocolo II, también es conflicto armado interno en los términos del artículo 3 común. Conviene entonces analizar la definición prevista por el Protocolo II, ya que si concluimos que, según ella, la situación colombiana es de conflicto armado, por consiguiente también lo será para el artículo 3º.

Por su parte, el artículo 1º del Protocolo II establece que, para que se apliquen sus normas, el conflicto interno debe ser más intenso que los disturbios interiores o las situaciones esporádicas de violencia; debe ser realmente un conflicto armado que enfrente al Estado con fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. Esto significa que, conforme al Protocolo II, para que pueda hablarse de conflicto armado deben existir enfrentamientos entre el Estado y actores armados disidentes, siempre y cuando éstos tengan mando responsable y control territorial suficiente para realizar operaciones militares y aplicar las normas humanitarias. Un breve análisis es suficiente para concluir que esas condiciones existen en Colombia. Así, en nuestro país existen enfrentamientos armados entre el Estado y actores armados ilegales, como las guerrillas o los grupos paramilitares. Esos actores tienen una estructura jerarquizada que permite hablar de que tienen un mando responsable. Por ejemplo, las FARC tienen el secretariado, que es su comandancia superior, sin perjuicio de que muchos de sus frentes tengan una autonomía considerable. Igualmente, estos actores armados tienen un control territorial suficiente para realizar acciones militares y aplicar las normas humanitarias. En efecto, el control territorial exigido por el Protocolo II no implica que el actor armado deba tener la capacidad de impedir la entrada de las Fuerzas Armadas del Estado en la zona de influencia guerrillera

⁵⁷ Así, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en su comentario del Protocolo II, señala que “en las situaciones en que se cumplen las condiciones de aplicación del Protocolo, se aplicarán simultáneamente el Protocolo y el artículo 3 común, ya que el ámbito de aplicación del Protocolo está comprendido en el del artículo 3 común. En cambio, en un conflicto de poca intensidad en el que la lucha no presente las características requeridas por el Protocolo, se aplicará solamente el artículo 3 común”. Ver CICR, Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, Párrafo 4457, disponible en Internet en: www.icrc.org.

o paramilitar, sino que esos actores armados ilegales tengan una presencia territorial suficiente para realizar operaciones militares y aplicar las normas humanitarias.

Por otro lado, la CIDH⁵⁸ se ha pronunciado reiteradamente sobre la grave situación de los derechos humanos en Colombia y la violencia sistemática y generalizada que es parte de la vida diaria de la población civil, afectada por un conflicto interno que se ha extendido ya por cuatro décadas. En particular, durante los últimos quince años, actos de violencia perpetrados por los actores en el conflicto armado interno se han traducido en graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en contra de la población civil. “La CIDH ha expresado su preocupación por la comisión de hechos de violencia que han agravado la crisis humanitaria que afecta a más de dos millones de personas y ha causado miles de víctimas fatales”⁵⁹. “Colombia se ha visto inmersa en una dramática espiral de violencia que afecta a todos los sectores de la sociedad, socava los cimientos mismos del Estado, y conmueve a la comunidad internacional por entero. Sin duda se trata de una de las situaciones de derechos humanos más difíciles y graves en el Continente”⁶⁰. Dadas las características del conflicto, su desarrollo histórico y los intereses económicos en juego, los grupos al margen de la ley han generado una combinación de alianzas y de choques simultáneos con el narcotráfico y miembros de la propia Fuerza Pública, cuyo involucramiento con el paramilitarismo ha sido documentado tanto por la CIDH, como por los órganos de Naciones Unidas y numerosas organizaciones no gubernamentales internacionales y locales.

Según ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“..... a pesar que el Estado alega no mantener una política oficial de incentivar la constitución de grupos paramilitares (Decreto N° 3398 del 24 de diciembre del 1965 “Por el cual se organiza la defensa nacional) ello no lo libera de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco jurídico que los amparó; por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó; y por no adoptar las medidas necesarias para

⁵⁸ La CIDH ha comunicado sus impresiones y puntos de vista sobre la situación general de los derechos humanos en Colombia de forma periódica en el Capítulo IV de sus informes anuales para los años 1995, 1996, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, en su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9, 26 de febrero de 1999 y en su Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004.

⁵⁹ De acuerdo a Amnistía Internacional, en los últimos 20 años, el conflicto ha cobrado la vida de al menos 70.000 personas, la gran mayoría de ellos civiles muertos fuera de combate. Véase Amnistía Internacional, Colombia, Cuerpos Marcados, Crímenes Silenciados: Violencia Sexual contra las Mujeres en el Marco del Conflicto Armado, AMR 23/040/2004, pág. 16.

⁶⁰ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999), Capítulo 1, párr. 1.

prohibir, prevenir y castigar debidamente sus actividades delincuenciales. Esto, sumado al hecho que miembros de la propia Fuerza Pública en ciertas áreas del país, incentivó a grupos de autodefensa a desarrollar una actitud ofensiva frente a cualquier persona considerada como simpatizante de la guerrilla.⁶¹

En todo caso, como ya se ha expresado paramilitares y grupos guerrilleros han impuesto su presencia en los corregimientos y municipios del país a través de castigos y formas de control social contra la población civil, especialmente en los casos en que miembros de la comunidad son percibidos como simpatizantes de grupos adversarios, muchas veces simplemente por el hecho de no demostrarles o no haberles demostrado resistencia en el pasado. En algunos casos, “la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido la responsabilidad del Estado toda vez que graves violaciones a la Convención Americana fueran perpetradas por estos grupos con la aquiescencia de agentes estatales”⁶².

En suma, el conflicto se encuentra en una etapa crucial en la cual tanto las negociaciones con los grupos armados disidentes como el respeto a los compromisos de cese de hostilidades, deben guiarse por los principios y normas establecidos en el derecho internacional, a fin de superar los conflictos armados y el contenido de la obligación de los Estados de asegurar la justicia, la verdad y la reparación para todas las personas bajo su jurisdicción. Pero, para superar el conflicto hay que tratar desigualmente a sus actores? En contraposición de los planteamientos del anterior gobierno, el presidente Juan Manuel Santos tomó distancia de su antecesor, Álvaro Uribe, al reconocer que en Colombia si existe conflicto armado y no una amenaza terrorista, concepto que, incluyó dentro de la ley de víctimas. Tras una reunión en la Casa de Nariño entre el primer mandatario y los voceros de los partidos de Unidad Nacional, se decidió incluir en la Ley de víctima, esta nueva postura, con el fin de evitar que en la reparación a las víctimas se hagan beneficiarias personas afectadas por la delincuencia común. Posteriormente, en una visita a

⁶¹ CIDH, Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, OEA/Ser. L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, pág. 25, párr. 42.

⁶² En los casos en los cuales resulta posible para los órganos del sistema interamericano ejercer su jurisdicción, vale decir, por ejemplo, casos en los cuales se alega la responsabilidad de agentes del Estado por acción u omisión en el fallecimiento fuera de combate de personas que no pueden ser consideradas como blanco militar legítimo, la CIDH ha tramitado peticiones sobre la alegada violación a los derechos humanos protegidos en la Convención Americana. Un importante número de reclamos ha sido resuelto por la Comisión y en algunos casos, han sido referidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como los referidos a la masacre de 19 Comerciantes en el Magdalena Medio en 1987; la masacre de civiles en Mapiripán (Meta) perpetrada en 1997; la desaparición de civiles en Pueblo Bello (Córdoba) en 1990; y las masacres de civiles en Ituango (Antioquia) perpetradas en 1996 y 1997.

Tumaco, al ser indagado sobre el tema, el presidente Santos respondió tajantemente: “Hace rato hay conflicto armado en este país”⁶³.

Pero, lo importante no es la polémica que surgió por reconocer la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, sino como vamos a superar dicho conflicto. Definir y caracterizar nuestro conflicto era un referente necesario en esta investigación, atendiendo que la utilización de niños, niñas y adolescentes en dicho conflicto interno armado es una de las circunstancias más difíciles de tratar y de combatir, atendiendo que las secuelas tanto psíquicas como físicas derivadas de la participación en un conflicto afectan a las niñas y los niños, y tienen un impacto tanto en su futuro personal como en el de las comunidades en las que viven y en sus posibilidades de desarrollo.

Una vez que se desmoviliza a los menores soldados, se ha de trabajar tanto en su rehabilitación física y psicológica como en su reinserción en el ámbito de la familia y en el de la comunidad, en otras palabras lo que se ha denominado la “Vía Ciudadana para la paz en Colombia”⁶⁴ y que coloca en el centro de la construcción de paz a la sociedad civil con los instrumentos de la democracia, la No Violencia Activa, la movilización social o la resistencia humanitaria y por los derechos humanos. Los objetivos de la Vía Ciudadana y de expresiones de diverso nombre que se promueven desde la base de la sociedad urbana y rural son la superación de los conflictos armados y de la sociedad violenta edificada en Colombia en un siglo de exclusión, inequidad y de imposición de poderes sustentados en las armas y en la arbitrariedad. Los sujetos impulsores de la vía ciudadana de construcción de paz tienen que ser expresiones ciudadanas, movimientos sociales, corrientes políticas que ganen poderes a diverso nivel sustentados en espacios de democracia y ejercicios alternativos de equidad y solidaridad dentro y fuera de las instituciones estatales. La Vía Ciudadana no le apuesta a un escenario de negociación sino a muchos escenarios de movilización, diálogo, pactos y transformaciones progresivas. Los pactos políticos desde fuerzas sociales y políticas no armadas, que se pueden construir en lo local, regional o nacional, constituyen la columna vertebral de esta estrategia. Así que la construcción de la paz en Colombia, con superación de los conflictos armados y avance hacia la sociedad no violenta, no depende del inicio o desenlace de una mesa de negociación con las guerrillas que debe tener su lugar indispensable y su momento sino de realidades de fuerzas y sujetos políticos y sociales y de la conformación de poderes ciudadanos democráticos y transformadores.

En esta vía deben articularse diversas estrategias:

⁶³ Santos reconoce conflicto armado y Uribe lo controvierte. Ley de Víctimas incluye este concepto, objeto de polémica. En: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-267421-santos-reconoce-conflicto-armado-y-uribe-controvierte>. Por: Elespectador.com. Mayo 4 del 2011.

⁶⁴ Ver Columnistas del Tiempo, “Cartas de Paz”, El Tiempo, 28 de Enero del 2012

1. Reformas estructurales parciales como resultado de movilizaciones civiles en temas clave como los que ocupan la agenda de políticas públicas en este periodo (reformas en la educación, salud, seguridad social, tierras, territorio, explotación de recursos naturales no renovables, incluida el agua, servicios públicos, regalías, ordenamiento territorial, propiedad colectiva y pública, régimen tributario, hábitat y derechos de ciudad, sistema judicial, seguridad ciudadana, garantías políticas, etc.). Movilizaciones como las de los estudiantes, grupos étnicos, campesinos, mujeres, trabajadores de macro proyectos, ambientalistas, son ejemplos actuales de esta vía.

2. Avances democráticos en las instituciones. Tales, como ejercicios de gobierno en las entidades territoriales con experiencias demostrativas en democracia participativa, no corrupción, gasto social y promoción del desarrollo desde la equidad, integración de regiones y campo-ciudad, gobernabilidad democrática del agua y el ambiente, fortalecimiento de poder ciudadano desde la base, seguridad ciudadana humana, movilización y pactos ciudadanos de no violencia.

3. Derechos de la población civil a la no violencia y derechos de las víctimas. El derecho a la no violencia incluye tanto el respeto a las normas del Derecho Internacional Humanitario, incluida la proscripción absoluta de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, como la protección frente al uso de la fuerza armada privada, irregular, paramilitar, arbitraria, estatal y desproporcionada, para dirimir conflictos políticos, económicos, sociales, de ciudadanos o de comunidades. En este campo humanitario se ubican también los derechos de la sociedad y de las víctimas individuales y colectivamente consideradas, según lo consagrado en el bloque de constitucionalidad, en la ley de justicia y paz y en la reciente ley de víctimas a que sean reparadas integralmente, a la memoria, a la verdad y no repetición.

4. Diálogos, ceses de hostilidades, compromisos humanitarios y negociación gobierno-guerrilla. La superación del conflicto armado y el conjunto de estrategias de construcción de paz requieren iniciativas efectivas para la terminación del alzamiento armado que han dirigido las guerrillas por más de cuatro décadas en Colombia. La opción menos costosa en vidas y oportunidades para el desarrollo social y democrático incluye los diálogos bilaterales y los pactos que lleven a la terminación del conflicto armado para abrir otra etapa en la construcción de paz en Colombia. Los compromisos humanitarios urgentes son decisiones unilaterales de la guerrilla o del gobierno para ofrecer garantías de no violencia a la población civil.

II. RECLUTAMIENTO ILICITO Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE DESMOVILIZADO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

2.1 Antecedentes y causas del Reclutamiento Forzado de niños, niñas y adolescentes en Colombia

“Según la Unicef, para el año 2007 se estimaba que alrededor de 7 mil niños, niñas y adolescentes entre 15 y 17 años principalmente, se encontraban vinculados a grupos armados ilegales y que otros 7 mil eran miembros de las milicias urbanas de estos mismos grupos”⁶⁵. Con estas cifras, debemos pensar que es una tarea prioritaria garantizar que las políticas de desvinculación de esos niños, niñas y adolescentes sean apropiadas y efectivas, lo que implica tener en cuenta referentes familiares, económicos, sociales, políticos, entre otros que nos permitan una adecuada desvinculación de los niños, niñas y adolescentes del conflicto. Analizar porque los niños en Colombia llegan a la guerra y por qué en gran medida esos niños, niñas y adolescentes ingresan de forma voluntaria al conflicto interno armado, es la temática a abordar en esta primera parte de este segundo capítulo. En torno a este terrible problema describiremos el rol que cumplen dichos adolescentes en el conflicto, precisaremos si las circunstancias esbozadas en el capítulo anterior, como la descomposición social, la falta de valores, la falta de principios en las familias, acompañados de la pobreza, la miseria, entre otras carencias, facilitan el ingreso de los niños, niñas y adolescentes a los grupos armados al margen de la ley; así mismo analizaremos la globalización neoliberal, como un fenómeno transversal que actúa como importante motor en el llamado conflicto estructural, también abordaremos las relaciones excluyentes que han generado un estereotipo de sociedad de consumo, de narcotráfico y dinero fácil, en donde se dan prioridades hacia la guerra y no hacia la educación y finalmente plantearemos las circunstancias que motivan a quienes dirigen dichos grupos a reclutar a los niños, niñas y adolescentes y cuál es el desarrollo jurídico tanto internacional como nacional sobre víctimas del reclutamiento ilícito o forzado.

En primer lugar definiremos que se entiende por niño y adolescente. “Niño, desde el punto de vista de su desarrollo psicobiológico, es la denominación utilizada para referirse a toda criatura humana que no ha alcanzado la pubertad. También el término se aplica a quien, previa a la adolescencia, vive su niñez. Por lo tanto, es una persona que está en la niñez y

⁶⁵ Revista Semana, <http://www.semana.com>

que tiene pocos años de vida. En su sentido más amplio, la niñez abarca todas las edades del niño: desde que es un lactante recién nacido hasta la pre adolescencia, pasando por la etapa de infante o bebé y la niñez media”⁶⁶. La Convención sobre los Derechos del Niño, desde el 2 de septiembre de 1990, señala que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"⁶⁷. Así mismo, se entiende por infancia el período de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad. En algunos países, como el nuestro, un “infante (del latín *infantis*) es una denominación legal que se refiere a los niños menores de 7 años. Etimológicamente, *infantis* es un término compuesto formado por *in* (una negación) y el participio del verbo *faris* (hablar). Por lo tanto, *infantis* denomina a los niños más pequeños que todavía no han aprendido a hablar”⁶⁸. Existen numerosos debates intelectuales sobre la definición de la infancia y sobre las diferencias culturales acerca de lo que se debe ofrecer a los niños y lo que se debe esperar de ellos, pero siempre ha habido un criterio ampliamente compartido de que “la infancia implica un espacio delimitado y seguro, separado de la edad adulta, en el cual los niños y las niñas pueden crecer, jugar y desarrollarse”⁶⁹.

Por otro lado, el término Adolescencia “proviene del latín *adolescere*, y significa ir creciendo, desarrollarse hacia la madurez, hacerse adulto. Se le ubica como el periodo vital entre la infancia y la adultez”⁷⁰. Hay diferentes conceptos sobre el término: Por adolescencia se entiende "la etapa de la vida durante la cual el individuo busca establecer su identidad adulta, verifica la realidad que el medio le ofrece, mediante el uso de los elementos biofísicos en desarrollo a su disposición y que a su vez tienden a la estabilidad de la personalidad en un plano genital, lo que sólo es posible si se hace el duelo por la identidad infantil"⁷¹. Como los sociólogos muchas veces equiparan adolescencia y juventud, algunos autores plantearon la necesidad de dividir ambos grupos, en estos términos: “jóvenes menores o adolescentes (15-19 años), jóvenes mayores o tardíos (20-24 años) y adultos jóvenes (25-29 años)”⁷².

El Art. 3 del código de infancia y adolescencia establece: Sujetos Titulares de Derechos: Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende “por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las

⁶⁶ En: <http://psicologiaexcepcionalidad.blogspot.com/2011/05/definicion-de-nino-excepcional-o.html>

⁶⁷ En: <http://www.unnecf.org/colombia>.

⁶⁸ *Ibíd*em

⁶⁹ Lebrero Baena, María Paz. “Especialización del profesorado de educación infantil (0-6 años)”, Módulo 1-1, Capítulo: El niño, sujeto de aprendizaje: todos iguales y todos diferentes. En: <http://www.waece.com/>

⁷⁰ Psicología de Niños y Adolescentes. En: <http://sicolog.com/?a=424>

⁷¹ *Ibíd*.

⁷² *Ibíd*em, pág. 29.

personas entre 12 y 18 años de edad”⁷³. Este último Concepto es el que nos interesa en esta investigación, atendiendo que nos deja claro cuando estamos frente a un niño y cuando se está frente a un adolescente, teniendo como único criterio el desarrollo biofísico del ser humano, en donde se presume que el legislador al momento de establecer los periodos o edades que comprenden la niñez y la adolescencia en nuestro medio, debió realizar los respectivos análisis psicológicos para así lograr un criterio acorde al desarrollo integral del ser humano. Por lo tanto, resulta claro para esta investigadora que en Colombia y para efectos de los planteamientos a analizar en esta investigación se es niño desde el momento en que se nace hasta que se tiene 12 años y desde los 12 hasta los 18 años de edad se es un adolescente.

Teniendo en cuenta, que la vida de los niños sigue ciertos patrones propios de la madurez psico-biológica, y aunque la vida de los niños se vea influenciada por los modelos culturales predominantes en su comunidad, la infancia, significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta, en mi criterio se refiere al estado y la condición de vida de un niño, es decir, a la calidad de vida de esos años. Por eso un niño reclutado por un grupo paramilitar o guerrillero, un niño obligado a portar armas o a someterse a la esclavitud sexual no puede disfrutar de su infancia, Así, como tampoco disfrutan de la infancia los niños y las niñas que viven sumergidos en la miseria, sin alimentos adecuados, sin acceso a la educación, al agua potable, a instalaciones de saneamiento y a un lugar donde vivir. Por lo tanto, el desarrollo del niño implica una serie de aprendizajes que serán claves para su formación como adulto. Con el tiempo, el niño pasa a educarse en la escuela y adquiere los conocimientos que la sociedad considera imprescindibles para la formación de las personas. En este proceso educativo, el niño asimila los valores de su cultura y la concepción vigente de la moral y la ética”⁷⁴. Comparto este planteamiento, ya que si desde la niñez se asimilan o adquieren los valores de la cultura a la que el niño hace parte, entonces los niños en nuestro país sumergidos en una cultura de violencia como podrán hallar otras opciones de vida o como logran no ser tocados por la violencia o sumergirse en el conflicto armado interno, si es lo que tienen a su alrededor, situación que analizo más adelante en la llamada violencia estructural y cultura de violencia como aspectos que influyen para que los niños, niñas adolescentes hagan parte del conflicto armado interno en nuestro país.

Ahora hablaré de la participación de los niños en las hostilidades cuya gravedad justifica la creciente preocupación de la comunidad internacional:

⁷³ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-740-08 de 23 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

⁷⁴ Lebrero Baena, María Paz. “Especialización del profesorado de educación infantil (0-6 años)”, Módulo 1-1, Capítulo: El niño, sujeto de aprendizaje: todos iguales y todos diferentes. En: <http://www.waece.com/>

Hasta la Segunda Guerra Mundial, en los conflictos se enfrentaban, sobre todo, ejércitos regulares. Los niños han desempeñado un papel en los movimientos de resistencia en Europa; han sido deportados, detenidos, enviados a campos de concentración, desde la aparición, sobre todo, de los nuevos tipos de conflicto, en los que se enfrentan los ejércitos regulares y la guerrilla. Vemos a menudo, en los escenarios de las hostilidades, a muchachos que apenas han salido de la niñez llevando armas y dispuestos a utilizarlas sin discernimiento. Están en peligro de muerte no sólo el niño que participa en las hostilidades, sino también las personas que son su blanco, a causa de su comportamiento inmaduro y emotivo. ⁷⁵

Lo anterior nos muestra, que los menores en las guerras cumplían principalmente el papel de combatientes. Pero, hoy en día el reclutamiento se da también para otros roles, como en el caso nuestro en donde el "negocio de la guerra", prima sobre cualquier consideración humanitaria. Por ejemplo, en zonas cocaleras, muchos niños, niñas y adolescentes llegan a los grupos armados al margen de la ley a través de las labores de recolección de hoja de coca, conocida como actividad de raspachines (personas dedicadas al cultivo de coca). En nuestro país, los grupos insurgentes y de autodefensas han abusado y continúan abusando de la vulnerabilidad y fragilidad de los niños, día a día los actores armados los reclutan, los utilizan como carne de cañón o carnada para infligir daños a sus enemigos, cientos de niños son desplazados y las niñas no solamente son las compañeras sexuales de los irregulares sino que, son en muchos casos, forzadas a prostituirse. La Fundación Human Rights Watch, realizó un informe titulado "aprenderás a no llorar"⁷⁶ y en su capítulo IX sobre disciplina y castigo muestra las tácticas desalmadas practicadas a través de los consejos de guerra, en donde muchas veces las penas consisten en probar "fineza" al mejor estilo de los sicarios, obligando a los niños a asesinar a sus coetáneos, como prueba de su disciplina revolucionaria y amor con la organización, lo que demuestra que dichos niños, niñas y adolescentes cumplen diversos roles en medio de un conflicto.

Por otro lado, la vinculación del menor dentro del conflicto armado históricamente ha sido por diferentes motivos y ha estado guiada por distintos móviles, por ejemplo:

Con la aparición de los grupos armados al margen de la ley a mediados del siglo pasado se perpetuó la presencia del menor dentro del conflicto colombiano, con la aparición de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en 1966, del Ejército de Liberación Nacional (ELN) en

⁷⁵ Revista Internacional de la Cruz Roja, "Niños Combatientes Prisioneros" No 101, septiembre-octubre de 1990, pp. 452-466 por María Teresa Dutli

⁷⁶ Human Rights Watch, (2003). "Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia", septiembre. En: <http://www.hrw.org>

1965 y otras organizaciones guerrilleras; durante los primeros años de lucha armada no lograron una expansión significativa, contaban con pocos combatientes y frentes, y sus finanzas eran precarias, estas últimas fueron las principales causas del reclutamiento de niños por parte de estos grupos. El Estado colombiano y los sucesivos gobiernos no concibieron como prioritario establecer mecanismos de diálogos y negociaciones con la insurgencia, el tratamiento que se les proporcionó fue esencialmente militar y represivo, por lo que en la década de los 80 las organizaciones guerrilleras experimentaron un crecimiento notable tanto en su economía como en sus filas y esto último porque fue en esta época donde se incrementó la participación de los niños soldados en el conflicto, esto porque la extensión del conflicto a zonas urbanas ha producido un incremento del reclutamiento de menores en las milicias ilegales. ⁷⁷

Entonces, como se observa, dichos grupos contaban con pocos combatientes y frentes y sus finanzas eran precarias, por tal motivo recurrieron a la utilización o reclutamiento de niños para lograr sus propósitos de expandirse en todo el país, convirtiéndose la utilización de menores por parte de los actores del conflicto en una estrategia permanente, que genera una modalidad de relaciones basadas en el autoritarismo y en el desconocimiento del niño como sujeto de derechos con autonomía y libertad propia. Los niños y los adolescentes, al ser instrumentos de otros se identifican como objetos sin valor personal y sin autoestima, en donde la vulneración a la integridad de los NNA conduce muy frecuentemente a otros procesos autodestructivos como el suicidio, la delincuencia juvenil, la prostitución, la mendicidad, el trabajo informal y por supuesto a la guerra. Sin lugar a dudas, la vinculación de niños, niñas y adolescentes al conflicto armado constituye una vulneración a los derechos fundamentales de los niños y las niñas y está considerada como una de las peores formas de trabajo infantil, tipificada como el delito de “reclutamiento forzado o ilícito”⁷⁸, y además es una modalidad del delito de Trata de Personas.

Esbozada la definición de niños y adolescentes y porque se inició la utilización de los mismos en el conflicto interno armado, nos referiremos a los hechos o circunstancias que llevan a un NNA a pertenecer o ingresar a un grupo armado al margen de la ley o porque se reclutan o utilizan a estos en el conflicto armado interno. Como lo enuncié anteriormente, una primera circunstancia para utilizar niños, niñas y adolescentes es la llamada economía de la guerra irregular, el cual parte de los grupos armados ilegales hacia el niño, niña y adolescente, “en los conflictos se muestra palmariamente como un niño representa para los

⁷⁷ En: <http://menoresguerra.blogspot.com/2008/04/nios-en-el-conflicto-armado-colombiano.html>

⁷⁸ Artículo 162 C.P. 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 noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

grupos armados ilegales una menor carga desde el punto de mantenimiento, sustento y demás apoyos para el combate que un mayor de edad. Lo anterior se evidencia desde la utilización del niño en hostilidades, hasta el uso que se le puede dar como correo humano, de igual forma la munición utilizada es inferior en circunstancias de presión militar, como sucede, con la dotación de ropa y víveres en general”⁷⁹. Es evidente que ellos no representan la misma carga de responsabilidades que genera una persona adulta y es una circunstancia preponderante en nuestro medio para la utilización de ellos en los conflictos. “La FARC por ejemplo, son un grupo ampliamente machista, por lo tanto las niñas guerrilleras no sólo se encargan de sus labores normales dentro de una dialéctica revolucionaria, sino que además deben contribuir a cocinar, asear, lavar, etc.; incluso deben aceptar que la organización asesine a sus propios seres queridos sin rechistar”⁸⁰. Desafortunadamente los NNA son empleados en forma cruel por todas las estructuras criminales al interior de la FARC, el ELN, las AUC y en las estructuras emergentes, denominadas BACRIM, como prueba de ello, fue la llamada operación Berlín:

“La operación Berlín, en plena época de zona de distensión fue una prueba del valor que los niños tienen para la FARC. A finales de 2000 el proceso se radicaliza, entonces El Ejército Nacional realizó la Operación Berlín, en Suratá (Santander). Fue cercada la columna Arturo Ruiz de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), murieron 100 personas y fueron capturadas 90 de las cuales 72 eran menores de 18 años. Esto obligó al Estado a formular políticas, no sólo de prevención de reclutamiento de menores de 18 años, sino políticas de atención a los niños, niñas y adolescentes desvinculados o reinsertados”.⁸¹

Con esta operación militar se estaba confirmando que efectivamente los actores del conflicto armado en nuestro país, en gran parte integran sus filas con niños y adolescentes, lo que hacía necesario y urgente pensar en políticas públicas, no únicamente de atención a los niños, niñas y adolescentes desmovilizados del conflicto, sino a revisar las causas que generaban dichos reclutamientos para poder frenar la utilización de dichos niños en el

⁷⁹ En: <http://menoresguerra.blogspot.com/2008/04/nios-en-el-conflicto-armado-colombiano.html>

⁸⁰ Es lo que le ocurrió, por ejemplo, a Tatiana, quien fue hasta hace poco guerrillera del Frente 58 de la FARC. Cuando tenía 11 años, su mamá fue asesinada en Dabeiba, Antioquia. Desde entonces, el hogar se resquebrajó, su padre la abandonó y ella creció, con sus abuelos, en medio de inmensas dificultades económicas. A los 15 años había terminado con honores su noveno grado de secundaria en el colegio de la vereda donde vivía. El dinero escasamente alcanzaba para comer. No lo pensó mucho y decidió unirse a la primera comisión de guerrilleros que pasó por la finca. En pocas semanas tenía sobre sus hombros un fusil AK-47. Soportó con disciplina las extenuantes caminatas y el trabajo de cargar y hacer caletas. No habían pasado muchos meses de su ingreso a la guerrilla cuando se enteró de que las milicias bolivarianas¹⁹ habían sido quienes mataron a su mamá. Aun así, continuó allí. en: Revista Semana, <http://www.semana.com>

⁸¹ Mejía A. Jean Carlo. "Los niños de la Guerra". Revista Derechos y Valores del CIDER. Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Indexada internacionalmente en Redalyc, Latindex, Dialnet. Volumen VIII, Edición n° 15. Enero – Julio, año 2005. versión digital en www.umng.edu.co.

conflicto. Entonces, se hacía evidente que cuando los niños y las niñas deberían estar estudiando, los maquiavélicos de la guerra estaban y siguen pensando en cómo prepararlos como máquinas de muerte. Según relatos de un niño⁸², recuerda con detalles un día en la guerrilla. Tal vez el aspecto más desgarrador que manejan los grupos al margen de la ley, es el de la utilización de NNA en las hostilidades, a pesar de las prohibiciones de que sean utilizados en los conflictos armados. Para el Derecho Internacional, bien en seguimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o bien desde la línea de Ginebra propia del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, se prohíbe la utilización de los niños en los conflictos y se les da un tratamiento como víctimas y no como victimarios, pero no corren la misma suerte los adolescentes:

Artículo 77, párrafo 2, del Protocolo Adicional I, a los Convenios de Ginebra: Las partes en conflicto tomaran todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procuraran alistar en primer lugar a los de más edad.

Como puede observarse, en el artículo 77, párrafo 2, del Protocolo I, figura una obligación muy importante impuesta a los Estados Partes de no reclutar para sus fuerzas armadas a niños menores de quince años, entendiendo por reclutamiento, no sólo el enrolamiento obligatorio, sino también el enrolamiento voluntario. En esas condiciones reclutar significa también incorporar, lo que implica que las Partes deben abstenerse de enrolar a niños menores de quince años que voluntariamente quisieran formar parte de las fuerzas armadas. Pero, del análisis de dicho artículo, también se desprende que para el Derecho Internacional es posible vincular o reclutar a personas entre los 15 y los 18 años, etapa en la que para nuestra legislación se es un adolescente. Así mismo, se analiza del contenido de dicho artículo que las partes del conflicto procuraran reclutar a las personas con más edad. Encontrándonos que para los efectos de este precepto internacional, aplicable a los conflictos armados es viable reclutar adolescentes entre los 15 y los 18 años, en otras palabras el Derecho Internacional prohíbe la vinculación de adolescentes entre los 12 y los 15 años y por supuesto la de los niños o infantes, que como lo dije anteriormente para

⁸² “Nos levantábamos a las 4:30 a.m. y tomábamos tinto. Teníamos entrenamiento de 5 a 6, correr y hacer ejercicios. A las 6:30 teníamos el desayuno: caldo de papa, arepa y chocolate. De 7 a 11 más entrenamiento. A esa hora el almuerzo: carne fría, arroz y limonada. De 12 a 3 más entrenamiento. A las 3 avena y galletas. A las 3:30 a lavarse en el río. A las 5 empezaba la guardia y los servicios. También nos imparten clases de marxismo, historia y nos hablan de la vida del Ché Guevara y los milagros de la revolución cubana. Si hay cambio de campamento la rutina varía por largas caminatas de día y sobre todo de noche, con mucho equipo a la espalda y poca o ninguna comida”. En: <http://www.semana.com>

nosotros es el periodo o etapa de la vida que va desde los 0 a los 12 años, pero deja planteada y claramente enunciada la posibilidad que los actores del conflicto recluten a los adolescentes entre los 15 y los 18 años, criterio que también es planteado en el Protocolo II de Ginebra:

Artículo 4, párrafo 3c, del Protocolo II de Ginebra, sobre los conflictos no Internacionales: Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades.

A pesar de dichas prohibiciones, los niños y las niñas, son armas de guerra que utilizan otras armas, perdiendo su dignidad humana, despersonalizándose y convirtiéndose en máquinas para asesinar. Lo que me lleva a pensar que de nada o poco sirve la aplicación del Principio de Oportunidad, como regla general, en los procesos de estas pequeñas víctimas o victimarios, si esta medida no obedece o se acompaña con verdaderas políticas incluyentes que tienden a acabar el conflicto y las desigualdades sociales, situación que analizaremos más adelante en esta investigación.

Hay otros factores, que no parten de los grupos armados ilegales hacia los niños, niñas y adolescentes, sino que son producto del entorno socio-familiar en que se encuentran nuestros niños y adolescentes. Me refiero a como la descomposición social, la falta de valores, la falta de principios en las familias, acompañados de relaciones excluyentes (la pobreza, la miseria, la falta de educación, el no acceso a la salud, a la vivienda, entre otras carencias), que generan un estereotipo de sociedad de consumo, una sociedad sumergida en el narcotráfico, en la consecución del dinero fácil y por supuesto en la vinculación de grupos armados, circunstancias que se facilitan, además por la llamada globalización neoliberal, como un fenómeno transversal que actúa como importante motor en el llamado conflicto estructural. Al respecto Briceño León, considera: “Que existe un grupo muy significativo de adolescentes y adultos jóvenes que conocen bien las ciudades, saben desenvolverse en las urbes, tienen contactos e incluso poseen ciertos elementos medulares de la última revolución tecnológica y hasta han proyectado en un grado suficiente el nuevo paradigma tecnológico, pero no pueden instalarse en la ciudad adecuadamente debido a las limitaciones de oportunidades, servicios, acceso a la educación, al empleo, entre otras; por ello sienten la exclusión como una discriminación intolerable”⁸³. Lo expresado por este autor, lo considero totalmente valido en nuestros adolescentes, pues la falta de oportunidades o carencia de opciones, el no poder acceder a la educación, no contar con un empleo u otros servicios son innegablemente hechos discriminatorios que llevan a los

⁸³ Briceño León, R. (2009) “Violencia, sociedad y justicia en América Latina”. (1era. Ed.). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Citado por, Machado Jesús y Guerra José Gregorio, en “Investigación sobre violencia en las escuelas”, Centro Gumilla. Pág. 4

niños, niñas y adolescentes a encontrar en los grupos armados una fuente de empleo con oportunidad de manejar dinero y poder.

También, existen circunstancias productos del estado de olvido y vulnerabilidad en que la sociedad y el estado mantiene a los niños, niñas y adolescentes, que sin lugar a dudas influyen en el ingreso voluntario de los niños, niñas y adolescentes a los grupos armados ilegales, tales como la pobreza y la miseria en que se encuentran sumergidos dichos niños y adolescentes. Se considera, por arte de algunos grupos políticos⁸⁴ que la violencia juvenil se presenta generalmente en comunidades con pobreza y desempleo, a la vez que en contextos sociales con altos niveles de desigualdad económica, o en una sociedad con normas sociales que apoyan o toleran las situaciones de violencia, es decir, que esa pérdida de capacidad de asombro ante los hechos violentos que nos rodean día a día generan más violencia. Según la historiadora María Teresa Uribe⁸⁵, en Colombia podemos hablar de una geografía de la pobreza y la exclusión social, atendiendo que 25.000.000 de colombianos viven en situación de “pobreza”⁸⁶, donde la exclusión se justifican como marca identitaria de un sector de la población, algo así como la inevitabilidad de la pobreza en cualquier sistema social.

Noemí Ordás García, denomina esta circunstancia como la violencia cultural en Colombia⁸⁷, definiéndola como la naturalización de la exclusión y de la segregación: “En nuestra sociedad, y con más fuerza en el periodo neoliberal, se explican los fenómenos de pobreza, exclusión y segregación como normales y como consustanciales al desarrollo de la sociedad en la cual vivimos, volviendo así de forma más elaborada al viejo discurso ideológico-religioso de que pobres siempre van a existir”⁸⁸. Particularmente, consideramos que lo estructural de las relaciones excluyentes, además de lo expresado por Ordás, a su vez, se concreta en problemas de infraestructura y el acceso a bienes y servicios, en donde la estructura social se convierte en una estructura inmóvil que perpetúa la brecha entre las clases sociales. La falta de comunicación entre las personas por razón de su estrato produce el desconocimiento de las alternativas de acción del otro, lo que termina por “erosionar la

⁸⁴ Fuente: “Colombia, entre la desigualdad y la esperanza”. 20/03/2007. En: <http://www.polodemocratico.net/Colombia-entre-la-desigualdad-y-la-esperanza>.

⁸⁵ Uribe, María Teresa. (2001) “Nación, ciudadano y soberano”, Medellín, Corporación Región, pág. 270.

⁸⁶ El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo señala que el índice de pobreza se encuentra en el 42,6%. En el año 2007 había 5 millones más de personas viviendo en el umbral de la pobreza y 547.000 más de indigentes que en el año 1991. Colombia presenta uno de los mayores índices de desigualdad de América Latina, ocupa el tercer lugar después de Haití y Brasil que, a su vez, es el continente más desigual del mundo, según el PNUD. Así mismo, El 26,6% de hogares pobres y el 31,4% en condiciones de indigencia, tienen jefatura femenina, y las mujeres reciben 14,28% menos salario que los hombres.

⁸⁷ Ordás, García Noemí, (2008) “Conflicto y Violencia cultural en Colombia”. Corporación Correcaminos. Bogotá. Pág. 40.

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 41.

vida colectiva, fisurar las redes de confianza, dividir, desconcertar, atomizar, producir crisis de identidad, pesimismo, ambivalencia y mentira, con el fin de acabar con el enemigo”⁸⁹.

Por otra parte, en el centro del conflicto estructural encontramos la ausencia del Estado o la precariedad de su presencia. Como afirma Manuel Castell, Colombia es el único Estado de América Latina del Sur “donde extensas zonas del país escapan del control del Gobierno, lo que es una causa directa del ejercicio de control y dominio de los grupos armados al margen de la ley”⁹⁰. En este sentido, compartimos el planteamiento de María Teresa Uribe, cuando expresa que “la guerrilla, los paramilitares o la delincuencia, entran para darnos el derecho a la protección y seguridad, ante el abandono o carencia de dicha función por parte del Estado”⁹¹, no es que justifique la existencia de estos grupos, pero en ese orden de cosas, en nuestra realidad, lo que el conflicto pone en juego son los derechos fundamentales de las personas, como la inviolabilidad del Derecho a la vida, los cuales, aunque consagrados institucionalmente, no son amparados por ninguno de los actores en disputa, razón por la cual, desafortunadamente dependemos de la protección y seguridad que sean capaces de brindarnos los diferentes aparatos de guerra que coexisten con el aparato estatal. Así mismo, “el Estado colombiano ha sido presa de una exigua oligarquía y profundamente penetrado por la corrupción”⁹². Manuel Castell resume muy bien la situación: “El aumento extraordinario de la industria del narcotráfico en los años setenta ha transformado la economía y la política de América Latina, además, en torno a las poderosas redes criminales creadas por el tráfico de drogas, se están organizando otras actividades criminales (blanqueo de dinero, contrabando, tráfico de armas, tráfico de inmigrantes, prostitución internacional y secuestros) Las áreas de cultivo en Colombia mejoran su renta, pero no sus condiciones de vida. Colombia parece haberse beneficiado económicamente de su posición central en este rentable negocio, pero sus beneficios se han visto contrarrestados por la destrucción causada por el terrorismo, el clima de violencia y la inestabilidad política generada por las presiones contradictorias de los traficantes de drogas y el Gobierno de los Estados Unidos”⁹³. Además, consideramos que la vinculación a dichas actividades ilegales, como el narcotráfico aparece referida también a la necesidad de contar con recursos básicos para la subsistencia, como consecuencia de la falta de oportunidades de educación y empleo, que contribuye a su vez, a los altos niveles de población ocupada en la economía sumergida o ilegal.

⁸⁹ Ocampo Duque, Francisco Javier (2005) “Pensamientos, emociones y conflictos, Cómo se vive el conflicto desde la mente, las emociones, las razones y el contexto”, en Tratamiento de conflictos, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Departamento de Sociología, Universidad de Antioquia, Medellín, pág. 200.

⁹⁰ Castells, Manuel (1998) “La era de la información”, Vol. 3, en Fin de milenio, Madrid, Alianza, pág. 218.

⁹¹ Op. Cit. María Teresa Uribe, pág. 270.

⁹² Op. Cit. Manuel Castells, pág. 217.

⁹³ *Ibíd.*

Por otro lado, no se puede omitir del análisis la globalización neoliberal, un fenómeno transversal que actúa como importante motor en el conflicto estructural. En Colombia existe una economía liberalizada, abierta a la economía mundial, para beneficio de las multinacionales que puedan tener intereses en el país, y con crecimiento macroeconómico; se trata de un desarrollo muy desigual que deja en desventaja a amplios sectores sociales vulnerables (campesinos y las mujeres, sobre todo las cabeza de familia). La globalización permite a los empresarios y sus asociados reconquistar y volver a disponer del poder negociador política y socialmente domesticado del capitalismo democrático organizado. Además, la política de la globalización de línea neoliberal y apoyada hoy por el Gobierno colombiano, pretende restar poder a todos los actores sociales del Estado Nacional Democrático, buscando un Estado mínimo para actuar en el campo de las inversiones con mayor libertad y sin responsabilidad respecto al trabajador y a la población”⁹⁴.

Finalmente debo precisar que “Colombia es el tercer país en el mundo con más niños soldados luego de Myanmar y el Congo”⁹⁵. Reconocemos los grandes esfuerzos realizados por el gobierno Colombiano, al armonizar el marco jurídico nacional con el internacional. Pero, debemos aceptar que resulta palmario para los grupos armados al margen de la ley, tener en sus filas y utilizar para ciertas actividades o roles a los niños, atendiendo los beneficios obtenidos por la presencia de niños en los grupos al margen de la ley. Recordemos que el combatiente niño, es más sumiso que el adulto, no controvierte las órdenes, llega a las filas de estas organizaciones por voluntad propia en la mayoría de los casos vendado ante una realidad que no puede comprender; algunos niños colombianos son amante de las armas, del dinero y el poder porque ha crecido en medio de situaciones de violencia, sirve en tareas de inteligencia y en actividades logísticas, gracias al poco interés que puede despertar, lo cual lo hace pasar desapercibido. Los esfuerzos por armonizar nuestra normatividad con la normatividad internacional relacionada con el tema de la vinculación y desvinculación de los menores en los grupos armados se ve reflejada en varios instrumentos jurídicos, que esbozaremos a continuación, pero, a pesar de dichos preceptos las organizaciones al margen de la ley no las respetan y las cifras sobre niños desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley, resultan alarmantes.

⁹⁴ Op. Cit. María Teresa Uribe, pág. 274

⁹⁵ Turizo David, “Los rostros ocultos del proceso de DDR de las AUC: niñas, niños y adolescentes”, En: www.cnrr.gov.co

2.2 Protección Jurídica, Políticas Públicas y Programas referentes a los niños, niñas y adolescentes desmovilizados del conflicto armado colombiano.

En los procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR), el camino para los niños, niñas y adolescentes está lleno de obstáculos pues, si bien los niños son considerados con prioridad, generalmente, no son tenidos en cuenta al momento de las negociaciones de paz, olvidándosele a las autoridades encargadas de llevarlo a cabo, que un proceso de desmovilización formal de las personas menores de 18 años de cualquier grupo o fuerza armada ilegal, debe ser un proceso que busque ayudarlos a la reintegración de sus hogares y comunidades, teniendo en cuenta sus derechos y necesidades. Esta situación fue analizada por el Centro de Investigaciones en Política Criminal, CIPC, de la Universidad Externado de Colombia, quienes realizaron la investigación: “Niñez víctima del conflicto armado: Consideraciones sobre las políticas de desvinculación”⁹⁶, planteando que las circunstancias que provocan que un menor se vincule a un grupo armado parten de la vulnerabilidad que adquieren al estar expuestos al conflicto y esa situación busca corregirse al dejar las armas, dice la abogada Cielo Mariño Rojas, autora de dicha investigación.

Consideramos, que el ingreso a un grupo armado se facilita cuando el Estado no ha llegado a cubrir ciertas necesidades básicas, lo cual hace proclive al menor a tomar esa decisión. Ya estudiamos algunos factores que influyen en la decisión del niño, niña y adolescente de ingresar al grupo armado, pero cómo ha sido el proceso de desvinculación de los niños, niñas y adolescentes del conflicto, que normas jurídicas de carácter nacional e internacional los amparan, que políticas públicas y programas se desarrollan para llevar a cabo dicho proceso de desarme y que se pretende con esa desvinculación es el asunto a analizar en la segunda parte de este capítulo.

Miremos el proceso con uno de los Grupos Armados Ilegales de nuestro país: “El 26 de julio de 1998, en la Declaración de Paramillo, suscrita entre el Consejo Nacional de Paz, con Secretaria ad-hoc de la Defensoría del Pueblo, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), establecieron que desde esa fecha no reclutarían niños, niñas o adolescentes, ni los utilizarían para actividades de inteligencia o vigilancia. Posteriormente, en noviembre del 2002 al referirse a la situación de los niños y niñas en sus filas, los dirigentes de las AUC prometieron en la Declaración por la Paz de Colombia, que devolverían a Unicef niñas que

⁹⁶ Las circunstancias que provocan que un menor se vincule a un grupo armado parten de la vulnerabilidad que adquieren al estar expuestos al conflicto. Ésta situación busca corregirse al dejar las armas, dice la abogada Cielo Mariño Rojas, autora de la investigación, “Las políticas de desvinculación del Estado no restituyen los derechos de los niños y niñas”.

fueran combatientes menores de edad que, habiendo sido liberados de su pertenencia a las fuerzas guerrilleras por las autodefensas, todavía permanecían en sus filas. Así pues, según la Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, la participación de niños dentro de las filas de las AUC fue reconocida por sus comandantes, pero en el momento de las desmovilizaciones, en su mayoría, no aparecieron y su situación no ha sido clara”⁹⁷. De igual forma, a pesar de los esfuerzos realizados por varias entidades, la vinculación de niños y niñas por parte de los grupos armados continua siendo una práctica frecuente: “En el marco del proceso de DDR adelantado con las AUC se desvincularon 391 menores de edad en dos escenarios específicos: a-Durante la fase exploratoria y b- Con ocasión de las desmovilizaciones colectivas. En la primera fase, 84 menores fueron vinculados a los programas ofrecidos por el ICBF. En la segunda fase, se desvincularon 307 niños como parte de las desmovilizaciones colectivas adelantadas bajo la coordinación de la Oficina de Alto Comisionado para la Paz. Sin embargo, la falta de visibilidad del delito de reclutamiento ilícito contrasta con los datos que, aunque confusos, se tiene sobre este fenómeno, ya que organizaciones no gubernamentales como Human Rights Watch calculaba que el 20% de estas estructuras estaban conformadas por niños y al final del proceso se desmovilizaron 32.000 personas”⁹⁸.

Lo anterior evidencia que el reclutamiento continuaba en dicho grupo de autodefensas, a pesar de los compromisos que firmaban con el gobierno comprometiéndose a no reclutar niños, niñas y adolescentes en sus filas. Así mismo, lo anterior indica que la entrega de niños, niñas y adolescentes fue mínima con respecto a la totalidad de los utilizados en el conflicto armado en comparación con la totalidad de adultos desmovilizados, lo que trae como consecuencia el no cumplimiento de la condición de desmovilización del art. 10 numeral 3 de la ley 975/2005.

Teniendo en cuenta, que con la desvinculación se pretende cortar esa cadena de vulneraciones y restablecer los derechos de forma efectiva de los NNA, se puede pensar que atendiendo dicha pretensión, la prioridad debe ser reconocer el estado de vulnerabilidad de la niñez y entender su papel como víctima del conflicto, pero donde queda el derecho a la verdad, a la justicia y la reparación de las víctimas de estos victimarios, si la política criminal que se desarrolla en estos procesos es la aplicación del principio de oportunidad como lo veremos en el próximo capítulo, consideramos, que se contribuye a la impunidad de los actos cometidos por ellos durante y con ocasión a la pertenencia a un grupo armado ilegal. La formulación de las políticas y programas sobre los NNA desvinculados de las Organizaciones Armadas Ilegales (OAI) ha estado sustentada sobre diversos elementos, como la obligatoriedad del cumplimiento de los tratados, convenios y

⁹⁷ Turizo David, (2009) “Los rostros ocultos del proceso de DDR de las AUC: niñas, niños y adolescentes”, En: el Boletín No. 11 de la Comisión Nacional de reparación y Reconciliación, Diciembre del, pág. 4.

⁹⁸ *Ibíd.*, págs. 4 y 5.

compromisos de carácter internacional que el país ha suscrito y las iniciativas oficiales representadas en las acciones institucionales, los efectos y demandas sociales que derivan de las coyunturas. En este sentido, en Colombia, el mandato legal para la atención de la NNA ha estado en manos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), como lo establece la ley 7 de 1979 en la que se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y se reorganiza el ICBF. Para el caso de los menores de edad vinculados a la guerra o que han sido desvinculados de las OAI, el 26 de diciembre de 1997 se expidió la Ley 418 de 1997, la cual dispuso al ICBF como institución a cargo de dicha problemática en función del desarrollo de sus programas preventivos y de protección.

Los instrumentos jurídicos de los procesos de desvinculación de los NNA en Colombia permiten advertir cómo ha ido transformándose en la historia, cuáles han sido sus pilares principales y qué tipo de actores institucionales y no institucionales han participado en su construcción; encontrándome que dichos instrumentos han sido:

- a- Derecho Internacional Humanitario (DIH) y principios normativos internacionales sobre la protección de los menores en la guerra.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) introduce el asunto de los menores y los conflictos armados a través del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. En el que se define la protección de aquellos menores que no participan en las hostilidades. En 1977 se anexan los Protocolos Adicionales I y II a los cuatro Convenios de Ginebra que constituyen el marco normativo establecido por el DIH para limitar las acciones de las guerras. El Protocolo I hace referencia a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y se incluye el tema específico de la protección de los niños en el contexto de la guerra, para evitar su participación directa en las hostilidades por medio del reclutamiento de las fuerzas armadas estatales (Art 50). En el Protocolo II se hace referencia a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, donde se señala además que los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados (Protocolo Adicional II 1977, Art 4). El Congreso Nacional aprueba los Convenios de Ginebra por medio de la Ley 5 de 1960 y el 8 de noviembre de 1961 el Estado colombiano deposita el instrumento de ratificación ante el Consejo Federal Suizo. Estos entran en vigor seis meses después y son divulgados en 1990 a través del Decreto 1016. Por otro lado, el Protocolo Adicional II es aprobado en el país mediante la ley 171 de 1994.

- b- Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños y Código del Menor en Colombia – 1989.

La Convención sobre los Derechos de los Niños, suscrita el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se constituye en el instrumento jurídico internacional de mayor relevancia en relación al asunto de los derechos de los NNA. Ésta se ha constituido en el marco fundamental de los gobiernos para orientar sus normativas internas y desarrollar políticas en relación a los niños y adolescentes. Paralelamente, el 27 de noviembre de 1989 se expide en Colombia el ya derogado Decreto 2737 o Código del Menor. Debo expresar que algunos principios y directrices de la Convención Internacional no son incluidos en el Código del Menor. Entre ellos se destacan los relativos a los derechos sociales, políticos, económicos y culturales de menores y adolescentes pertenecientes a minorías étnicas (Art 30), y la vinculación y desvinculación de menores en el conflicto armado. Artículo 38. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y 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 adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

En 1991 el Estado colombiano aprueba y ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño por medio de la Ley 12 del mismo año, con la cual se inicia el proceso de actualización de la normativa nacional. Sin embargo, Colombia posterga la aplicación del artículo 38 el cual corresponde a la prohibición de la vinculación de los menores de 15 años a las fuerzas armadas, siendo que en la legislación nacional está estipulado que la mayoría de edad se adquiere a partir de los 18 años.

c- Ley 418 de 1997: protección de los menores en el conflicto armado en Colombia.

En la cual se establecen algunas disposiciones para proteger a los menores de edad contra los efectos del conflicto armado, en temas específicos como la prohibición del reclutamiento por parte de las organizaciones armadas ilegales -OAI- y el límite de edad para la prestación del servicio militar obligatorio. Artículo 13. Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad, excepto que voluntariamente y con la autorización expresa y escrita de sus padres, opten por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional. 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.

Como puede observarse con la expedición de esta ley se prohíbe incorporar personas menores de 18 años a prestar el servicio militar, pero lamentablemente se dejó la posibilidad de que voluntariamente la persona menor de 18 años que decidiera prestar el servicio militar y contará con el permiso de sus padres pudiera hacerlo. Así mismo, en dicha ley se estableció por primera vez una sanción punitiva para las organizaciones armadas ilegales que incorporaran menores de 18 años a dichos grupos.

d- Ley 704 de 2001: El Reclutamiento forzoso como forma de trabajo infantil y penalización.

En 1999, tras el Convenio 182 de la Organización Internacional para el Trabajo (OIT) se establece que el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados obedece a una de las expresiones de las peores formas de trabajo infantil, aprobado en Colombia mediante la Ley 704 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 la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

Mediante este instrumento laboral se considera la utilización de los niños, niñas, adolescentes una de las peores formas de esclavitud moderna, que es la denominada esclavitud o explotación laboral, atendiendo los roles u oficios que desempeñan dichas niños, niñas y adolescentes al interior de una organización armada ilegal, que como lo expresamos anteriormente van desde mensajeros, raspachines, cocineros, máquinas de guerra, entre otros.

e- Ley 548 de 1999: Prohíbe el reclutamiento de menores por parte de las fuerzas armadas del Estado.

Después de considerarse el reclutamiento una de las peores formas de trabajo infantil, se expide la Ley 548 de 1999, la cual prorroga por 3 años la Ley 418 de 1997, en donde recordemos que se permitía la prestación del servicio militar obligatorio de menores de 18 años con permiso o consentimiento de los padres (Art 13), situación que se modifica por medio de la Ley 548 de 1999, en la que se prohíbe el reclutamiento de menores de edad por parte de las Fuerzas Armadas del Estado.

f- La Ley 599 de 2000 o Código Penal

Consagra un tipo penal autónomo denominado reclutamiento ilícito para penalizar el reclutamiento de menores de 18 años. 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.

A pesar de que la prohibición de reclutar menores existía y que algunas leyes estipularon una sanción punitiva para esta conducta, es el código penal del año 2000 el que por primera vez tipifica como delito esta atroz conducta que no resultaba nada nuevo como conducta social reprochable entre nosotros, tan solo que estábamos en mora de adecuar nuestro régimen penal a las exigencias internacionales. Debo precisar, que se entiende por reclutamiento ilícito: “Alistamiento de niños y niñas, adolescentes o jóvenes con fines de explotación en actividades militares. Tiene lugar en situaciones de conflictos armados por parte de movimientos guerrilleros o paramilitares. A las personas se les obliga a luchar en combate u en otras tareas requeridas en los entramados militares”⁹⁹.

Todas las fuerzas irregulares del conflicto armado que lleva décadas asolando Colombia -- guerrilleros de izquierdas y paramilitares de derechas – reclutan a niños. Estos niños, la mayoría proceden de familias pobres, combaten una guerra de adultos y entienden mínimamente la finalidad del conflicto, luchan contra otros niños con orígenes muy similares a los suyos y con una situación económica y un futuro igualmente gris. “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”¹⁰⁰. Los niños que incumplen sus deberes militares o intentan desertar se exponen a una ejecución sumaria por compañeros a veces menores que ellos. “Los jóvenes reclutas están entrenados en el uso de modernos rifles de asalto desde los 11 años y marchan durante días con muy pocos alimentos, picados por los insectos y azotados por las tormentas. Muchos mueren o resultan heridos en los combates con tropas gubernamentales apoyados por helicópteros y artillería pesada”¹⁰¹.

El reclutamiento de niños por parte de la guerrilla y las fuerzas paramilitares ha aumentado significativamente en los últimos años. Ninguna de las partes ha hecho un esfuerzo serio

⁹⁹ Human Rights Watch, (2003) “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”, septiembre.

En: <http://www.hrw.org>. Resumen.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, Pág. 2

¹⁰¹ *Ibíd.*, pág. 2

por detener esta práctica. En ocasiones, tanto la guerrilla como los paramilitares han ofrecido la desmovilización de niños para obtener condiciones favorables en las negociaciones con el gobierno. No sólo se trata de un intento flagrante de negociar una ventaja política con cuestiones innegociables, sino que ninguna de estas promesas se ha cumplido hasta ahora. Cada una de las fuerzas irregulares en conflicto continúa violando claramente sus propios reglamentos sobre la edad mínima para el reclutamiento. Es más, el Estado no ha protegido a los niños mediante la aplicación de la legislación colombiana, que prohíbe el reclutamiento de menores de 18 años, y las autoridades judiciales no han procesado penalmente a los responsables de esta aborrecible práctica. Cabe anotar, que en el departamento del Atlántico si se ha judicializado esta conducta, por parte de la Fiscalía 32 de Derechos Humanos de Barranquilla y la Fiscalía 3 de la Unidad Nacional de Justicia y Paz. En mayo y junio de 2002, Human Rights Watch¹⁰² realizó, para poder elaborar el informe del texto de Aprenderás a no llorar, entrevistas separadas y privadas con 112 niños ex combatientes, que se encontraban en albergues oficiales para niños ex combatientes, en una escuela gestionada por el Programa de Reinserción del Ministerio del Interior y en una escuela administrada por una institución privada, en donde los niños dieron información específica y detallada sobre la gran cantidad de menores de edad en las filas de esos grupos. Algunos dijeron que “las unidades en las que servían estaban integradas mayoritariamente por niños combatientes”¹⁰³.

De igual forma, datos recientes sobre reclutamiento forzado en nuestra región caribe revelan que los grupos armados ilegales de autodefensas hicieron la guerra con nuestros jóvenes, en la explicación de los aspectos generales del Bloque Norte de las AUC que operaba en los departamentos de Atlántico, Magdalena, Cesar y Guajira se ha concluido que 409 de dichos ex – combatientes eran jóvenes y 255 de ellos ingresaron siendo menores, pero al momento de desmovilizarse tan solo 27 aun eran menores de edad.

g- La Ley 742 de 2002, por medio de la cual se adopta el Estatuto de Roma.

El 5 de junio de 2002 Colombia aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) a través de la Ley 742 de 2002, que además de dar origen a la

¹⁰² Según la Organización Human Rights Watch: No detectaron nada extraño al principio cuando hablábamos con estos niños ex combatientes semanas después de que los hubieran capturado o hubieran desertado. Por el contrario, nos encontramos frente a los rostros de niños pobres colombianos aparentemente normales. Una niña acariciaba una muñeca mientras hablaba. A algunos niños todavía no les había cambiado la voz. Los muchachos algo mayores llevaban cortes de pelo de moda, aretes plateados, tatuajes y pulseras de hilo. Varios de ellos se mostraron asertivos y bravos. Otros estaban impasibles. Mientras los niños entrevistados contaban historias de horror y destrucción, los gritos de otros que jugaban en las cercanías parecían dolorosamente normales. En <http://www.hrw.org>, “Aprenderás a no llorar”, New York, septiembre del 2003, pág. 3.

¹⁰³ *Ibidem*

Corte como una institución internacional permanente, alude al reclutamiento de menores como una de las graves violaciones al DIH, y como un crimen de guerra, tanto en los conflictos internacionales como en los internos: Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades. (Naciones Unidas 1998, Art 8, párrafo 2-c).

h- Ley 782 de 2002, el menor como víctima del conflicto armado y creación del Programa especial de atención para menores desvinculados en Colombia.

Con la Ley 782 de 2002 expedida el 23 de diciembre del mismo año, se precisa que los menores edad que tomaran parte en el conflicto armado serían asumidos como víctimas de la violencia política, categoría que hace referencia a las diferentes acciones derivadas de la confrontación armada en Colombia, entre ellas terrorismo, combates, secuestros, ataques y masacres. Artículo 6. El artículo 15 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedara así: Artículo 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.

La Ley 782 de 2002 dispuso oficialmente la creación de un programa especial para la atención de los menores por parte de esta Institución, modificando el artículo 17 de la Ley 418 de 1997: Artículo 8. El artículo 17 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así: Artículo 17. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar diseñará y ejecutará un programa especial de protección para la asistencia de todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en las hostilidades o hayan sido víctimas de la violencia política, en el marco del conflicto armado interno. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestará asistencia prioritaria a los menores de edad que hayan quedado sin familia o cuya familia no se encuentre en condiciones de cuidarlos, en razón de los actos a que se refiere la presente ley.

i- Decreto 128 de 2003: normatividad sobre los niños, niñas y adolescentes desvinculados en el marco de la Política de Defensa y Seguridad Democrática

El 22 de enero de 2003 se expide el Decreto 128 de 2003, instrumento jurídico que reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999 y la 782 de 2002, y que constituye el vértice normativo para el programa y el proceso de desmovilización colectiva e individual desde el 2003. En esta ley se establecen disposiciones en materia de

la desvinculación y atención de los niños, niñas y adolescentes desmovilizados de las organizaciones al margen de la ley. Por un lado, establece como mandato legal del ICBF la recepción de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de las organizaciones al margen de la legalidad, definiendo los tiempos en que las autoridades competentes deben hacer la entrega del menor a esta institución y los requisitos para dicha entrega: Artículo 22. Entrega de los menores. Los menores de edad que se desvinculen de organizaciones armadas al margen de la ley de conformidad con las disposiciones legales vigentes, deberán ser entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, por la autoridad civil, militar o judicial que constate su desvinculación del grupo armado respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas ordinarias siguientes a su desvinculación o en el término de la distancia, para que reciba la protección y atención integral especializada pertinente.

j- Ley 833 de 2003: aprobación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño en Colombia

El 10 de julio de 2003 se expide la Ley 833 con la cual se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU 2000) relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en New York. Sin embargo, en Colombia entra en vigencia el 25 de junio de 2005, un mes después de depositar el Instrumento de Ratificación de dicho Protocolo ante la Secretaría General de la ONU. El Protocolo facultativo establece los 18 años como la edad mínima permitida para la prestación del servicio militar obligatorio en los Estados ratificantes del Protocolo, pues en la Convención Internacional de los Derechos de los Niños vigente desde 1989 se establecía como minoría de edad los 15 años.

k- Ley 975 de 2005, estipuló la entrega de menores en el marco de las desmovilizaciones colectivas de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC-

El asunto de los NNA desvinculados de las OAI se inscribe normativamente en el ámbito de las desmovilizaciones colectivas, primero como un requisito de elegibilidad de quienes desean acogerse a la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, y segundo como una disposición complementaria de dicha ley, en el marco del Acuerdo de Paz entre el pasado Gobierno de Álvaro Uribe y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). La Ley de Justicia y Paz establece en relación a la entrega de los menores de edad al ICBF por parte de los miembros de la organización armada: Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la

pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones: 10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

Como podemos observar dicha ley de justicia y paz, contempla como un requisito de elegibilidad para poder ser postulado de la misma y acogerse a los beneficios que en dicha norma se contemplan que en el momento de la desmovilización era necesario que el grupo armado entregara la totalidad de los menores que tuviera en las filas de la organización al ICBF, pero no deja de desconcertar lo estipulado en el artículo 64 de la misma ley, ya que el hecho de no entregar los menores no será una causal para perder los beneficios contemplados en la ley de justicia y paz para los desmovilizados.

1- Código de Infancia y Adolescencia.

Finalmente, el último avance realizado en la normatividad nacional frente al tema de los menores de edad en Colombia es la expedición de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, que deroga al anterior Decreto 2737 o Código del Menor de 1989 a excepción de los Artículos 320 a 325 relativos a las Prohibiciones y Obligaciones Especiales y al juicio especial de alimentos. El Código de la Infancia establece como principio rector el interés superior del niño, en tanto la satisfacción integral y simultánea de sus derechos universales, prevalentes e interdependientes. El Código de la Infancia y la Adolescencia introduce modificaciones sustanciales a la normatividad nacional en lo relativo a los niños y adolescentes, con un esquema de protección y atención desde la perspectiva de sujetos plenos o titulares de derechos exigibles; estos principios ya consagrados en los instrumentos internacionales denotan un avance del ordenamiento jurídico nacional con respecto al estado actual de la normatividad internacional. Así, en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en los artículos 2°, 3° y 7° se plantea el objeto de la ley, se asumen a los menores como sujetos de derechos, y se define la política de protección integral: Artículo 2. Objeto. El presente Código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Artículo 7. Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su

restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

En materia de vinculación y desvinculación de los menores de edad, el Código de la Infancia y la Adolescencia presenta algunos avances normativos en el orden nacional y están referidos a dos temas centrales: Por un lado, el mandato legal de la Fiscalía General de la Nación para aplicar el principio de oportunidad en relación a los procesos penales de los adolescentes que se desvincularon de Organizaciones Armadas Ilegales (Art. 175), tema que analizaremos en el tercer capítulo de este proyecto, por ser uno de los ejes principales a tratar. Por otro lado, el asunto de la prohibición del uso de los menores para actividades estratégico militares por parte de las Fuerzas Armadas del Estado (Art. 176): Artículo 176. Prohibición especial. Queda prohibida la entrevista y la utilización en actividades de inteligencia de los niños, las niñas y los adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley por parte de autoridades de la fuerza pública. El incumplimiento de esta disposición será sancionado con la destitución del cargo, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

Entonces como se analiza, en esta norma se prohíbe además de la utilización de los menores en las fuerzas armadas, se les prohíbe su utilización para actividades de inteligencia, en donde posiblemente miembros de las fuerzas armadas estatales quieran obtener información de los niños y adolescentes que estuvieron en las filas de organización armadas ilegales con el objeto de combatirlos. También, con el Código de la Infancia y la Adolescencia se introduce el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Éste es un componente normativo que establece el orden y la ruta jurídica desde las acciones del Estado y la sociedad para la penalización de actos cometidos por adolescentes en Colombia.

m- Decreto 4690 de 2007: crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento de menores en Colombia.

El objetivo principal de la Comisión es poder articular y orientar la ejecución de las acciones para prevenir el reclutamiento de los NNA, además de promover la garantía y el cumplimiento de sus derechos. También, dentro de sus funciones está el diseño y la ejecución de políticas públicas de protección integral y fortalecimiento institucional, social y familiar para reducir los factores de riesgo.

Como puede observarse, existe una amplia protección jurídica, con miras a evitar el reclutamiento forzado de NNA, pero como finalmente en nuestro país, estas normas no se

respetan y desafortunadamente los grupos armados ilegales terminan utilizándolos, se hace necesario complementar esa amplia protección jurídica con políticas y programas gubernamentales, las cuales están a cargo, principalmente del ICBF, quien en ocasiones contrata los servicios de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) para que éstas se encarguen de operar el programa mientras el ICBF se ocupa de las tareas administrativas, como lo dispone el Decreto 128 de 2003 en su Artículo 2: supervisión, seguimiento, acompañamiento y asesoría de la función de los contratistas, es decir, que el ICBF no opera directamente estos programas, sino que funciona con contratos de aporte, con ONG particulares.

Encontramos, que en cuanto a los Programas de Atención Especializada para los NNA Desvinculados de los Grupos Armados al Margen de la Ley en Colombia ha tenido tres momentos específicos en su formulación e implementación: El primer momento corresponde al 13 de mayo de 1997, fecha en la que el ELN entrega 6 adolescentes que hacían parte de sus filas a la Defensoría del Pueblo, UNICEF, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y el ICBF en el municipio de Media Luna, departamento del Cesar. Este hecho derivó en la necesidad de una respuesta institucional para atender a los NNA desvinculados de manera que la Ley 418 de 1997 dispuso en su artículo 17 que el ICBF se encargaría de atender a dicha población. El segundo momento se inicia con la expedición del Decreto 1137 de 1999, a partir del cual se desarrolla un programa piloto de atención especializada a los niños, niñas y adolescentes desvinculados. En el 2001 se crea y organiza el Grupo Interno de Trabajo para la atención de los niños, niñas, jóvenes y familias víctimas del conflicto armado y para la atención de población infantil en situación de desplazamiento, a través de la Resolución 666 de 2001. Finalmente, el tercer momento que constituye el paso más relevante en el proceso de atención institucional de los NNA desvinculados desde la iniciativa de 1997, se da a partir de la expedición de la Ley 782 de 2002 en la cual se dispone oficialmente al ICBF para la creación de un programa especializado de atención de los menores desvinculados. A partir de este momento el Programa se consolida como el eje principal para la atención de esta población, configurando las rutas institucionales pertinentes para su desarrollo y atención.

Con la expedición el 22 de enero del Decreto 128 de 2003, instrumento jurídico que obedece principalmente a la política de reincorporación a la vida civil implementada por el Gobierno nacional, se ratificó al ICBF como entidad receptora de los menores de edad desvinculados de las OAI. El Programa del ICBF está basado en tres modalidades de atención:

- 1- Atención institucional:
 - *Hogar Transitorio,
 - *Centro de Atención Especializada (CAE),

*Casa Juvenil.

2- Atención socio-familiar:

*Hogar Tutor,

*Hogar Gestor.

3- Centros de Referencia y Oportunidades Juveniles (CRO-J)

*Atención Institucional: compuesta por tres servicios o modalidades.

-Hogar Transitorio¹⁰⁴, En esta modalidad se realiza el proceso de identificación del NNA, diagnóstico de la situación psicoafectiva y familiar, valoración de habilidades y condiciones de salud. El NNAJ permanece aproximadamente 45 días en esta fase y es remitido a los CAE.

-Centro de Atención Especializada¹⁰⁵ (CAE), En esta segunda fase se brinda atención integral personalizada al NNAJ. Se inicia el proceso de preparación para la vida social y productiva y se refuerzan las áreas de atención de acuerdo con el perfil de cada uno. Asimismo se brindan herramientas de tipo vocacional, nivelación académica y se continúa con el restablecimiento de vínculos para su posterior reintegración. El NNA permanece en esta fase entre ocho meses y un año.

-Casa juvenil¹⁰⁶, En la tercera fase, se ponen en práctica las herramientas adquiridas y se prepara al NNA para su inserción en el ámbito familiar y social. Se inicia un periodo de vida bajo principios de corresponsabilidad y autonomía. Al finalizar esta fase, si la persona ha cumplido los 18 años puede ingresar al programa de reintegración de la ACR después de ser remitido por el ICBF. El periodo de permanencia en esta fase es aproximadamente un año.

*Atención Socio-familiar: compuesta por dos modalidades.

-Hogar Tutor¹⁰⁷, Esta modalidad de atención está basada en la selección de una familia que ha sido capacitada por el ICBF teniendo en cuenta criterios técnicos. Esta familia acoge de forma voluntaria y por tiempo completo a un NNA para brindarle un ambiente afectivo y de atención integral que le permita restablecer sus derechos. También se orienta a la inserción socio laboral del NNA. La permanencia con la familia puede prolongarse de uno a dos años, dependiendo su plan de vida particular.

-Hogar Gestor¹⁰⁸, En esta modalidad se brinda atención a los NNA que se reintegran a sus familias en sus regiones de origen. La familia puede recibir o no un apoyo económico o

¹⁰⁴ Procuraduría General de la Nación, UNICEF (2006) “Lineamientos jurídicos y administrativos del Estado colombiano para la atención a los niños, niñas, y adolescentes desvinculados del conflicto armado”. Bogotá: Gente Nueva.

¹⁰⁵ Ibídem

¹⁰⁶ Ibídem

¹⁰⁷ Ministerio del Interior y de Justicia. “Resolución 1707” del 10 de Julio de 2006

¹⁰⁸ Ibídem

subsidio temporal para contribuir a la garantía en el restablecimiento de los derechos del NNA y facilitar su proceso de reintegración familiar y social

*Centros de Referencia y Oportunidades Juveniles CRO-J: Como producto de un convenio entre la Organización Internacional de Migrantes –OIM- y el ICBF, se crearon los Centros de Referencia y Oportunidades Juveniles (CRO-J) que surgieron como una estrategia para acompañar y apoyar a los NNA que salen del Programa de Atención Especializada del ICBF. Los CRO-J constituyen una modalidad complementaria del Programa del ICBF, al brindar orientación a una red de servicios y oportunidades de apoyo para consecución de documentación, generación de ingresos o empleo, facilitar acceso a servicios básicos como salud, educación, cultura, deporte; mecanismos orientados a evitar una posible re vinculación a las OAI o acciones propias del conflicto armado. “El ICBF ha atendido un total de 3.911 menores desvinculados desde 1999, de los cuales 2.856 son hombres (73%) y 1.055 son mujeres (27%). Las edades promedio de estos menores desvinculados atendidos por el ICBF oscilan entre 13 y 17 años”¹⁰⁹.

*Acciones institucionales complementarias: Se han adelantado acciones complementarias entre el ICBF y otras instituciones del Estado tendientes a fortalecer y cualificar el proceso de consolidación de la ruta de vida de los NNA desvinculados en Colombia.

Por otro lado, entre las instituciones que han cumplido un papel complementario en el proceso de desvinculación y reintegración de los NNA se encuentra:

-Ministerio de Educación Nacional¹¹⁰, como institución encargada del servicio educativo en el país ha dispuesto, a través de algunas herramientas jurídicas, la prestación de este servicio para los NNA desvinculados de las OAI en Colombia. En el artículo 67 de la Constitución de 1991 y la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, se establece parte del servicio de la educación como un mecanismo de rehabilitación social. En la Resolución 2620 de 2004 se disponen los lineamientos generales de la prestación de la educación a esta población específica y se establecen directrices, criterios y procedimientos para la prestación del servicio educativo a niños, niñas y jóvenes desvinculados del conflicto armado y menores de edad hijos de personas desmovilizadas de grupos armados al margen de la ley.

-Servicio Nacional de Aprendizaje¹¹¹ (SENA), celebra el convenio interadministrativo con el ICBF en enero de 2004, para desarrollar cursos de formación para el trabajo en

¹⁰⁹ Óp. Cit. Procuraduría General de la Nación, ICBF

¹¹⁰ Ministerio de Educación Nacional. “Resolución 2620 “, 01 de Septiembre de 2004.

¹¹¹ SENA. Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano. Enero 24 de 2009, en <http://observatorio.sena.edu.co/especiales.html>

modalidad técnica y empresarial, dirigida a una población amplia, entre ella a los NNA desvinculados. El SENA desarrolla el programa Jóvenes en Acción, que busca capacitar jóvenes desempleados entre los 18 y 30 años de edad, prioritariamente a aquellos en condición de desplazamiento, registrados en el SUR, jóvenes en proceso de reintegración y de los niveles 1 y 2 del Sisben.

-Ministerio del Interior y de Justicia¹¹², desarrolló el Programa de Reincorporación a la Vida Civil de Personas y Grupos Alzados en Armas (PRVC), el cual estuvo a su cargo y operó de 2003 a 2006, momento en que se crea la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas (ACR) a cargo de la Presidencia de la República. Mientras estuvo vigente el PRVC, el ICBF les remitía a ese programa a los jóvenes que cumplían la mayoría de edad para que siguieran con su ruta de reintegración a la vida civil, y fueran beneficiarios de las ofertas del programa nacional en salud, educación, empleo, vivienda, entre otros. Desde 2006 la ACR recibe a los jóvenes que cumplen los 18 años y que son remitidos por el ICBF.

-Ministerio de Defensa¹¹³, es la entidad que ha estado a cargo del Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado (PAHD) desde 2001. En relación a la desvinculación de los NNA de las OAI, el ICBF da aviso al Ministerio de Defensa cuando recibe a un NNA, para que sea verificada su anterior pertenencia o vinculación a la organización armada ilegal. Las Fuerzas Armadas han adoptado algunas estrategias de prevención para el manejo de los NNA que se desvinculan de las OAI.

-Consejo Nacional de Política Social¹¹⁴, ante la necesidad de formular e implementar políticas públicas orientadas a la atención de la población menor de edad en Colombia, el Código de la Infancia y la Adolescencia crea el Consejo Nacional de Política Social, el cual asume funciones relevantes en esta materia: Artículo 206. Consejo Nacional de Política Social. El Consejo Nacional de Política Social es el ente responsable de diseñar la política pública, movilizar y apropiar los recursos presupuestales y dictar las líneas de acción para garantizar los derechos de los NNA y asegurar su protección y restablecimiento en todo el territorio nacional.

-Defensoría del Pueblo¹¹⁵, Cumple la función de divulgar, proteger y realizar seguimiento a

¹¹² Ministerio del Interior y de Justicia. “Resolución 1707” del 10 de Julio de 2006.

¹¹³ Doncel, Marcela, “ICBF- también un hogar para las víctimas del conflicto”. Marzo 3 de 2008. En acceso directo al Periodismo Universitario: http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=480&sid=4046&aid=29597&eid=7&NombreSeccion=%C3%83%E2%80%99CPTICA%20NACIONAL&Accion=VerArticulo>.

¹¹⁴ *Ibidem*

¹¹⁵ Defensoría del Pueblo. “Campaña Humanitaria No más Niñez y Adolescencia Reclutada – 2008”. En: <http://www.defensoria.org.co/red/avisos/sat2.php#tab2>.

las políticas públicas para los NNA. Igualmente, la Defensoría del Pueblo, en el marco de su función institucional de la defensa de los Derechos Humanos en Colombia, cuenta con una unidad asesora encargada de los derechos de la niñez, la juventud y las mujeres, y ha emprendido diversas acciones en pro de la protección de los menores vinculados al conflicto armado. Cuenta con el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) que advierte y reporta posibles situaciones y espacios a nivel nacional donde se puedan presentar riesgos de la población en general como consecuencia de las dinámicas del conflicto armado. En el 2007 el SAT reportó 90 situaciones de riesgo de las cuales un 60% estaban dirigidas al reclutamiento de NNA por parte de las diferentes OAI.

Como podemos observar, el estado tiene la obligación no solo de prevenir el reclutamiento forzado de NNA, sino que debe comprometerse con la adopción de medidas para lograr la desmovilización de quienes se encuentren siendo víctimas de esta forma de esclavitud moderna y así mismo tiene la obligación de desarrollar las políticas de rehabilitación y resocialización de quienes han sido víctimas, es decir, que estas tienen derecho a un tratamiento que debe desarrollar el estado colombiano como parte de las políticas públicas de protección a los NNA combatientes y excombatientes, resumiendo que alguna de esas medidas o políticas públicas son:

- a- Desde 1997, el ICBF trabaja en la construcción de una política específica de atención a población víctima del conflicto y en especial desde 1999 con la problemática específica de niños desvinculados. Julián Aguirre, coordinador del Grupo de Atención a Víctimas de la Violencia del ICBF, ha señalado que “la entidad reconoce que la condición de víctimas de violencia es una categoría social y cultural que requiere de un programa especializado, que se traduce en educación, vivienda, salud, acompañamiento psicológico y acceso a capacitación técnica que va hasta los 18 años, que estos programas son desarrollados por cada una de las Regionales del ICBF, en la que se encuentre el adolescente, que cumplido los 18 años, tienen la posibilidad de pasar al programa de reinsertados del Gobierno Nacional”¹¹⁶.

- b- Para la investigadora Cielo Mariño Rojas¹¹⁷, entre las medidas que dice tener el ICBF, además de las expresadas por Julián Aguirre, existe la atención intramuros, que es un tipo de encierro que contribuye a una percepción negativa del menor y no ayuda al desarrollo de su identidad, ya que son niños campesinos que se sienten en encierro, que han perdido a su familia, y después de haber estado viviendo un reclutamiento aplicarles una medida de atención intramuros es tenerlos en reclusión

¹¹⁶ <http://www.universia.net.co> - Universia Colombia Generado: 6 Mayo, 2009, El papel del Icbf.

¹¹⁷ Mariño Rojas, Cielo, (2005) “Jóvenes Desvinculados del Conflicto armado”, en: Violencia contra Jóvenes, Capítulo III, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Noviembre.

y con una visión de no futuro cuando salen de estos sitios. Según el Coordinador del grupo de Atención de Víctimas en el ICBF, “la permanencia en los hogares no se puede constituir como un tipo de reclusión, ya que los menores no están privados de la libertad y su permanencia es voluntaria, así mismo, manifiesta que en estos últimos años se ha dado un paso hacia una menor institucionalización”¹¹⁸.

- c- También se aplican otras políticas diferentes al encierro o atención intramuros, como hogares tutores o casas juveniles, es decir, que el ICBF presta la educación fuera de sus instalaciones en horas de la mañana, permitiendo mayor integración con el entorno y por la tarde, los menores realizan talleres en el ICBF, luego van a un hogar tutorial si ha sido posible o van a las casas juveniles del ICBF, lo que disminuye notablemente el tiempo en encierro. Lo ideal para el ICBF es poder reubicar a los menores con su familia, pero esto sólo se logra en un 27% de los niños y de éstos únicamente la cuarta parte recibe acompañamiento, aclarando que lograr esto no es fácil, pues muchas veces las familias no son fácilmente ubicadas por cuestiones de desplazamiento, o no pueden recibir al menor por amenazas en contra del menor o de su familia por los miembros del grupo armado ilegal.

Entonces, la desvinculación de NNA nos lleva a pensar en dos situaciones políticas: La primera, la Política criminal que regula el proceso penal y en la política de atención social integral, brindada en parte por el ICBF en los centros del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Atendiendo que la política criminal que regula el proceso penal de estos adolescentes actualmente se ve orientada con base al Principio de Oportunidad consagrado en el Código de Infancia y Adolescencia, ya que se mira la vinculación del menor como producto de factores no voluntarios. Y con ello, podría pensarse que la restitución de derechos no puede darse cuando se está privado de la libertad, porque éste es un presupuesto para el goce de cualquier derecho y dado que el programa del ICBF está desarrollado básicamente por la institucionalización, al respecto afirma la Unicef y la Procuraduría General de la Nación, “que es lógico que exista malestar y temor por el menor, ya que este llega con una serie de expectativas y se encuentra con otra realidad, pero se cree que es necesario que medie un proceso inicial de institucionalización para obtener beneficios e ir diluyendo esa inconformidad a medida que se contextualiza y avanza el programa”¹¹⁹.

¹¹⁸ <http://www.universia.net.co> - Universia Colombia Generado: 6 Mayo, 2009, El papel del Icbf.

¹¹⁹ Unicef y La Procuraduría General de la Nación, La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los planes de desarrollo departamentales y municipales, documento en donde se expresa por parte de estas entidades que: En estos últimos cinco años el ICBF ha brindado protección a más de 2.000 niños y jóvenes desvinculados, de los cuales 480 se encontraban vinculados a procesos judiciales. Para el 2004, 320 ya tenían dictada la cesación de proceso. Tomado en: <http://www.universia.net.co> - Universia Colombia, Generado: 6 de Mayo del 2009, El papel del ICBF.

Así mismo, las políticas de desvinculación comienzan con la desmovilización física y requieren de un proceso largo y en algunos casos no satisfactorios del todo. Aguirre afirmó que “la situación se torna compleja ya que los muchachos llegan con expectativas de ingresos, producto de una cultura de la ilegalidad donde aprendieron a manejar dinero y este cambio de mentalidad es lo más complicado. El trabajo fuerte está en conseguir en el menor su desmovilización subjetiva”¹²⁰. Sin esbozar, cuál de las dos posiciones es la ideal, para un NNA desmovilizado del conflicto, consideramos que la inclusión que se pretende con un programa de reincorporación es múltiple: por un lado busca que quienes han participado de las hostilidades puedan expresarse políticamente y sin el uso de la violencia; es decir que participen democráticamente del ejercicio político. Cambiar armas por urnas y por ideas. Por ello, resulta claro que la reinserción de estos jóvenes si bien implica el abandono de la violencia como mecanismo de expresión política y la asunción de responsabilidades democráticas también requiere de garantías de seguridad para aquellos que se desmovilicen y abracen la posibilidad de integrar o conformar partidos y movimientos políticos de jóvenes, que sean compatibles con sus ideas y tesis que, por regla general, no coinciden con las de los gobiernos que han combatido.

Por otro lado está la reincorporación psicológica, familiar y social, las cuales no solo son difíciles de superar, sino que deben obedecer a políticas públicas tendientes a garantizar los derechos de los NNA en un proyecto incluyente de una sociedad mejor. Los modelos de inclusión deben propugnar por el logro de ese difícil equilibrio entre valores tan puestos en entredicho y tan enfrentados en el marco de la reinserción como son la justicia y la paz, los cuales sin abrazar la impunidad y con dosis de realismo deben ser objeto de análisis. La paz no puede ser expresión de impunidad y la justicia en nuestra particular forma de ver este proceso transicional no puede impedir la reconciliación y la convivencia y si decidimos perdonar y olvidar los actos en conflicto o fuera de él, se estarían tirando las expectativas que versan sobre los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

¹²⁰ Unicef y La Procuraduría General de la Nación, “La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los planes de desarrollo departamentales y municipales”, en dicho documento, se entiende por Desmovilización Subjetiva es necesario identificar que la acción del Estado, la sociedad y la familia debe ir dirigida en dos vías: de una parte, hacia la prevención de la vinculación, a través de políticas públicas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de esta población; y de otra, la acción de protección y restablecimiento de derechos de aquellos que se han desvinculado. Debería haber por parte del Estado, una garantía de los derechos de la infancia desde un primer momento, ya que por sustracción de materia no estarían expuestos a un conflicto, porque se les garantizaría derechos como la salud, la educación, dando la oportunidad a la familia de ser responsable con sus hijos. : <http://www.universia.net.co> - Universia Colombia, Generado: 6 de Mayo del 2009, El papel del ICBF.

Finalmente, consideramos que más que programas aislados y transitorios, vigilados o controlados por el ICBF, lo que debe aplicarse son verdaderas políticas sociales que combatan las causas o motivos que llevan a un niño, niña y adolescente a vincularse a un grupo armado, como lo son: la pobreza, la falta de acceso a la educación, los valores socio-familiares, es decir apuntarle a la causa que genera esta situación de niños reclutados para cumplir diferentes roles en los conflictos y no invertir en programas de resocialización que se convierten en soluciones de mediano plazo, mientras el niño, niña y adolescente pasa a ser adulto y ahora ya no es problema del estado su vulnerabilidad, sino que es sujeto de reproche social.

2.3 Antecedentes, principios y finalidades del sistema de Responsabilidad Penal de los niños, niñas y adolescentes

Los antecedentes de la evolución normativa de los sistemas de responsabilidad penal desde su creación han estado presididos por “tres grandes modelos”¹²¹: el modelo de protección, el educativo y el modelo de responsabilidad. “Cada uno de estos modelos guarda relación con un contexto histórico determinado. Bajo esta observación, podrá comprenderse el hecho de que la evolución de los modelos adoptados en América Latina y Europa no siguiera el mismo ritmo. Así, en América Latina básicamente podemos distinguir dos modelos: el de la doctrina de la situación irregular (o tutelar) y el de la doctrina de protección integral”¹²².

El modelo de situación irregular (o tutelar) se da en América Latina, aproximadamente en la década de los años treinta. Sus principales rasgos característicos son: 1- Mantenimiento de una concepción etimológica positivista de la criminalidad que justifica la intervención estatal coactiva frente a infractores de la ley penal, basándose en ideas de resocialización y defensa social. 2- Sustitución de las penas por medidas de seguridad aplicables no sólo a los infractores, sino también a los menores en situación irregular, de abandono, peligro material o moral. ¹²³

En efecto, la concepción “tutelar”, fundada en la consideración del menor como incapaz, objeto de protección e intervención jurídica ante situaciones de dificultad como abandono, pobreza, maltrato, o por infracciones a la ley penal, llamadas situaciones irregulares; sin que se lograra una clara diferenciación entre los menores sujetos de protección y menores infractores. Concepción, además, carente de una visión que recogiera los aportes interdisciplinarios provenientes de otras ciencias, que posteriormente vienen a convertirse en elementos básicos del nuevo paradigma de la protección integral.

En cuanto al modelo de protección, podemos decir que inicia con la protección de los Derechos del Niño, como categoría de los Derechos Humanos que surge en el seno de la Comunidad de Naciones después de la Primera Guerra Mundial con la promulgación de:

¹²¹ Sobre estos modelos, Vid. Jiménez Salinas, (1992). La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita, (Dir. Bustos Ramírez), Un Derecho Penal del menor, Santiago de Chile, p. 11.

¹²² Al respecto, Vid. Beloff, El sistema de justicia penal y la doctrina de la protección integral de los derechos del niño, en Justicia Penal y sociedad. Revista guatemalteca de Ciencias Penales, Año 6, número 8, Guatemala, Abril de 1998, p. 87 ss.

¹²³ *Ibíd.*

El 24 de septiembre de 1924, de la Primera Declaración de los Derechos del Niño: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y Servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”¹²⁴.

Y a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Organización de Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 1948: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. ¹²⁵

Desplegándose importantes cuerpos normativos de carácter internacional a partir de los dos anteriores, no solo de protección general de los derechos humanos, sino también de protección particular para grupos poblacionales específicos que por su condición se hacen más vulnerables y, por ende, requieren especial protección como son las mujeres, los niños, los adolescentes y los discapacitados, entre otros. Tales cuerpos normativos internacionales son:

El 20 de noviembre de 1959 se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, estableciendo: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad...”¹²⁶ Luego, en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Caracas, 1980), se propone regular unas reglas mínimas para la Administración de la Justicia de Menores, iniciativa que se consolida con la formulación de “las Reglas de “Beijing”¹²⁷ en 1985. Así mismo, el 20 de Noviembre de 1989 se firma la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Asamblea General Naciones Unidas: “que profundiza los derechos del niño, reafirmando la necesidad

¹²⁴ Declaración de los Derechos del Niño, Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño. En: www.juridicas.unam

¹²⁵ Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: www.juridicas.unam

¹²⁶ Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, en: www.juridicas.unam

¹²⁷ Gloria Sarmiento Santander, (2008). “Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes”, Imprenta Nacional de Colombia, Diciembre.

de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y asistencia; la necesidad de protección jurídica y no jurídica del niño antes y después de su nacimiento; la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño, y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad¹²⁸.

Es precisamente, la ratificación de dicha Convención, la que lleva a replantear, el modelo nacional que caracterizaba la responsabilidad penal de los menores infractores, planteada desde 1989 en el Código del Menor o decreto 2737 de 1989, el cual no consultaba el planteamiento que en materia de derechos de los niños se había establecido en la Carta Constitucional de 1991 y contrariaba lo señalado por la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, situación que antecede a la creación de un sistema de responsabilidad penal juvenil en el código de infancia y adolescencia. En efecto encontramos:

En 1990 Colombia adopta, en materia del menor infractor las reglas y las directrices dadas por la Organización de las Naciones Unidas al respecto, como lo son la Resolución 45/112: Directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil o Directrices de RAID, adoptadas por la Asamblea General en diciembre de 1990, la cual entre sus recomendaciones establece que los gobiernos deberán crear Métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil. Resolución 45/113: Reglas mínimas de la ONU para la administración de justicia de menores o reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en noviembre de 1985, mediante resolución 40/33, donde establecieron que los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento del delito y delincuencia posible. ¹²⁹

Colombia ratifica todas estas directrices y reglas de las Naciones Unidas, pero en el año 1995 El Presidente de la República, mediante Decreto N° 967 de 9 de junio de 1995, conforma la Comisión Asesora del Gobierno Nacional para la revisión y reforma del Decreto N° 2737 de 1989, Código del Menor, con el encargo de "... revisar y proponer la adecuación del Código del Menor a la legislación internacional y a los postulados consagrados en la Constitución política de 1991"¹³⁰, Lo anterior, generó que todos los estamentos que de una u otra forma tienen algo que ver con la protección, readaptación,

¹²⁸ En: www.margen.org.niños

¹²⁹ Pabón Parra, Pedro Alfonso, (2007). Comentarios al nuevo sistema de Responsabilidad penal para Adolescentes, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, pág. 38

¹³⁰ *ibíd.*

judicialización de los menores infractores, en cabeza de la Comisaria delegada para los Derechos de la Niñez, Mujer y Ancianos comenzaron a realizar debates y a sacar conclusiones sobre el desarrollo del código del menor y la aplicación de las directrices de la ONU, es así como el ICBF, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, La Procuraduría, etc., manifiestan en sus estudios, debates e investigaciones la necesidad de crear una Ley de niñez y adolescencia, que además incluyera un sistema de “Responsabilidad Penal Juvenil”.

Reunidos en la Alianza por la niñez colombiana¹³¹ dichas entidades, en conjunto con un grupo de legisladores, establecieron un espacio de trabajo permanente desde el año 2003, que buscaba conciliar las diversas iniciativas que cursaban en el Congreso de la República relacionadas con la reforma total o parcial del Código del Menor. Como resultado de este trabajo conjunto, se formularon y radicaron los siguientes proyectos: En el año 2004 el proyecto de ley 032, concebido como una reforma integral del Código del Menor, a partir del reconocimiento del interés superior de los niños y las niñas, la titularidad y prevalencia de sus derechos. Posteriormente durante los meses de junio y julio de 2005 un nutrido grupo de organizaciones gubernamentales y estatales y de organismos no gubernamentales nacionales e internacionales, entregaron un nuevo proyecto de ley que fue presentado en la Cámara de Representantes el día 23 de agosto de 2005, radicado con el número 085, y suscrito por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, 40 Representantes a la Cámara, 5 Senadores, la UNICEF y la Directora de entonces del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El 8 de noviembre del año 2007 el señor Presidente de la República sancionó la Ley 1098 de 2006, “Código de la Infancia y la Adolescencia”, el cual establece normas sustantivas y procesales para la “protección integral de los niños, niñas y adolescentes, para así garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las Leyes”¹³².

Es de resaltar que con esta ley de infancia se deja en el pasado los argumentos que privilegiaban el accionar del Estado bajo el influjo de la situación irregular en el ámbito de los derechos de esta población infantil. Y como puede observarse, por eso la norma en su estructura dogmática incorpora los principios de protección integral, interés superior, prevalencia de los derechos, corresponsabilidad, exigibilidad de los derechos, perspectiva de género y responsabilidad parental”¹³³. Siendo uno de los temas más polémicos

¹³¹ Linares Cantillo Beatriz, Quijano Pedro (2006). “Nueva Ley para la Infancia y la Adolescencia en Colombia”, Organización Internacional de Migrantes –OIM- y Alianza por la Niñez Colombiana. Antecedentes.

¹³² Artículo 2. del Código de Infancia y Adolescencia, “objeto”. Editorial Leyer.

¹³³ Pabón Parra, Pedro Alfonso, (2007). Comentarios al nuevo sistema de Responsabilidad penal para Adolescentes, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá.

precisamente el tema de responsabilidad penal juvenil, en donde la discusión de si eran o no responsables penalmente fue superada por la Sentencia C-203 de 2005¹³⁴ de la Corte Constitucional, que fue acatada por los y las integrantes de la mesa de trabajo sobre Responsabilidad Penal para Adolescentes, según la cual los adolescentes que cometen delitos en Colombia, son a la luz de los tratados internacionales responsables penalmente por sus conductas. Atendiendo: “El derecho internacional de los derechos humanos no solamente prevé y acepta la posibilidad de que los menores de edad sean considerados responsables penalmente, sino que establece reglas muy claras sobre las garantías básicas que han de rodear los procesos de juzgamiento adelantados contra personas menores de 18 años con ocasión de los hechos punibles que llegaren a cometer”¹³⁵. En ese contexto jurídico internacional, la ley de infancia y adolescencia acogió y se sujetó al procedimiento penal vigente y a la Constitución Política, es decir, al procedimiento penal con tendencia acusatoria, en donde por orden de la sentencia citada se le definieron reglas especiales, teniendo en cuenta que debe ser un proceso específico y diferenciado atendiendo su calidad de sujeto de especial protección.

Por otro lado, independientemente de que nuestro sistema penal juvenil este inspirado en un modelo castigador (imposición de penas) o un modelo de protección (otras medidas diferentes de la pena), lo importante es mirar cual es la finalidad que persigue el Estado con dichas medidas, porque no podemos perder de vista que toda teoría o sistema, como conjunto de conocimientos sistematizados para dar explicación científica y racional a cierto fenómeno, contiene en su seno, implícita o explícitamente, una intencionalidad, propia e inevitable a toda estructura de pensamiento humano, la cual nos permite construir bajo un mismo título visiones absolutamente polarizadas. Así, al conformarnos con un derecho penal que analice la legislación penal y el concepto de pena sólo a partir de los textos normativos, olvidará la verdadera función de la ley penal y de la pena en la realidad social y la concreta operatividad de las agencias del sistema penal, y se atará indefectiblemente a los conceptos creados por el legislador. Además, la Ley es un acto político y si el jurista cree que la finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, es lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, elaborará su conocimiento a partir de un modelo inexistente y

¹³⁴ Sentencia C-203/2005: Responsabilidad penal del menor -Derecho comparado/ Tratamiento jurídico procesal adecuado: “... Una revisión sumaria del derecho comparado en cuanto al tema que ocupa la atención de la Sala confirma la proposición básica que se ha venido estudiando, a saber, que los menores de edad sí pueden incurrir en responsabilidad penal, y que en consecuencia deben recibir un tratamiento jurídico-procesal adecuado a su condición de sujetos de especial protección, de conformidad con los principios de diferenciación y de especificidad (apartado 4.2.5.1.3) tanto del procedimiento como de las medidas a imponer. En: www.fiscalia.gov.co

¹³⁵ *Ibidem*.

falso, porque esa finalidad lejos está de cumplirse en la realidad. En este sentido nos apoyaremos en la teoría agnóstica de la pena de Zafaroni, quien parte de la concepción que:

En toda sociedad existen relaciones de poder que intervienen en la solución de conflictos. Toda sociedad o cultura tolera que en la mayoría de los conflictos no intervenga el poder formalizado o, mejor dicho ninguna sociedad admite que en todos los conflictos intervenga ese poder, explicando que las agencias políticas programan su intervención sobre una parte de la conflictividad mediante los principales modelos Decisorios: A) El Reparador B) El Conciliador C) El Coercitivo D) El Terapéutico E) El Punitivo. No obstante cabe aclarar que dentro de estos cinco modelos mencionados “el modelo punitivo” es poco apto para la solución de los conflictos, pues cuando prisioniza no resuelve el conflicto, sino que suspende, o sea lo deja pendiente en el tiempo, dado que por definición excluye la víctima. De esta manera todos los inconvenientes de las teorías positivas se eluden si se adopta un criterio de construcción Teleológica que tenga por meta la protección de los bienes Jurídicos (Seguridad Jurídica) pero en lugar de caer en la ilusión que protege a la víctima de las demás, asume el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo. ¹³⁶

Esta teoría permite sostener, entonces, como ninguna otra, que las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la selectividad. Ningún otro sistema teórico que se afirme en ficciones como la prevención general positiva, negativa o especial puede criticar lo que necesita sostener y como la propuesta última y mediata de este agnosticismo consiste en reforzar el estado constitucional de derecho, es darle cumplimiento a los principios rectores de la Ley de Infancia y Adolescencia que surgen de la constitución política y de las normas internacionales: “1. El interés superior; 2. La prevalencia de los derechos; 3. La corresponsabilidad; 4. La exigibilidad de los derechos; 5. La perspectiva de género; 6. La responsabilidad parental; 7. El ejercicio de los derechos y responsabilidades; 8. El deber de vigilancia del Estado”¹³⁷. Principios que encierran la finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, que no es otra que la “Protección Integral” es decir, el reconocimiento de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración, y la seguridad de su restablecimiento inmediato, en desarrollo del principio del interés superior.

¹³⁶ Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro (2000). “Derecho Penal Parte General” Editorial Ediar, Buenos Aires, pág. 35

¹³⁷ Gloria Sarmiento Santander, (2008) “Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes”, Imprenta Nacional, Bogotá. Pág. 28.

Considerando que en el pensamiento contemporáneo predomina una postura a favor de un derecho penal mínimo para adolescentes, articulado con una política de protección de sus derechos, cuyo contenido sea una oferta amplia de ayuda para la superación de sus dificultades personales, familiares y sociales: mínima intervención penal y máxima oferta de ayuda, nos llevaría a la efectividad de estas nuevas visiones de la aplicación de verdaderas políticas sociales: la promoción del desarrollo y de la integración familiar, escolar y social de los niños y los adolescentes, porque la disminución de la delincuencia juvenil precisa de la creación de oportunidades para su integración y competitividad en la sociedad, por ello, la perspectiva básica no debe consistir tanto en el control penal de los adolescentes, porque insisto esta preocupación está dirigida a los resultados que se generan con la delincuencia, y por el contrario debe apuntar a la promoción y protección de sus derechos, de su desarrollo y de su integración, que son las acciones que atiende a las causas que generan el problema de la delincuencia juvenil, en otras palabras hay que sacarlo no solo del conflicto armado, sino del conflicto social con medidas de inclusión social, antes de perderlo definitivamente y para ello se deben acudir a medidas que superen el conflicto y brindándoles un trato adecuado que a dichos niños, niñas y adolescentes que conlleve a una adecuada y real prevención.

Por otro lado, debemos precisar que la responsabilidad penal y cualquier otra que se sustente en un reproche ético-jurídico debe, necesariamente, considerar al hombre como un ser dotado de dignidad y por tanto sujeto a valores. Al respecto nuestra Corte Constitucional ha señalado que: “la dignidad humana pugna con la exigencia de una responsabilidad objetiva”¹³⁸. Así mismo, señaló posteriormente que en:

“..... Nuestro sistema jurídico, ha sido proscrita, entonces la responsabilidad objetiva, de lo cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el momento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido en la conducta tipificada apareja la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal. Esta, al tenor del artículo 29 de la Carta, únicamente puede proceder del presupuesto de que al procesado se le haya declarado judicialmente culpable. La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo

¹³⁸ Sentencia C-563 de 1995: “... La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido: basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad. El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él”.

que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga. ¹³⁹

Como consecuencia de lo anterior, puedo decir que la responsabilidad penal y la consiguiente imposición de una pena, es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento punitivo, es decir, que la responsabilidad penal como lo ha expresado el tratadista Velásquez Velásquez: “es el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues dadas las condiciones de orden personal y social imperante en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo”¹⁴⁰

Pero, para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, deberá cumplirse con unas condiciones o presupuestos que integran ese concepto de responsabilidad, “los cuales presentan diferencias según se estime al sujeto como imputable o inimputable”¹⁴¹. “No existen mayores discrepancias en el derecho penal para determinar cuáles son esas condiciones que se requieren para ser considerado responsable penalmente cuando se trata de imputables. Se considera indispensable que mediante sentencia definitiva se constate la realización de una conducta punible, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable (ver Artículo 9 C.P). Así mismo, la Corte Constitucional ha estimado que la Pena es la consecuencia de la Responsabilidad Penal de los Imputables, cuando judicialmente se establece que se ha cometido un hecho punible, típico, antijurídico y culpable”¹⁴². Sin embargo, en el derecho comparado se considera que además de esas condiciones se requiere que la pena impuesta sea necesaria. Así, por ejemplo, Roxin opina que se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado: “El presupuesto más importante de la responsabilidad, como es sabido, es la culpabilidad del sujeto. Pero éste no es el único presupuesto sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de pena”¹⁴³, la cual deba apreciarse como una exigencia extra o adicional del hecho punible. Entonces, para

¹³⁹ Sentencia C-626 de 1996: “...La responsabilidad subjetiva supone necesariamente la culpabilidad o intencionalidad de su autor; no existe sino en la medida que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo”.

¹⁴⁰ Velásquez, Velásquez Fernando, (2007) “Derecho Penal”. Parte General, Segunda edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1995, pág. 492. Citado por: Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, “La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia”, Ediciones Nueva Jurídica, págs. 32 y 33.

¹⁴¹ Sandoval Fernández, Jaime, (2003). “Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal”, en Revista de Derecho, Universidad del Norte, Pág. 2

¹⁴² Ver C-176/93 y C-647/01, Alfredo Beltrán, citado por Sandoval Fernández, Jaime, Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal, en Revista de Derecho, Universidad del Norte, 2003, Pág. 3

¹⁴³ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. p.e, Civitas, 1997, p. 222, Citado por Sandoval Fernández, Jaime, Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal, en Revista de Derecho, Universidad del Norte, 2003, Pág. 2

hablarse de responsabilidad penal de los imputables se debe estar frente a una conducta típica, antijurídica, culpable y que además la pena sea necesaria.

Por otro lado, las condiciones del imputable no son las mismas de los Inimputables, atendiendo que el interés superior del niño, constituye la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, de manera tal que su enjuiciamiento con ocasión a la realización de una conducta punible, debe necesariamente responder a los criterios específicos, pedagógicos y diferenciados que caracterizan al sistema de responsabilidad penal juvenil. Recordando, lo contemplado en el caso del menor de edad, en el art. 34 del Código Penal Colombiano de 1980 se establecía que "para todos los efectos se consideraba penalmente inimputable al menor de dieciocho años". Sin embargo, nada decía de su responsabilidad penal, aunque el menor si podía responder penalmente y, lo que es aún más, muchas veces carecía de las garantías fundamentales de las que gozaba el adulto ante el Derecho Penal"¹⁴⁴. Entonces, para los efectos de ese código penal todo menor era un inimputable. Con el Código Penal del 2000, se dio un giro importante al establecer en el art. 33, donde se recogen las causas de inimputabilidad, que los menores de dieciocho años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil. Y desde que el referido artículo reconoce expresamente la existencia de una imputabilidad penal en el menor, la definición de éste como inimputable, adquiere un nuevo matiz. Entonces, el menor puede ser responsable penalmente, y es sujeto de imputabilidad penal, pero por estar en una etapa de desarrollo inferior a los adultos, responderá de acuerdo a una legislación penal especial.

No resulta sencillo abordar estos temas. "Por ello puede decirse que, en buena medida, la discusión sobre la imputabilidad sigue moviéndose en torno a la vieja polémica del libre albedrío que iniciaron los seguidores de la Escuela Clásica y la positivista"¹⁴⁵. "Las referidas Escuelas, han tenido influencia en las concepciones que sobre la culpabilidad han sostenido la doctrina y la legislación colombiana, en donde la capacidad de comprensión del injusto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión es lo que se denomina imputabilidad"¹⁴⁶. Por ende, atendiendo la capacidad de comprensión de los NNA es que

¹⁴⁴ Ver Estrada Vélez, Derecho Penal. Parte General, Bogotá, 1986, pp. 239 ss. En la misma línea, Vid. Sotomayor Acosta, Inimputabilidad y sistema penal, Bogotá, 1996, p. 34.

¹⁴⁵ Para tener una noción de la evolución del concepto de imputabilidad en la historia del Derecho Penal colombiano, Ver. Reyes Echandia, Imputabilidad, en *International Review of Penal Law* (Vol. 75), pág. 75 ss.

¹⁴⁶ Así, la influencia del positivismo italiano se hizo notar tanto en la doctrina nacional, como en el texto penal de 1936, que vino a consagrar, entre otras cosas, el concepto de peligrosidad. Por su parte, las concepciones clásicas de imputabilidad han determinado la mayor parte de la doctrina y la legislación del país. En este sentido (y en la misma línea que el art. 31 CP 1980), el vigente texto penal adopta una fórmula clásica de imputabilidad al establecer en el art. 33 que "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". Es decir, la inimputabilidad de los menores sigue viéndose en términos de incapacidad

se ha plasmado una imputabilidad diferenciada en el sistema de responsabilidad penal juvenil, en donde, la conducta punible realizada por un niño menor de 7 años, es una conducta carente de culpabilidad en el menor, es una conducta realizada por una persona incapaz de comprender su acto y por ende no podrá haber responsabilidad penal. Así, como no es lo mismo que cometa la conducta un niño entre 7 y 14 o un adolescente entre los 14 y 18 años, o en cuanto al tema que vengo tratando, es diferente o positivamente diferenciada la conducta punible de cualquier adolescente en comparación con la conducta punible que realiza un adolescente desmovilizado del conflicto. Diferente desde todo punto de vista, resulta entonces, la conducta punible que comete un adolescente excombatiente, de cualquier otro, desde el sujeto que la comete hasta el tratamiento que se le brinda. Por eso, para poder hablar de la responsabilidad penal del adolescente excombatiente en Colombia, debo precisar primero, que el texto del código de Infancia y Adolescencia nació como un intento de proteger a los menores que se desvinculan del conflicto armado, ya sea mediante entrega voluntaria, captura o entrega por parte del grupo al que pertenecían. Segundo, hay que subrayar brevemente que se establece un procedimiento y beneficios socio-económicos distintos para el menor que se desvincule de forma voluntaria o involuntaria (estableciendo, claro está, tratamiento preferente al primero), y ello resulta contradictorio, pues en la mayoría de casos, ni siquiera la vinculación ha sido voluntaria¹⁴⁷. En este orden de ideas, estaría en situación irregular el menor que haya sido reclutado u obligado a participar directa o indirectamente en hostilidades o acciones armadas, con ocasión y en desarrollo de un conflicto interno. Ahora bien, lo que se considera vinculación voluntaria, es algo muy relativo, pues si se profundiza en sus motivaciones tendremos que ver que por pobreza, desempleo, desigualdad y falta de referentes afectivos, hacen que vean la vida en el grupo armado como un proyecto de vida aceptable. Sin embargo, su supuesta voluntariedad se

de comprender y querer. A pesar de la inconformidad del sector social, que se niega a aceptar que, por regla general, todos los menores de dieciocho años sean incapaces de auto determinarse, la cuestión sobre el fundamento de la minoría de edad como causa de inimputabilidad es algo que no se ha discutido suficientemente en Colombia; donde se ha aceptado con relativa facilidad que su fundamento es una pretendida inmadurez psicológica, sin que la doctrina se haya pronunciado en favor de otras teorías como la de necesidad de pena, teorías de la motivación, o de participación sociopolítica, que sí han tenido incidencia en países como España. Al respecto ver, Calderón Cadavid, *La inimputabilidad en el Derecho Penal y en el procedimiento*, Bogotá, 1996, pp. 46-47.

¹⁴⁷ Es decir, que si ya es bastante discutible la voluntariedad de la vinculación, también lo es hablar de la referida a la desvinculación del grupo. De otra parte, no hay que olvidar que los menores podrán estar en estas instituciones especiales hasta el cumplimiento de los dieciocho años. Una vez cumplida esta edad, no existen programas de seguimiento específico de estos casos, a algunos menores les proporcionan algunos beneficios socioeconómicos, pero al salir del centro no cuentan con apoyo institucional especialmente destinado a estos casos, que les ayude a reubicarse dentro de la sociedad, a buscar a su familia, ni a proteger su integridad ni su vida. El problema de estos menores no puede pretender solucionarse a través del Derecho (menos aún del Derecho Penal), sino mediante políticas sociales. Ver, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Organización Internacional para las migraciones, Save the Children y Defensoría del Pueblo, *Ruta jurídica y fundamentos normativos de los niños, niñas y jóvenes desvinculados del conflicto armado*, Colombia, 2002, pp. 7 ss.

termina cuando no pueden salir del grupo cuando lo deseen, lo que me lleva a establecer que debe brindarse el mismo tratamiento a ambos, sin importar si la desmovilización fue voluntaria o no.

Esbozadas algunas bases teóricas generales del concepto de responsabilidad penal, nos adentramos a especificar como serían las bases de dicha responsabilidad penal si estamos frente a adolescentes y más particularmente adolescentes que han cometido conductas penales haciendo parte de grupos armados ilegales. En primer lugar, el aumento en la comisión de conductas punibles entre los jóvenes, la conciencia de la evolución del ser humano a temprana edad, el uso de menores de edad por parte de bandas delincuenciales y grupos armados al margen de la ley y el reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derechos pero también de obligaciones, fueron algunas de las razones que impulsaron la transformación del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Así mismo, este cambio se presentó como lo expresamos en el capítulo anterior “... por la necesidad de adecuación de la legislación nacional a la Constitución de 1991 y a los parámetros internacionales que entraron en vigor con posterioridad al derogado Código del menor”¹⁴⁸.

Siendo uno de los cambios fundamentales, como ya lo hemos expresado la concepción del adolescente como imputable y sujeto de responsabilidad penal especial o diferente a la del adulto. Hoy el Código de infancia y adolescencia atribuye responsabilidad penal y civil para los mayores de catorce años¹⁴⁹ y están excluidos de dicho sistema los menores de catorce años, lo cual obedece principalmente a estándares internacionales: En primer lugar, se aborda el tema de la responsabilidad penal del menor en el ámbito internacional, principalmente con la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se señalan múltiples reglas que reconocen la posibilidad de que los menores de edad sean responsables penalmente. Lo anterior se infiere de las normas que consagra esta convención referente al respeto de los derechos, garantías y principios que deben iluminar el procesamiento de menores de edad acusados de violar la ley penal, así mismo las reglas de Beijing, otorgan la facultad a los Estados miembros para el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales:

Regla 4 de Beijing. Mayoría de edad penal: 4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. Por consiguiente, es necesario que se hagan

¹⁴⁸ Cepeda, Espinosa Manuel José, (2006). La Responsabilidad Penal de los menores de edad. Tratamiento Jurídico de los Menores Combatientes, Corte Constitucional, Editorial Leyer. Pág. 81 – 128

¹⁴⁹ Pabón Parra, Pedro Alfonso, (2007). Comentarios al Nuevo Sistema de Responsabilidad Penal para el adolescente, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá. Págs. 332.

esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional¹⁵⁰.

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales, como el estado civil, la educación, etc. Es claro entonces que el derecho internacional acepta el enjuiciamiento de menores de edad y fija una serie de derechos y garantías que no pueden ser desconocidas a los menores procesados, pero uno de los temas que incorpora el Libro III de la Ley 1098 del 2006 es el de los adolescentes que son utilizados o reclutados por los grupos armados al margen de la ley, tema del cual se ocupó la sentencia C-203/2005, decidiendo la no exclusión de la responsabilidad penal por ser un sujeto pasivo del delito de reclutamiento forzado, es decir, reconoció la responsabilidad penal para los niños excombatientes también:

Sentencia C-203/2005: Responsabilidad Penal del Menor Combatiente. No exclusión por su condición de sujeto pasivo del delito de reclutamiento forzoso. “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 del 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 por

¹⁵⁰ En: www.juridicas.unam

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.¹⁵¹

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 resulta decisivo saber si actúan en alguna causal de exoneración de responsabilidad penal: coacción insuperable, miedo insuperable, haber sido manipulados, engañados, entre otras. Entonces, bajo la filosofía de la imputabilidad para menores de edad se creó en Colombia el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes consagrado en el Código de Infancia y Adolescencia (Libro II, Título I) expedido mediante ley 1098 de 2006 (8 de Noviembre), el cual buscó ajustar nuestras normas internas a los parámetros normativos internacionales, en donde se concibe al menor como un sujeto de derechos y obligaciones, sujeto a una eventual responsabilidad penal. Entonces, atendiendo el criterio de imputabilidad que hoy en día les cobija a los menores entre los 14 y 18 años, aplicando los parámetros internacionales, partiendo de la definición de NNA¹⁵² y en desarrollo de lo expresado por la corte constitucional al respecto de la no exclusión de la responsabilidad penal del menor combatiente por el solo hecho de ser víctima del delito de reclutamiento forzado¹⁵³, debo afirmar que no hay razones o argumentos jurídicos para que un adolescente entre los 14 y 18 años desmovilizado del conflicto que cometió diversas conductas punibles con ocasión y durante su pertenencia a un grupo organizado al margen de la ley, no pueda ser judicializado penalmente, no pueda hacerseles un juicio de reproche ante las conductas punibles cometidas sobre los derechos ajenos o de las víctimas de estas conductas que pasarían a estar desestimadas o ignoradas por las autoridades, si no se aplica la corresponsabilidad social y estatal.

Sin embargo, tampoco podemos olvidarnos que los convenios internacionales y la constitución nacional para los nuevos imputables establecen unas medidas especiales y diferenciales dentro del proceso penal con miras al restablecimiento de sus derechos, las

¹⁵¹ Sentencia C-203/2005: Responsabilidad penal del menor combatiente. En: www.fiscalia.gov.co

¹⁵² Artículo 3 C.I.A. Sujetos Titulares de Derechos: Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

¹⁵³ Artículo 162 del Código Penal. 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. En: www.fiscalia.gov.co

cuales deben guardar relación o complementarse con otras medidas sociales y políticas que sean un medio idóneo para la finalidad del restablecimiento de los derechos de estos adolescentes excombatientes, de ahí, que en materia penal la Corte Constitucional haya sostenido que la compañía de otras medidas sociales, políticas, etc. es la única manera de superar causas y deberes del Estado incumplidos (corresponsabilidad): Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados particularmente en el campo de los derechos fundamentales que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque “el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”.¹⁵⁴

Entonces, la imposición de medidas dentro del régimen de responsabilidad penal para adolescentes, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal de un adolescente excombatiente, en un estado Constitucional debe ser el que permita alcanzar el restablecimiento de los derechos de estos adolescentes, porque si el fin no se cumple con estas medidas, debemos decir que esas medidas no son el “Medio Idóneo”¹⁵⁵ y en estas circunstancias debe aplicarse el medio menos nocivo. En otras palabras, se debe utilizar una medida que limita un derecho fundamental, para nuestro caso la pena, cuando sea el medio idóneo materialmente hablando para la consecución de un fin constitucionalmente válido; porque si aceptamos que el derecho penal busca la protección de bienes jurídicos los cuales deben tener un referente con relevancia constitucional, la idoneidad de la pena en el caso concreto deberá determinarse de acuerdo con los fines preventivos que dispone el artículo tercero del código penal.

Con ocasión de la defensa del interés superior (principio del sistema de responsabilidad penal juvenil) del menor infractor en el conflicto armado, se ha querido buscar que los Estados partes adecuen sus sistemas jurídicos, con miras a establecer un tratamiento benévolo a este tipo de adolescentes, tomando relevancia entre los administradores de justicia de los menores los planteamientos expuestos por el profesor Emilio García Méndez,

¹⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1995.

¹⁵⁵ La Corte constitucional en sentencia T-269 de 2002 ha dicho que es posible que el Estado limite un derecho fundamental cuando colisiona con otro, pero que esa limitación para ser válida, debe ser proporcional, lo que podrá ser determinado si se cumplen los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales en la teoría del delito deben orientar la argumentación del juez a propósito de la antijuridicidad material de la conducta y el grado de culpabilidad, con miras a los fines que se pretende cumplir con la pena y así decidir sobre su imposición y dosificación.

en una de sus ponencias enfocadas al niño que colisiona con la ley, en donde hace una reflexión a fondo de temas básicos: responsabilidad vs. Imputabilidad penal, visibilidad de infancia vs. Asistencialismo, participación y movilización juvenil vs. Manipulación o participación ilegítima de los jóvenes, etc. Su intervención al parecer contribuyó a despejar en la conciencia de dichos operadores de justicia de menores uno de los asuntos más complejos: ¿el joven vinculado a la guerra debe ser tratado como un inimputable o como responsable?, planteando que: la participación de los jóvenes en la guerra debe ser tratada desde una concepción de violación de derechos de los juveniles o desde una perspectiva penal ser vistos como delincuentes y en consecuencia otorgarles un tratamiento punitivo?: “No, este rechazo a la responsabilidad penal de los adolescentes es un rechazo a la responsabilidad, porque esa es una sociedad que prefiere interpelar al otro como loco o como enemigo y aniquilarlo, pero no interpelarlo como sujeto responsable, porque cuando interpelo a alguien como sujeto responsable, el primero que me hago responsable soy yo mismo. No puede ser que la condición de adolescente se transforme en América Latina en una patente de corzo, es decir, de un lado les quitamos la responsabilidad y del otro los aniquilamos sin ningún tipo de respeto por sus derechos y por sus garantías fundamentales”¹⁵⁶.

En otras palabras, lo que él mismo denomina tratarlos como “ángeles o demonios” oscilando entre un paternalismo a ultranza caracterizado por la discrecionalidad de los funcionarios en el tratamiento penal de la juventud o aplicando garantías derivadas del derecho cierto, conforme a estrictas reglas en el juzgamiento de los actos o conductas punibles. ¿Qué camino escoger? Ese ha sido el centro del debate, la disyuntiva de ¿castigar o no castigar penalmente? Desde el punto de vista de garantías de los derechos fundamentales de los adolescentes, entendemos que la comisión de hechos punibles por los adolescentes o juveniles es cuestión de tratárseles comprometidos con derechos, pues semejante contrasentido: inimputables e irresponsables de una parte pero titulares de derechos fundamentales prevalentes de otra, esto le restaría toda cohesión a la doctrina de protección integral. De ahí que tratándose de esta materia la Convención Internacional de Derechos del Niño establezca claras pautas para el tratamiento de estos actos, mas no, establezca la no responsabilidad ante la posible comisión de dichos actos. Pero si una sanción, no punitiva, es decir con otros fines, en efecto, la Convención de Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos ahí reconocidos: “Artículo 4: así, para lograr la efectividad de los derechos y garantías establecidos en la CIN es necesario culminar el proceso de adecuación legislativa de sus postulados al derecho interno de cada

¹⁵⁶ García, Méndez, (2002). “Niñez y Conflicto armado, desde la Desmovilización hacia la Garantía Integral de Derechos de Infancia”, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho - Cátedra Ciro Angarita por la Infancia. Memoria anual.

uno de los países del área. El tratamiento de dichos actos debe tener un claro corte garantista y no punitivo”¹⁵⁷.

Así mismo, el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño reconoce: “toda persona tiene derechos y libertades... sin distinción alguna”¹⁵⁸, resulta obvio que, encontrándose allí los derechos a la personalidad jurídica, también los menores de edad gozan de ella y recordemos que la personalidad jurídica es el especial estatus jurídico que permite que todo sujeto sea titular de derechos y obligaciones. En ese mismo sentido, el artículo 3 del Código de Infancia y Adolescencia, señala “que para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años”¹⁵⁹ y como lo expresa Gómez Pavajeau: “el artículo 15 del C.I.A presupone el ejercicio responsable de los derechos por parte de los menores de edad y por lo tanto, entonces, como sujetos de cumplimiento de obligaciones cívicas y sociales que correspondan a un individuo de su desarrollo, quienes como tal pueden ser sujetos de la infracción de los deberes”¹⁶⁰. Pero, necesariamente, tanto en las decisiones del fallador como en las políticas de reeducación e intervención preventiva del problema del NNA excombatiente la responsabilidad jurídica y especialmente la jurídico penal debe estar fundada en principios de especial dignidad y reconocimiento de la especial personalidad jurídica del menor.

Debiendo esbozar, que en el diseño de la política criminal se deben tener en cuenta otros mecanismos de control social diferentes al derecho penal y reflexionar sobre ellos antes que pretender construir tejido social a partir de la imposición de penas. Se impone así, como lo expresa Barata la necesaria distinción programática entre política penal y política criminal, “entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad), y entendiendo en sentido amplio la segunda como política de transformación social e institucional”¹⁶¹. Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente como estrategia la transformación social e institucional, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal, para demostrar que de ellos el derecho penal es el más inadecuado. Que la base de la resocialización esta en un proyecto de sociedad incluyente, pues no se puede desatender que la pertenencia al grupo ilegal es asumida en la mayoría de casos como una manera de ganarse la vida, lo que le otorga un carácter de empleo, entonces

¹⁵⁷ Artículo 4. Convención Derechos del Niño. En: www.juridicas.unam

¹⁵⁸ Preámbulo. Convención Derechos del Niño. En: www.juridicas.unam

¹⁵⁹ Artículo 3. Código de Infancia y Adolescencia. En: www.fiscalia.gov

¹⁶⁰ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, (2007). “La Oportunidad como principio fundante del Proceso Penal de la Adolescencia”, Ediciones Nueva Jurídica, pág. 36

¹⁶¹ Barata, Alessandro, (2004). “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, Siglo XXI Editores, Avellaneda-Argentina, Pág. 213-214.

una vez desmovilizado y reincorporado a la civilidad el adolescente excombatiente no puede enfrentarse a un mercado laboral que no le brinde las oportunidades y el nivel de ingresos que sí lo hacía el grupo armado ilegal, porque de ser así, ante la falta de oportunidades, puede optar por regresar a la actividad ilegal, donde además de obtener los recursos para subsistir, tiene reconocimiento, identidad y respeto asegurados.

Finalmente, quiero esbozar que no es fácil que la sociedad acoja sin recelo a tantos hombres y mujeres que han pasado su vida custodiando un arma, en especial si se considera que están siendo beneficiados con oportunidades productivas con mayor facilidad que los desempleados que han vivido en la legalidad. La primera preocupación de un desmovilizado es la de encontrar un medio de subsistencia, que si se le niega en la legalidad, varios casos ya lo han demostrado, bien puede buscarlo en lo ilícito. Pensar un programa de reinserción es mucho más que desarrollar un proyecto de entrega de armamentos y solución de la situación penal del excombatiente. Se trata, además, de asegurar un piso sólido sobre el cual el desmovilizado pueda comenzar una historia dentro de la legalidad. Esta construcción de la propia vida es, obviamente, subjetiva, pero requiere de elementos objetivos y muy determinables para poderse desarrollar. El mercado de trabajo es la variable que se puede considerar más importante y cohesionadora en este caso, sustentado en que el vínculo esencial para la integración lo genera el reconocimiento a la labor realizada. Un punto necesario de señalar es que el papel que juega el mercado de trabajo en el proceso de paz colombiano, además de ser el elemento cohesionador y posicionador de los desmovilizados dentro del nuevo colectivo, es decir, además de ser la vía para la construcción de una nueva narración vital, es el elemento desvirtuador de la lógica de la guerra en Colombia, pues hay evidencia más que suficiente para demostrar que el conflicto armado colombiano responde a una lógica económica del narcotráfico y no política o de lucha social.

III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE DESMOVILIZADO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

3.1 Concepto y Causales de aplicación del Principio de Oportunidad contemplados en el código de Procedimiento Penal.

Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección y la complejidad de algunas conductas criminales para combatir la impunidad, se ha hecho necesario adoptar políticas con las que pueda contar el estado para responder al crimen organizado, es por ello que han implementado una herramienta jurídico-política que les permite al parecer hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicios sociales y así poder garantizar los intereses sociales del Estado. Por tal motivo, se aprobó la modificación del artículo 250 de la Constitución Política mediante el Acto 03 de 2002, con el cual el Gobierno Nacional estableció facultades y funciones especiales para que la Fiscalía General de la Nación, dando un cambio en el sistema procesal penal colombiano pudiera implementar o aplicar el principio de oportunidad, el cual consiste en determinar si de acuerdo con razones de política criminal, sobre determinada conducta se debe ejercer o llevar a cabo la acción penal.

Con el nombre de Principio de Oportunidad se conoce “la facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia de la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona”¹⁶². Así mismo, constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de criminalidad. Más precisamente es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, que pueda 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, tal como lo contempla el artículo 321 del C.P.P. Principio de oportunidad y política criminal: “La

¹⁶² Ibáñez, Guzmán, Augusto, (2005). El principio de Oportunidad, en Revista Universitas, Febrero.

aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”¹⁶³. Además, como lo expresé arriba es una facultad de naturaleza constitucional la que tiene la Fiscalía General de la Nación para su aplicación:

Artículo 250 C.N Modificado acto legislativo 03 de 2002: 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..., 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 Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del Juez que ejerza las funciones de control de garantías.¹⁶⁴.

De acuerdo a esta norma, constitucionalmente le corresponde a la Fiscalía decidir cuáles son los casos en los que conviene renunciar a iniciar o continuar una acción penal, de acuerdo con causales previamente señaladas en la ley. Es de aclarar que los jueces no tienen ninguna injerencia en la decisión de cuándo iniciar o continuar una acción penal y cuándo no, pues su labor se limita de manera estricta al juzgamiento de las personas contra las que la Fiscalía haya iniciado una acción penal. “En un sistema edificado a partir de esa clara distinción entre las funciones de acusar y juzgar, sólo la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad, porque sólo ella tiene el monopolio de la acusación y decide cuándo iniciarla y cuándo interrumpirla”¹⁶⁵.

Atendiendo que es la Fiscalía en nombre del estado quien decide la aplicación del principio de oportunidad, se considera entonces que también es un instrumento de “política criminal”¹⁶⁶, cuya aplicación responde a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. “Es una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política, dentro del marco de la política criminal del

¹⁶³ Artículo 321 del C.P.P. en: <http://www.fiscalia.gov.co>

¹⁶⁴ La Constitución Nacional. En: <http://www.fiscalia.gov.co>

¹⁶⁵ *Ibidem*

¹⁶⁶ Sentencias C-873 de 2003; C-646 de 2001; C-504 de 1993. La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas y se tiene establecido que “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”.

Estado y no estrictamente jurídica”¹⁶⁷, lo que comprensiblemente genera preocupación por la forma en que podría ser aplicado, ya que su inadecuada utilización puede traducirse en la desnaturalización de este mecanismo, que requiere para su aplicación darle suficiente discrecionalidad a la Fiscalía.”¹⁶⁸. Además, si el debate sobre la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal no se limita a aspectos meramente jurídicos, tenemos que en cada caso será fundamental establecer si los presupuestos fácticos de las diferentes normas que resulten aplicables están suficientemente acreditados, como por ejemplo el nivel de daño causado, el perjuicio físico o moral sufrido por el sujeto activo y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche de culpabilidad, entre otros, que será lo que finalmente conlleve a la fiscalía a decidir renunciar al ejercicio de la acción penal.

Así mismo, la aplicación del principio de oportunidad, requiere “que los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenida sustenten los presupuestos fácticos de cada causal que contempla el artículo 324 del C.P.P., (las cuales analizaremos más adelante) y que sean dichas causales las que lleven al fiscal a calificar la conducta como de mermada significación jurídica y social, que lo lleven a pensar que el sujeto activo sufrió grave perjuicio físico o moral por ejemplo”¹⁶⁹ y por ende tomar la decisión de prescindir de la acción penal, facultad que le autoriza el código de procedimiento penal¹⁷⁰:

Artículo 323. Aplicación del principio de oportunidad. Modificado por el art. 1, Ley 1312 de 2009. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

Tal como lo indica la Constitución Política y el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, las modalidades bajo las cuales se puede aplicar el Principio de Oportunidad son: suspensión, interrupción o renuncia, pero la modalidad que decida aplicar el fiscal dependerá de la naturaleza de la causal que conlleve a la aplicación de dicho principio, por ejemplo cuando decide suspenderse el procedimiento para verificar el cumplimiento de ciertas obligaciones que se le imponen al imputado o al acusado. Los verbos renunciar, suspender e interrumpir, indican acciones o mecanismos establecidos por el legislador para que el fiscal pueda aplicar el principio de oportunidad. La renuncia significa no iniciar la persecución penal o no continuarla, definitivamente, en cuyo

¹⁶⁷ *Ibíd*em

¹⁶⁸ *Ibíd*em

¹⁶⁹ Bedoya, Sierra Luis Fernando; Guzmán Díaz Carlos Andrés y Vanegas Peña Claudia Patricia, (2010). “Principio de Oportunidad – Bases conceptuales para su aplicación”, Departamento de Justicia de Estados Unidos – Fiscalía General de la Nación, Bogotá. Pág. 29

¹⁷⁰ Artículo 323 del C.P.P. en: <http://www.fiscalia.gov.co>

caso inexorablemente conduce a la extinción de la acción penal y opera antes de la formulación de imputación. La suspensión del procedimiento a prueba procede respecto de aquellas causales que por su naturaleza la permiten, y exige el cumplimiento de las condiciones ofrecidas, entre ellas la reparación del daño, modalidad que suspende los términos, los cuales se reanudan si las condiciones se incumplen. De cumplirse dichas condiciones, el fiscal renunciará a la persecución penal y solicitará la extinción de la acción penal al juez de control de garantías. Por el contrario, si se ha renunciado a la acción penal y se ha realizado el control de legalidad correspondiente, la extinción de la acción penal por este concepto exonera de considerar otra circunstancia. La interrupción es un fenómeno transitorio diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación. Esta forma puede abrir paso a la suspensión y también a la renuncia.

Pero independientemente de la modalidad de aplicación del principio, debe tenerse en cuenta, lo siguiente: -“Las modalidades de suspensión e interrupción están orientadas básicamente a preparar la renuncia del ejercicio de la acción penal. Por lo tanto debe establecerse en cada caso la necesidad de acudir a dichas figuras intermedias, sobre todo si se tiene en cuenta sus implicaciones en la duración del trámite”¹⁷¹. -En todas las modalidades de aplicación del Principio de Oportunidad debe acudirse al control jurisdiccional tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional¹⁷², manifestando que el control del juez procede frente a cualquier modalidad del Principio de Oportunidad. Teniendo claro que dicho principio se encuentra reglado, me adentro en los análisis de su procedencia, causales que desarrolla taxativamente el código de procedimiento penal:

Artículo 324. Causales. Modificado por el art. 2, Ley 1312 de 2009. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare 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.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

¹⁷¹ Óp. Cit. Bedoya. Pág. 32

¹⁷² Sentencia C-979 de 2005

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

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.

5. 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. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando 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.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. 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.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12. 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.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. 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 excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. 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.

16. 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, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Declarado Inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-936 de 2010.¹⁷³

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o

¹⁷³ Artículo 324 del C.P.P. en <http://www.fiscalia.gov.co>

permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico. ¹⁷⁴

Como puede observarse el principio de oportunidad es una facultad exclusiva del fiscal, ejercida conforme a la Constitución y al código de procedimiento penal; sin embargo, el imputado podría solicitar su aplicación sin que ello imponga al fiscal responder su petición positivamente. Entonces, tenemos según lo plantea este artículo que están facultados para aplicar el principio de oportunidad el Fiscal General de la Nación y los fiscales delegados, estos últimos para efectos de los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no sobrepase los seis (6) años en su máximo, tal como lo establece el parágrafo 2 del citado artículo 324 del C.P.P. correspondiéndole al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, de conformidad con el mismo parágrafo dar aplicación al principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años. Además, al Fiscal General en las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 324. En estos casos el fiscal que conozca de la actuación deberá enviar al Despacho del Fiscal General, el informe correspondiente, debidamente sustentado, con indicación de la causal que considere aplicable, para lo cual deberá diligenciar un formato de solicitud de aplicación del principio de oportunidad.

Del resto de eventos, los fiscales delegados podrán aplicar el principio de oportunidad hasta antes de la presentación del escrito de acusación. Si el principio de oportunidad se aplica con posterioridad a la formulación de la imputación, es obvio que para imputar cargos se practicaron un mínimo de pruebas, en donde el fiscal encontró elementos materiales probatorios que lo llevaron a la formulación de imputación, situación que contribuye o se puede utilizar más adelante para la aplicación del principio de oportunidad, atendiendo que el fiscal, a efectos del control de legalidad previsto en el artículo 327 del C.P.P. y sólo cuando la aplicación del principio de oportunidad genere la extinción de la acción penal, deberá aducir ante el juez los elementos materiales probatorios que le permitan inferir hasta entonces que el imputado es autor o partícipe de un hecho delictivo.

Analizando las causales en que procede el principio de oportunidad, podemos determinar que el fiscal en su actuación y para la aplicación de dicho principio debe hacerlo con absoluta transparencia, honestidad, ponderación, racionalidad y discrecionalidad para delimitar los casos en que es convincente o no su aplicación, por tal motivo, tenemos que en términos muy generales tratándose de las causales 1 y 8 mira el

¹⁷⁴ Artículo 324 del código de Procedimiento Penal, en: <http://www.fiscalia.gov.co>

interés del estado en la persecución penal. Que en las causales 2 y 3 debe aplicarse por considerar que es un mecanismo de cooperación internacional y de justicia universal. En las causales 4, 5 y 7 su aplicación se fundamenta en ser un instrumento de colaboración con la administración de justicia y con la justicia restaurativa. Así mismo, si se trata de la importancia del bien jurídico y la naturaleza de su afectación, puede aplicarse dicho principio de oportunidad atendiendo las causales 9, 10, 13 y 14. De igual forma, si la conducta tiene un menor juicio de culpabilidad e imputación subjetiva culposa, puede aplicarlo acudiendo a las causales 6, 11, 12,15.

Por otro lado, si estamos frente al proceso de justicia y paz no podrá aplicarse dicho principio, atendiendo que el desmovilizado postulado a la ley de justicia y paz (Ley 975 del 2005) goza de los beneficios del proceso transicional y no de los beneficios del principio de oportunidad. Recurriendo a la causal 16, debo aclarar que estamos hablando de una persona que prestó su nombre a una organización ilegal para que se colocaran bienes a su nombre, pero no se refiere dicha causal a los integrantes o miembros de la organización, pues frente a ellos opera repito los beneficios de acogerse a la ley de justicia y paz y no puede aplicarse frente a dichos desmovilizados el principio de oportunidad consagrado en el código de procedimiento penal. Situación que opera de forma distinta si estamos frente a un “adolescente” desmovilizado del conflicto armado, atendiendo criterios de política criminal que esbozaré detalladamente más adelante.

Como se observa, al analizar las causales consagradas en el artículo 324 del CPP, reafirmamos que su aplicación es restringida y, en consecuencia, solo procede si estamos frente a dichas causales y por considerarse que es necesaria su aplicación y para ello la ponderación de los beneficios objetivos generales de su aplicación respecto a los perjuicios que se cause a los derechos fundamentales implicados en el caso concreto juegan un papel primordial al momento de decidir su aplicación o no y para ello el fiscal debe apoyarse en el principio de proporcionalidad¹⁷⁵ y otras de

¹⁷⁵ El principio de proporcionalidad ha sido examinado en diversos campos: se trató el principio de proporcionalidad, con motivo de los privilegios académicos que se concedían a los bachilleres que cumplían el servicio militar obligatorio por ese sólo hecho se le concedían diez puntos adicionales, en la sentencia que resolvió la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, la Corte Constitucional delineó el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la razonabilidad: “La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado”. En la misma providencia, por primera vez, la jurisprudencia constitucional habla de manera concreta de los criterios de “adecuación”, “necesidad” y “proporcionalidad”, que limitan el contenido del principio de proporcionalidad: El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la

las manifestaciones que hacen parte integrante del ordenamiento procesal penal actual. Pero, el principio de proporcionalidad, formulado básicamente por la doctrina y los tribunales constitucionales contemporáneos, no constituye en el marco del ordenamiento constitucional un principio autónomo, sino que se tiene que extraer de otros, formulados expresamente en nuestra “Carta Magna”¹⁷⁶, por lo tanto, puedo considerar, que la proporcionalidad no cabe invocarla de modo independiente, sino siempre referida a otros principios, cuya vulneración es la que se enjuicia. La arbitrariedad estatal y la vulneración de los derechos fundamentales siempre se hacen sobre la base de un juicio de proporcionalidad entre los fines o motivos de la actuación de los entes públicos y la prohibición de los excesos en la búsqueda de los mismos. Por eso, el contenido del principio de proporcionalidad, haciendo eco de los desarrollos que en la doctrina y jurisprudencia ha tenido, comprende conforme las elaboraciones de la jurisprudencia colombiana, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

De una forma más explícita e ilustrativa, puedo mencionar ciertos eventos, por ejemplo, tratándose de delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio; cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social; 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; cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa. Así mismo, procede cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad

consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Además, se contrastó el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la igualdad: En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. En: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/aproximacion-al-estudio-del-principio.html>

¹⁷⁶ El principio de proporcionalidad es asociado a postulados constitucionales tales como el del Estado social de Derecho y la dignidad humana (art. 1º), la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º), el reconocimiento de los derechos inalienables de la persona (art. 5º), la responsabilidad de los servidores públicos por extralimitación en el ejercicio de las funciones oficiales (art. 6º), prohibición de la pena de muerte, de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 11 y 12), la igualdad ante la ley (art. 13), los principios, objeto y control de la función administrativa (art. 209) y la proporcionalidad de las medidas excepcionales con los motivos que dan lugar a ellas (art. 214).

exterior del Estado; 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. En este sentido, escribía Miguel Fenech: "Los casos concretos que la realidad presenta son tan dispares y tienen unas características tan propias que a veces puede parecer preferible la no apertura de un proceso penal, bien porque sea tan escasa la relevancia del hecho que debiera fundar el comienzo del mismo que no merezca la pena de poner en movimiento todo el complicado aparato de la justicia penal, bien por la razón contraria, porque sean tan graves las consecuencias que puedan temerse de aquél que se estime preferible no intentar siquiera la persecución"¹⁷⁷.

Por otro lado, consideramos que algunas causales de la aplicación del principio de oportunidad, hacen al sistema penal más humano y racional; cada caso de la vida tiene de una u otra manera algo particular y el poder punitivo del Estado se encamina a examinarlo y para que el ejercicio de éste sea racional necesita moduladores o condiciones que permitan tener en cuenta aquellas particularidades. Por eso las causales de aplicación del principio de oportunidad son moduladores para materializar el objetivo de la justicia en cada caso concreto. Y como decía Francesco Carnelutti, cuando enseñaba que el principio de legalidad era el "derecho estricto" y el principio de oportunidad era la "equidad": Acción penal vinculada o discrecional, según el *strictum ius* (derecho estricto), o, por el contrario, según la equidad. En cuanto a la elección entre los dos principios, legalidad u oportunidad o, en otras palabras, derecho estricto o equidad. Este criterio de la distinción entre derecho y equidad más bien que entre legalidad y oportunidad..."¹⁷⁸. Para desarrollar este pensamiento, se me ocurre pensar o imaginar que el imputado ha sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcional la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva. Por ejemplo, como sería el caso del padre de familia que por un exceso de velocidad se sale de la vía y cae a un precipicio muriendo su hijo que lo acompañaba (daño moral grave). Caso del conductor que por un exceso de velocidad colisiona contra un muro, falleciendo el empleado que lo acompañaba y quedando aquél, es decir el conductor cuadripléjico (daño físico grave).

Como se ha podido analizar, la aplicación del principio de oportunidad no es un favor de la Fiscalía General de La Nación para con el ciudadano; configurados sus presupuestos está obligada a aplicarlo. De lo contrario se abriría las puertas para el abuso del poder, de manera que se aplicaría o no el principio de oportunidad por favoritismos, destruyendo el derecho fundamental de igualdad ante la ley. La Fiscalía General de La Nación puede decir

¹⁷⁷ Fenech, Miguel, (1959). "Derecho Procesal Penal",. Volumen I, Tercera Edición, Editorial Labor S. A., Barcelona, p. 74

¹⁷⁸ Carnelutti, Francesco, Principios del proceso penal, Traducción de Santiago Sentis Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1981, págs. 134/5.

que para el caso concreto no se encuentran configurados los presupuestos para la aplicación del principio de oportunidad, pero lo que no puede decir es que se encuentran configurados, pero no lo aplica; esta opción no se la da el legislador porque será arbitraria su aplicación y no discrecional. Porque discrecionalidad no es que si el fiscal desea o no ejercer la acción penal; discrecional es que la ley enumera los casos en que la acción penal se puede suspender, interrumpir, renunciar, y de estar dentro de este catálogo, se debe acudir a la aplicación del principio de oportunidad, quiera o no el fiscal. De lo contrario, se tendría que aceptar que la aplicación del principio de oportunidad es un favor de la Fiscalía General de La Nación y que no es una obligación de ésta, que no es un derecho del inculpado, lo que sería completamente inaceptable.

Entonces, la aplicación del principio de oportunidad sólo procede en los casos contemplados por el legislador y está sometido a control judicial por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías y no se puede realizar para eventualidades que no tengan fuente normativa que las autorice. Así mismo, se nota del análisis de dichas causales, que se establece un período de prueba, el cual es útil para desaparecer el interés del Estado en el ejercicio de la acción penal, lo que viabiliza de este modo la extinción de la misma; aparentemente se normaliza el orden social quebrantado sin necesidad de llegar a una sentencia condenatoria, estabilización que se consigue debido a que el imputado cumple con determinadas obligaciones impuestas por la Fiscalía General de La Nación.

Por otro lado, tratándose de causales que relacionan o involucran aspectos procesales mencionaré las siguientes: Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada; cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En estos casos es la contraprestación del Estado por la colaboración con éste, siendo de advertir que en el segundo de los mismos es necesario tener en cuenta este factor en la evaluación del testimonio, dado el compromiso especial que trata éste.

3.2 Aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales contra los adolescentes desmovilizados del conflicto armado: una política pública que genera impunidad penal.

En esta parte esbozaremos el principio de oportunidad en su real sentido, es decir, como criterio de pura política criminal. Atendiendo principalmente su aplicación en los procesos penales iniciados en contra de los adolescentes. Empezaremos recordando, que dentro de los límites del artículo 250 de la Carta Política, la Fiscalía General de la Nación, en los casos que establece la ley, puede aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, porque a pesar de existir la facultad de adelantar una investigación penal para hallar la verdad de los hechos, se estructura una necesidad basada en “la carencia de importancia de la sanción”; la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible, causal que se refiere a los denominados “delitos bagatela”; “la reparación integral de las víctimas” y “la existencia de problemas sociales más significativos”; criterios que aunque están regulados por la ley de manera taxativa, tienen una naturaleza que le es propia a los lineamientos de la política criminal del Estado, entre otros, el derecho penal mínimo y el carácter fragmentario del derecho penal.

La aplicación del principio de oportunidad no tiene por finalidad la búsqueda total de la verdad, de ahí que genere impunidad penal, tampoco la condena de una persona, lo que persigue es el archivo del proceso para cumplir con los objetivos propios de la política criminal del Estado, no obstante que existen elementos de prueba que permiten inferir la estructura del delito y la autoría o participación de la persona; lo que fundamenta su aplicación es minimizar la aplicación del derecho penal, la búsqueda de una solución al parecer más humana y razonable, proteger a la víctima de una segunda victimización, procurar que la víctima obtenga, cuando ese es su interés, una indemnización integral o una reparación simbólica, lo que podríamos denominar criminología de la tolerancia, en fin, la aplicación de los conceptos básicos que pueden llevar a la convivencia pacífica, pero que no aseguran justicia para la víctima de crímenes atroces. Es por ello que según García Méndez, la finalidad de la política criminal con la aplicación del principio de oportunidad es: “Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el ius - puniendi suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas

preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena”¹⁷⁹.

A la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales. Esbozados los argumentos que justifican la aplicación del principio de oportunidad como criterio de política criminal, resulta inevitable dentro de este tema, el análisis del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes contemplado en el código de infancia y adolescencia, en donde el artículo 144 de la Ley 1098 de 2006, plantea: “Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.¹⁸⁰” Esta norma, nos deja claro que las reglas especiales de procedimiento establecidas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en el código de infancia y adolescencia se aplicaran obligatoriamente tratándose del proceso penal de adolescentes ante conductas punibles cometidas por estos y se aplicará el proceso penal contemplado en la ley 906 del 2004 en lo que no se estipule un procedimiento especial. En el tema que nos interesa, es decir, en relación con el principio de oportunidad, dos disposiciones especiales estableció el legislador en el código de infancia y adolescencia, que son las consagradas en los artículo 174 y 175 de la ley 1098 de 2006, de tal forma que en lo demás el operador jurídico debe estarse a lo dispuesto en la Ley 906 de 2004. Contempla el artículo 174 de la ley 1098 del 2006: “Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños. 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 del principio de oportunidad....”.

Es claro que cuando el artículo 174 alude al principio de oportunidad, no lo hace para señalar que sólo es aplicable por consenso, sino para indicarle a las autoridades judiciales que dicho principio tiene una aplicación preferente por ser un principio rector de la actuación judicial dentro del sistema de responsabilidad para los adolescentes, aspecto que marca sin duda alguna la política criminal del sistema de responsabilidad penal de los

¹⁷⁹ García Méndez, Emilio, “Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia”, en www.unicef.org.co/Ley/AI/09.pdf.

¹⁸⁰ En: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

adolescentes, con una diferencia trascendental respecto de la proyección de este principio en el procedimiento penal de los adultos, en donde, se aplica de manera excepcional y no de manera preferente. Pero, a pesar que el artículo 174 de la Ley 1098 del 2006 alude genéricamente a la aplicación preferente del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad para adolescentes, de un análisis detallado de las causales contenidas en la Ley 906 de 2004 y teniendo en cuenta que el código de Infancia y Adolescencia dispone expresamente que podrá aplicarse la Ley 906 del 2004 en los procesos de los adolescentes en tanto sea compatible con los principios que inspiran la legislación específica para la niñez y la juventud, entonces puede deducirse que algunas causales contempladas en la Ley 906 del 2004 podrán aplicarse a los adolescentes, como lo serían:

En primer lugar, frente a los llamados delitos de bagatela, la Corte constitucional en Sentencia C-095, magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra consideró en la aplicación del principio de oportunidad, en cuanto a la “mermada significación jurídica y social” que no es clara ni precisa, al respecto dijo la corte:

Justamente la mermada significación social de una conducta punible es la causal que en el Derecho comparado resulta ser más común como motivo de aplicación del principio de oportunidad penal. Se trata de los llamados por la doctrina “delitos bagatela”. Según los datos que suministra la misma demanda, dentro del grupo de países seleccionados como muestra para hacer un estudio relativo al tipo de causales que usualmente son admitidas para este propósito, el criterio de insignificancia del hecho es admitido en todos ellos. Ahora bien, la mermada significación social de una conducta proviene de una serie de circunstancias como, por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio, ingesta de medicamentos, etc.), el poco valor del objeto del delito en los tipos penales que protegen el patrimonio económico (hurto de una fruta), el contexto social en el cual la conducta se ejecuta, o cualquiera otras que sólo se conocen en las circunstancias concretas e infinitas en posibilidades que compete conocer al fiscal en cada caso, y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión. ¹⁸¹

A juicio de la Corte, tal gama de posibilidades es imposible de reducir en concretas y muy precisas fórmulas legales, pues la naturaleza de las cosas

¹⁸¹ En <http://www.corteconstitucional.gov.co>

hace que no sea factible prever de manera general, impersonal y abstracta, pero al mismo tiempo completa precisa y determinada, este amplísimo espectro de hipotéticas situaciones. Así pues, es la naturaleza misma de las cosas la que obliga a reconocer al fiscal facultades evaluativas de la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible. Esta noción sólo puede ser precisada en cada caso, pero que responde a criterios de valor con cierto grado de objetividad social en el contexto histórico respectivo. Cuando estamos frente a las conductas punibles cometidas por un adolescente al interior de un grupo armado ilegal o frente a los hechos que comete dicho adolescente atendiendo su pertenencia a una organización al margen de la ley, por lo general estamos frente a conductas que vulneran el Derecho Internacional Humanitario, que vulneran los Derechos Humanos, es decir, estamos frente a grandes violaciones de los Derechos de los Seres Humanos, lo que haría imposible, que un Fiscal argumente que la conducta que se cometió es de una mermada significación jurídica y social. Podría colocar como ejemplo las mal llamadas limpiezas sociales realizadas por los paramilitares, en donde terminaban asesinando a toda una comunidad en donde los desvalores existen precisamente por las condiciones de vulnerabilidad y abandono en que el mismo sistema los ha colocado y los mantiene por la imposibilidad de garantizarles sus Derechos. Entonces, ¿cómo argumentar, la aplicación del principio de oportunidad a un adolescente que hizo parte de grandes violaciones de los Derechos Humanos, como lo son las mal llamadas limpiezas sociales que realizaban los paramilitares?, no podría argumentarse que acabar con toda una comunidad le hace bien a la misma y que lo realizado tiene una mermada significación jurídica y social, por citar uno de tantos supuestos de hecho. Sin olvidar, que taxativamente el parágrafo 3 del artículo 324 del C.P.P contempla la prohibición de aplicar el principio de oportunidad tratándose de violaciones de los Derechos humanos y con justa razón, pues sería incumplir el compromiso internacional de investigar y juzgar este tipo de vulneraciones, que bajo ninguna circunstancia en nuestro país pueden quedar impunes como producto de beneficios o políticas que signifiquen el olvido de lo sucedido.

En segundo lugar, la causal de aplicación del principio de oportunidad “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos” descansa en el principio de proporcionalidad, que llama a no sancionar penalmente sino aquellas conductas que realmente constituyan una amenaza para la convivencia pacífica, y no un reclamo social justificado. Se considera que “únicamente será constitucionalmente admisible aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá en todo caso estar constitucionalmente justificada,

y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida”¹⁸². Ahora bien, en la aplicación de esta causal bajo examen el fiscal debe motivar específicamente la decisión, tener en cuenta los supuestos fácticos y exponer por qué la persecución penal produciría mayores problemas sociales que la falta de ejercicio de la acción penal. En todo caso, esta decisión del fiscal siempre estará sujeta a la revisión del juez de control de garantías y a la intervención del Ministerio Público. Bajo este supuesto, es más factible que en el proceso penal iniciado a un adolescente desmovilizado del conflicto armado, el fiscal argumente la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta que la estigmatización y castigo a la que será sometido el adolescente le generaran traumas más difíciles de superar que los ya vividos al interior de un grupo armado al margen de la legalidad y más dificultades psicológicas, familiares y sociales que las padecidas por las carencias propias del sistema y del entorno que lo llevaron a estar en medio de un conflicto armado producto sin lugar a dudas de una cadena de vulnerabilidades de las que son corresponsables el estado, la familia y la sociedad en general, en donde, sancionar terminaría agravando la cadena interminable de vulnerabilidades en la que estaba y está el adolescente.

Sin lugar a dudas, esta causal sería de fácil aplicación, como política criminal en los procesos de los adolescentes en general, sean combatientes o no. Pero, como en Colombia la persecución penal o no de una conducta, siempre obedece a la Política Criminal que se aplique en determinado momento, es decir que hay políticas provisionales o coyunturales, por ejemplo el carácter coyuntural de la política estatal contra la violencia, obedece a lo que el gobierno de turno crea conveniente. En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-988 de 2006, con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, al referirse a la política criminal del Estado precisó: “Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución”¹⁸³. Entonces, el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos, pudiendo

¹⁸² Poveda Perdomo, Alberto, “Aproximación al estudio del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia colombiana”, en: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/aproximacion-al-estudio-del-principio.html>

¹⁸³ Sentencia C-988 del 2006, en <http://www.corteconstitucional.gov.co>

incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de los bienes jurídicos tutelados, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros. Y atendiendo esos mismos criterios de razonabilidad y proporcionalidad es que puede aplicarse el principio de oportunidad, en casos expresamente determinados en el código de procedimiento penal y en la Ley 1312 de 2009 para optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir, de acuerdo con conveniencias político criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado; medida que sin lugar a dudas pasa por encima de los derechos de verdad, justicia y reparación de quien fue víctima de esa conducta.

Dado que el ejercicio de esta potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, la Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser “proporcionales”, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar. Así ha dicho esta Corporación: “Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio”¹⁸⁴. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional, unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales y carácter inalienable de los derechos de las personas “busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones”¹⁸⁵

En tercer lugar, las causales 4 y 5, que contemplan en términos generales cooperación con la justicia: “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. Y 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

¹⁸⁴ Sentencia C-916 de 2002. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

¹⁸⁵ *Ibíd*em

principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.”¹⁸⁶. Es posible considerar su aplicación, siempre y cuando se atiendan las formalidades y estipulaciones legales referentes a las declaraciones y testimonios de los niños, niñas y adolescentes en los procesos penales, las cuales no son juramentadas y se realizarán con la presencia de alguno de sus padres o en presencia de su representante legal y a consideración del juez se realizarán en audiencia cerrada. Pero no podemos perder de vista que el artículo 176 del código de infancia y adolescencia expresamente prohíbe la utilización en labores de inteligencia a los jóvenes desvinculados del conflicto armado, por lo tanto esta causal de cooperación con la justicia contemplada en los numerales 4 y 5 del artículo 324 del C.P.P. solo se aplicaría a adolescentes no desmovilizados del conflicto y por conductas punibles distintas de las cometidas al interior y con ocasión a la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

En cuarto lugar, las causales 6 y 11 que relacionan delitos culposos y los fines de la pena: Cuando 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. Causales que son totalmente aplicables en los procesos de los adolescentes, teniendo en cuenta que en ellas se busca humanizar las consecuencias jurídicas de aquel que ha sufrido un daño más grave producto de la realización de una conducta imprudente. Entonces frente a esta causal 6, deben cumplirse 3 requisitos: a- Que se trate de conductas culposas; b- Que el imputado haya sufrido daño físico o moral grave; c- Que sancionar implique el desconocimiento del principio de humanización de la pena. Frente a estos requisitos se debe tener en cuenta que las conductas culposas suelen generar angustia y dolor en el sujeto activo, pues precisamente, el resultado nunca ha sido buscado y además de causarse un daño a una tercera persona termina el sujeto lesionándose gravemente también, como sería el caso del adolescente que toma el arma de dotación de su padre que es policía confundíendola con su juguete y se le dispara dicha arma causándole invalidez a su padre, evidentemente este adolescente sufrirá un daño moral grave al tener que ver a su padre postrado en una silla de rueda de por vida, debido a su imprudencia, situación que lleva a razonar, que tan proporcional y humano sería la aplicación de una pena a este adolescente.

Por otro lado, tenemos las causales de menor culpabilidad penal, contempladas en los numerales 12 y 15 del ya mencionado artículo 324: 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. Esta causal está basada en la necesidad de la

¹⁸⁶ Artículo 324 del C.P.P. en <http://www.fiuscalia.gov.co>

pena a partir del nivel del reproche de culpabilidad, cuyos presupuestos están contenidos en el artículo 33, inciso 1 del código penal, tal como lo expresa el tratadista Fernando Velásquez: “La capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que, si falta cualquiera de ellos, o ambos al mismo tiempo, no se puede emitir en contra del agente ningún juicio de responsabilidad penal, en otras palabras, es culpable quien tiene la posibilidad de comprender las exigencias y de conducirse o motivarse de acuerdo con dichos dictados”¹⁸⁷.

El citado tratadista, entonces considera que cuando una persona actúa en circunstancias que humanamente le impiden ajustarse a los requerimientos del ordenamiento jurídico, el Estado no puede exigirle que lo haga, como lo sería actuar por un estado de necesidad excluyente de la culpabilidad o actuar bajo la creencia de que la conducta realizada no es una conducta prohibida. Dicha causal de aplicación del principio de oportunidad me acerca al tema de las causales de ausencia de responsabilidad penal, atendiendo que la culpabilidad es un elemento estructural de la conducta punible y si falta alguno de los elementos de la culpabilidad, no podría decirse que se puede imponer legalmente una pena. Y para facilitar este estudio acudiremos a los elementos de la culpabilidad: -La exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho; -La capacidad de comprensión del injusto y de determinarse por esa comprensión; y -la consciencia de lo antijurídico de la conducta. Si falta alguno de esos elementos no podría hablarse de imponer una pena, toda vez que la culpabilidad es la medida de la pena, en otras palabras la sanción no puede resultar desproporcional al juicio de reproche.

En cuanto a la causal quince, que establece la aplicación del principio de oportunidad: “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”. Esta causal nos lleva a pensar necesariamente en el artículo 32 del código penal, que trata de las causales de ausencia de responsabilidad penal por inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad, las cuales analizaremos en el siguiente tema, pero atendiendo que el numeral quince se refiere únicamente al límite que se traspasa en momentos en que la conducta delictiva tenía una justificación, solo me referiré ahora a dos de las causales contempladas en el artículo 32: Legítima Defensa y Estado de Necesidad, las cuales así mismo, son las aceptadas por gran parte de la doctrina como las únicas que justifican la realización de la conducta y son toleradas porque se derivan de la defensa de derechos o peligros inminentes, mientras que en los otros eventos o causales se obra promovido por el estado o se obra por consentimiento de la víctima. Entonces, lo primero que se debe tener claro es que la conducta delictiva realizada, se realizó porque se actuó en defensa de derechos propios (legítima defensa) o derechos que se hallan en un peligro inminente

¹⁸⁷ Velásquez V. Fernando (2008). Manual de derecho penal. Parte general. Bogotá, Comlibros, pág. 414

(estado de necesidad), pero en ambas circunstancias existen unos límites que doctrinariamente se han aceptado, como lo son:

- a- En la legítima defensa, debe darse una agresión que debe ser actual, injusta, real que genere la necesidad de defenderse y que esa defensa sea proporcional a la agresión.
- b- En el Estado de Necesidad, debe existir un peligro o riesgo actual o inminente, que justifique el actuar para poder proteger un derecho propio o ajeno y que el mal que se pretende causar con el actuar sea lo menos perjudicial. Como puede analizarse dichos límites, no pueden excederse, pues de lo contrario la conducta deja de justificarse y dicha extralimitación lleva a que se pierda el derecho de ampararse en las causales de justificación y como consecuencia de ello, la conducta realizada es antijurídica y culpable.

En todo caso el conocimiento de dichos límites resulta necesario para poder establecer si una persona incurrió en un exceso en la justificante, pues si la persona se extralimita superando los límites legales por mediar una apreciación errónea de su parte, se configura un error sobre los límites, y conduce al error de prohibición. Entonces como dice Velásquez: “Para poder hablar de exceso es indispensable que el actor en un determinado momento se encuentre dentro de los límites propios de la respectiva justificante, es decir, se deben reunir las exigencias de cualquiera de las causales, pues de lo contrario no se entendería que la causal quince del artículo 324 del código de procedimiento penal, dijese excediendo una causal de justificación”¹⁸⁸. Como puede analizarse, no puede haber exceso en el estado de necesidad y en la legítima defensa y por el contrario debe ser proporcional o equivalente la agresión y la reacción, o deben ser equivalentes los bienes jurídicos colisionantes. Pensemos en el típico ejemplo de la persona que ante el ataque que le hace otra para atracarla o hurtarla, esta reacciona y la desarma, pero una vez que la tira al piso y que la tiene ya vencida, no le basta y le descarga el arma completamente dejándola muerta. Puede hablarse de una causal de justificación, como lo es la legítima defensa de un bien jurídico propio, pero hay un exceso en los límites de la justificación, ya que bastaba herirla, pues el peligro de la vida del agredido se superó cuando logró desarmar al agresor, configurándose por lo tanto un exceso o extralimitación que no permiten la configuración de una causal de ausencia de responsabilidad penal, sino simplemente una atenuación en la pena.

La anterior circunstancia de obrar en exceso de una causal de justificación, podría superarse, con la aplicación del principio de oportunidad, cuando el exceso implique una desproporción derivada de una circunstancia que incida en la culpabilidad, es decir, que

¹⁸⁸ Velásquez Velásquez, Fernando (2007). “Manual de Derecho Penal”. Parte General, 3 ed. Medellín, Comlibros editores.

incida en el juicio de reproche, como sería el caso de un adolescente que padece trastornos mentales, el cual posee una incapacidad de comprensión y es precisamente por su inimputabilidad que actúa excediendo los límites de la causal de justificación, lo que me lleva a plantear que más allá de la mera inimputabilidad, debe mirarse es la capacidad psíquica de culpabilidad porque cada sujeto en cierto momento tiene un particular ámbito de autodeterminación, que nunca es idéntico, al de otra persona, o quizás no sea idéntico respecto de la misma persona, en cuanto a la realización de conductas diferentes. De tal forma, que le corresponde al Fiscal evaluar las características de cada caso en particular, porque en ocasiones las vivencias de cada menor, el entorno social, su núcleo familiar, su desarrollo intelectual, entre otros, pueden llevar a que no se considere la aplicación del principio de oportunidad por no hallarse justificado el exceso de la causal de justificación en el ámbito de la culpabilidad.

Por otro lado, una de las causales que más incide en esta investigación para el análisis de la aplicación del principio de oportunidad en los adolescentes desmovilizados del conflicto armado, por tratarse de la pretendida aplicación de dicho principio al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, la cual, desconoce el principio de legalidad, vulnera los límites constitucionales permitidos y quebranta o entorpece los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y finalmente se incurre en una omisión legislativa al no excluir su aplicación en los casos de graves violaciones de los Derechos Humanos y para ello recurriremos a lo expresado o decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia 936 del 2010¹⁸⁹, en donde, en buen momento se acusó de inconstitucional el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la ley 1312 del 2009, el cual expresaba: “Artículo 2. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así: Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...] 17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra

¹⁸⁹ Corte Constitucional, Expediente D-8131. Sentencia 936/2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. En el presente caso, le correspondió a la Corte resolver: (i) si la forma en que el legislador reguló la causal de aplicación del principio de oportunidad en el numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, vulnera el principio de legalidad, según lo prescribe el artículo 250 de la Constitución, por los términos ambiguos y oscuros del precepto; (ii) si al haberse previsto la aplicación del principio de oportunidad para el concierto para delinquir agravado, habría desconocido el artículo 93 de la Constitución, por contrariar normatividad internacional, como quiera que se estaría aplicando dicha figura procesal para un crimen de lesa humanidad; (iii) si la causal de aplicación del principio de oportunidad acusada desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, derivados de una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 12, 93 y 229 superiores en consonancia con los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.; (iv) si en la norma se incurrió en una omisión legislativa relativa porque habría una exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad de estas conductas. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Para los efectos de este numeral el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad. Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002. Para la aplicación de esta causal el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal. (.....) Parágrafo 3°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

En dicha sentencia 936 del 2010, en primer lugar la Corte Constitucional determinó que el numeral 17 del artículo 2° de la ley 1312 de 2009, no configuraba un instrumento que inserte el principio de oportunidad que busca aplicarse al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, en el marco de la denominada justicia transicional o proceso de justicia y paz contemplado en la ley 975 del 2005, atendiendo que solo contempla dicha aplicación para los desmovilizados no postulados o acogidos a la ley de justicia y paz. Manifestando: “En realidad, se trata de una reforma legislativa a una institución jurídico-procesal como es el principio de oportunidad, el cual forma parte de la política criminal ordinaria del Estado. Con esta modificación, se pretendía resolver un problema de contenido político, por medio de una institución jurídica constitucional que se rige por el principio de legalidad (art. 250 C.P.)¹⁹⁰”

A juicio de la Corte, no es posible la aplicación del principio de oportunidad a la desmovilización masiva de miembros de grupos armados al margen de la ley, a la luz de los criterios de ponderación que se establecieron, en la sentencia C-370 de 2006 para los procesos de justicia y paz, toda vez que se trata de regulaciones con finalidades distintas. En efecto, en la denominada Ley de Justicia y Paz, había sometido a la justicia, bajo determinadas condiciones de verdad y reparación y se preveía la imposición de penas alternativas, con la posibilidad de aplicar las ordinarias, si se incumplían los compromisos asumidos. Por el contrario, la Ley 1312 de 2009 sin establecer elementos de justicia, verdad y reparación a las víctimas, autoriza a la Fiscalía y a la Rama Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad

¹⁹⁰ *Ibidem*.

resulta inadmisibles. En este sentido: “El precepto acusado no se inscribe dentro de un acuerdo político de reconciliación que conlleve cierta flexibilización de los principios que dominan el ejercicio de la función judicial, lo cual permite un modelo de justicia transicional. En esencia, se trata de una adición al proceso que se aplica para impartir justicia ordinaria, que de manera injustificada introduce un trato privilegiado a un grupo de destinatarios de la acción penal”¹⁹¹

Advirtió la corte, que aún en situaciones de justicia transicional, la comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. Al mismo tiempo, la comunidad internacional ha admitido que la justicia transicional es una forma especial de administración de justicia para situaciones de tránsito a la paz, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban en todo caso, algún tipo de sanción. Para la Corte, como quiera que los fines de una justicia transicional son específicos y muy distantes de aquellos que persigue la administración de justicia ordinaria, resulta arbitrario introducir dentro del modelo de justicia orientado a desarrollar la política criminal del Estado, un elemento que excluye a ciertos sujetos del ámbito de la justicia y justificar tal exclusión con un discurso de justicia hacia la paz.

En segundo lugar, la Corte estableció que aplicar principio de oportunidad, tratándose de desmovilizados de grupos armados no respeta los límites constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad. En su concepto, configura una causal que desborda la filosofía, los propósitos y el alcance del principio de oportunidad previsto en el artículo 250 de la Constitución Política, como una manera excepcional de renunciar, interrumpir o suspender la acción penal, dentro de un modelo de justicia ordinaria, regido por el principio de legalidad. Recordó que si bien el legislador goza de una amplia potestad legislativa para regular la aplicación del principio de oportunidad, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que debe respetarse ciertos límites constitucionales al momento de configurar las causales que permiten su aplicación, los cuales han sido precisados en la sentencia C-095/07¹⁹², a saber: a- la vigencia de un orden justo; b- la dignidad humana, en cuanto debe respetar los compromisos internacionales en materia de acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos y la reparación a las víctimas de graves violaciones; c- el principio de legalidad, con base en el cual está vedado establecer causales ambiguas o vagas, que le impide conocer con certeza al ciudadano en qué casos y bajo qué condiciones,

¹⁹¹ *Ibíd*em

¹⁹² En <http://www.corteconstitucional.gov.co>

el órgano investigador puede acudir ante el juez de control de garantías a pedir su aplicación.

Más exactamente, la Corte encontró que la causal establecida en el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, vulnera el postulado del orden justo que el Estado debe promover, habida cuenta que establece una renuncia unilateral a investigar, sin que de otro lado se introduzca requisitos que satisfagan las exigencias de justicia, de verdad o de reparación. Esta laxitud en la regulación, vulnera la dignidad y los derechos de las víctimas protegidos por diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar en materia de graves violaciones de derechos humanos y a no promover la impunidad. Así mismo, la Ley 1312 de 2009 introduce una causal vaga y ambigua para la aplicación excepcional del principio de oportunidad, violatoria del postulado de legalidad que lo rige. A lo anterior se agrega que el principio de oportunidad, como instrumento de la política criminal ordinaria del Estado, parte del deber de la persecución penal. Por ello, la renuncia a ese deber de persecución debe estar fundada en criterios de: insignificancia; interés de la víctima; formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos y colaboración con la justicia. A ninguno de estos criterios, responde la causal que se cuestiona, quedando claro, que el legislador incumplió su deber de establecer requisitos claros, ciertos e inequívocos, que guiaran la labor del órgano investigativo, para no desconocer flagrantemente la exigencia de verdad y de justicia para las víctimas.

Particularmente, consideramos que le corresponde al legislador establecer la política criminal para los procesos de justicia y paz, siempre que se desarrolle conforme a los imperativos constitucionales y del orden internacional de los derechos humanos, entre ellos, la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación y que sin lugar a dudas la norma acusada contribuía con la impunidad de posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos. Además, cuando se fijan las figuras a aplicarse en un proceso transicional no es fácil decidir cuales efectivamente contribuirán a un proceso de paz y cuales finalmente no. Se trata más bien de ceder un poco en las sanciones, pero jamás en renunciar a la justicia, a la verdad y a la reparación, principios que orientan un proceso transicional. Coincidimos con la decisión de la corte en que se vulnera sin lugar a dudas, con este el derecho de las víctimas a acceder a la justicia (Art. 229 C.P.) y todos los demás derechos que un orden justo (Art. 1 C.P) debe garantizarles, por lo tanto, con la incorporación en la ley procesal penal de dicha causal para la aplicación del principio de oportunidad, se vulnera el artículo 29 de la Constitución en concordancia con el 250 ibídem.

Atendiendo a los argumentos planteados por la corte en dicha sentencia, desde ya nos adentramos a considerar que se omitió esbozar porque frente al adolescente desmovilizado del conflicto armado no se vulneran los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas cuando se aplica el principio de oportunidad frente a los hechos cometidos

por los adolescentes con ocasión a su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley. Se debió argumentar que principios o derechos se ponderan en los procesos de los adolescentes desmovilizados del conflicto, para encontrar totalmente que frente a las violaciones de los Derechos Humanos que comete un adolescente al interior de una organización armada si es posible la aplicación del principio de oportunidad. Situación que consideramos importante, atendiendo que estamos frente a el adolescente, víctima de una cadena de vulnerabilidades en donde el Estado, la sociedad y la familia son corresponsables de ese estado de olvido y vulnerabilidad y al mismo tiempo estamos frente al adolescente victimario o autor de violaciones de los Derechos Humanos. Entonces debió analizarse el derecho a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no impunidad, frente al derecho de restablecimiento del adolescente, como principio que orienta el sistema de responsabilidad penal juvenil.

Por otro lado, en cuanto al cargo formulado respecto del párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, la Corte señaló que la omisión en la que incurrió el legislador al momento de regular los límites a la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de no incluir las graves violaciones a los derechos humanos, configura un desconocimiento de diversos compromisos internacionales, señalados por los demandantes al igual que del artículo 2° de la Constitución. En consecuencia, la Corte declaró exequible el citado párrafo, en el entendido de que la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

En ese orden, la Corte consideró que dos de los cargos de inconstitucionalidad formulados en esa oportunidad debían prosperar y en consecuencia, procedió a retirar del ordenamiento jurídico, mediante la declaración de inexecutable, el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, por contrariar principios, derechos y valores constitucionales. Decisión que nos llevará a analizar, entonces bajo qué argumentos y criterios de la política criminal la Fiscalía General de la Nación puede aplicar el principio de oportunidad en los procesos de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado o cuales de las otras causales contempladas en el artículo 2 de la mencionada ley 1312 del 2009 son aplicables al sistema de responsabilidad penal de los adolescentes y más específicamente del adolescente desmovilizado del conflicto interno armado.

Finalizamos el análisis de las causales de aplicación del principio de oportunidad, contempladas en el artículo 324 del código de procedimiento penal, para iniciar el análisis de las causales contempladas en el código de infancia y adolescencia, pues tratándose de adolescentes desmovilizados del conflicto armado, dicho principio de oportunidad, no es de preferente aplicación, sino a la luz del artículo 175 del código de infancia y adolescencia pareciera ser de obligatoria aplicación, situación que deja en la impunidad las conductas

cometidas por los adolescentes con ocasión a la pertenencia a grupos armados. En tal sentido:

Artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia: “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 permitirán 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.

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 Roma.

193

Como puede observarse, dicho artículo plantea la posibilidad de que la fiscalía renuncie a la investigación penal, si el adolescente incurrió en conductas típicas, relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas, pero sometido por ejemplo a 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

¹⁹³ Ver, Libro 11: Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos. Título I: Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y otras disposiciones. Capítulo III: Reparación del daño. ART. 175. “El Principio de Oportunidad en los Procesos seguidos a los Adolescentes como Participes de los Delitos cometidos por Grupos al margen de la Ley”.

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 donde no se hace el mínimo esfuerzo por investigar las conductas cometidas por el adolescente con ocasión a la pertenencia al grupo armado, que de tratarse de violaciones graves al derecho internacional humanitario o de crímenes de lesa humanidad no pueden dejarse impunes y mucho menos pasadas por alto con medidas o políticas públicas como el principio de oportunidad.

Tampoco, esta problemática es cuestión de responsabilidad individual del adolescente, en donde se tiene la obligación o la necesidad de sancionar a alguien por ser responsable de algo, sino que hay que recurrir al tema de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad, atendiendo que el Estado tiene el deber de protección a los adolescentes y si no lo hace, es corresponsable de las conductas cometidas por estos y tendríamos a un adolescente doblemente vulnerado.

En entrevista realizada a un Juzgado de menores de la ciudad de Valledupar y a una Defensora de Familia de la misma ciudad¹⁹⁴, expresaron los funcionarios que el desmovilizado Bloque Norte de las AUC 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 alcanzada la mayoría de edad. Antes de llegar a la mayoría de edad, estuvieron en hogares transitorio, 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. Decisión que evidentemente se aleja de lo planteado en el artículo 175, atendiendo que aunque algunas de las causales para precluir una investigación, son las mismas que para aplicar el principio de oportunidad, los motivos y las consecuencias de aplicar una u otra, no son los mismos. Si la decisión es renunciar a investigar, por un lado, no hay justicia, no hay verdad, tan solo se aprecia la condición de víctima del adolescente de reclutamiento forzado y sus circunstancias de vulnerabilidad al interior del grupo armado, por el otro lado, la renuncia a investigar implica impunidad para las conductas cometidas por el adolescente y olvido para la víctima de dichas conductas que por lo general son graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Mientras, que si la decisión, es precluir la investigación, esto acarrea que el proceso inició, que los estándares mínimos de justicia se activaron, pero se demostraron causales que excluyen su responsabilidad penal; así mismo, la decisión de precluir es coherente con lo expresado por la corte constitucional en sentencia C-203-05, en donde manifiesta que los

¹⁹⁴ Juzgado de Menores de Valledupar, Dra. Rosario Villalobos Camacho y Defensora de Familia, Dra. María Soraya Quiroz. En entrevista dada a la investigadora y autora de esta Tesina. Valledupar (Cesar), Febrero del 2010.

menores de edad desvinculados “son considerados víctimas del conflicto armado pero dicha condición no los exime per se de toda responsabilidad penal, no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal”¹⁹⁵.

Sin lugar a dudas, la aplicación del principio de oportunidad, deja impune conductas que atentan contra el derecho internacional humanitario y quebranta principios y derechos de las víctimas de las conductas cometidas por el adolescente. Así mismo, teniendo en cuenta los datos arrojados por los estudios realizados por el ICBF y por la entrevista recepcionada a los menores desmovilizados del conflicto por parte de la Defensora de familia de Valledupar, es evidentemente que en estos adolescentes existen factores específicos de vulnerabilidad en términos de desprotección parental, desprotección familiar y Estatal. En la entrevista recepcionada a las funcionarias del ICBF y del Juzgado de Menores de Valledupar, se nos dio a conocer que tan sólo el 43,9% de niños, niñas y adolescentes desvinculados vivía con sus dos padres antes de la vinculación (según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2005 este indicador para el país es de 57,9%)¹⁹⁶. Parte de esta ausencia parental puede atribuirse a condiciones de victimización por el conflicto armado, los análisis multivariados evidenciaron cómo los niños, niñas y adolescentes que habitaban con familias sustitutas consanguíneas o no consanguíneas y en residencias independientes, experimentaron en mayor proporción el asesinato de algún familiar. De otra parte, en cuanto a relaciones familiares se halló que el 66,8% de los niños, niñas y adolescentes fue golpeado por lo menos en alguna oportunidad en su infancia, y para una cuarta parte de ellos y ellas los golpes fueron una práctica frecuente; el 15% de los niños y 25,2% de las niñas expresaron que la violencia y la falta de afecto en sus familias influyeron como factores para ingresar al grupo armado. Todas estas condiciones sociales, económicas, familiares y culturales influyen inequívocamente para que un adolescente establezca o estime de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, que seguir soportando estas adversidades. Sin lugar a dudas las situaciones de marginamiento social, económico y cultural no le permiten al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad, tal como lo contempla los numerales primero y segundo del mencionado artículo 175 del C.I.A. Pero, esas circunstancias encierran un estado de necesidad.

Finalmente, en cuanto a la causal tercera establecida en el artículo 175 del C.I.A, el cual establece la aplicación del principio de oportunidad para aquellos adolescentes desmovilizados del conflicto que no estaban en capacidad de orientar sus esfuerzos a

¹⁹⁵ Sentencia C-203 de la Corte Constitucional, en: [www.http//www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

¹⁹⁶ Juzgado de Menores de Valledupar, Dra. Rosario Villalobos Camacho y Defensora de Familia, Dra. María Soraya Quiroz. En entrevista dada a la investigadora y autora de esta Tesina. Valledupar (Cesar), Febrero del 2010.

conocer otra forma de participación social, es decir, que frente a niños, niñas y adolescentes cercanos a las manifestaciones del conflicto armado, la fiscalía podrá renunciar a la persecución de la acción penal. Esta causal nos lleva a pensar, en adolescentes rodeados de actos de violencia en su hogar, adolescentes que les toca experimentar en su entorno actos de violencia severa, en donde quizás les toque presenciar tomas armadas, masacres, desplazamiento forzado, presenciar amenazas hacia sus familiares y sobra decir cómo influye si el adolescente tiene familiares en algún grupo armado ilegal. En este aspecto, queremos resaltar que durante una jornada de entrevistas a víctimas en el municipio de ciénaga (magdalena), que realizamos en septiembre del 2010 con el Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de reparación y Reconciliación¹⁹⁷, las víctimas mientras relataban su historia de violencia aseguraban que su hijo era militar, manifestaban como los policías y los militares hacían valer las leyes y el orden en las veredas y corregimientos cercanos a ciénaga, agrupados bajo el municipio de zona bananera, fundación, entre otros municipios, pero al cuestionarlos por la vestimenta del supuesto militar o policía y al escuchar que los conocían con alias, entendíamos que existía una conciencia mal generalizada de asumir como fuerzas legales o autorizadas de hacer cumplir las leyes y del orden de estos municipios a paramilitares y guerrilleros, en esos momentos asumimos que para ellos el olvido estatal los llevó a crecer creyendo y a estar totalmente convencidos de que un grupo armado ilegal era la única forma de establecer el orden entre ellos, afirmación que nos atrevemos a realizar porque en más de una ocasión tuvimos que escuchar frases como esta: “mi hijo era ratero y por eso lo mataron”. Estas expresiones e historias de las propias víctimas nos llevan a concluir que efectivamente en algunos lugares en donde se convive en medio de la pobreza, el desempleo, el hambre, el ocio, cero oportunidades de estudio, mucho menos manifestaciones culturales, en fin medio de múltiples condiciones de vulnerabilidad y sobre todo de olvido estatal, es muy difícil, casi que imposible que los NNA de esas poblaciones orientaran su vida a buenas formas de participación social y sin lugar a dudas, los aspectos aquí esbozados serán los mismos que nos lleven a plantear en el próximo tema de este trabajo, que se trata evidentemente de causales de ausencia de responsabilidad penal las que concurrían en dichos adolescentes y por ende su exclusión o la aplicación de la renuncia por parte del fiscal debe darse porque indiscutiblemente falta un elemento de la teoría de la conducta punible para que esta llegue a establecerse responsabilidad penal.

¹⁹⁷ Jornada de Historias. María Teresa Uribe en Representación del Grupo de Memoria Historia de la CNRR, Cristina Montalvo en Representación de las víctimas participantes y con el apoyo económico de la Organización Internacional de Migrantes, en Ciénaga (Magdalena), Septiembre del 2010.

3.3 Análisis y sugerencias de Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal contempladas en el artículo 32 del Código Penal perfectamente aplicables en los procesos penales iniciados contra los adolescentes excombatientes.

Las reglas hasta ahora analizadas sobre causales del principio de oportunidad en el código de procedimiento penal y lo estipulado en el artículo 174 del código de infancia y adolescencia eran las bases para argumentar porque los supuestos facticos contemplados en el artículo 175 del código de infancia y adolescencia como causales de aplicación del principio de oportunidad en los proceso de los adolescentes desmovilizados del conflicto interno armado son verdaderas causales de ausencia de Responsabilidad Penal planteadas en el artículo 32 del código penal, es decir, que las causales enunciadas en el numeral cuarto del artículo 175 del C.I.A: Fuerza, Constreñimiento e Insuperable coacción ajena, excluirían la responsabilidad penal del adolescente por ser verdaderas causales de inculpabilidad incluidas en las denominadas causales de ausencia de responsabilidad penal, contempladas en el código penal y bajo toda circunstancia es jurídicamente más benéfico, no solo para el adolescente, sino para cualquier persona excluirlo de la responsabilidad penal, declararlo inocente y por ende no sancionarlo penalmente, bajo los argumentos fácticos y jurídicos del artículo 32 del código penal, que aplicarle principio de oportunidad, atendiendo que con la aplicación del principio de oportunidad, no se desvirtúa el principio de inocencia y se deja a una víctima a la espera de la verdad de unos hechos, además se debe estar seguro que la persona a cometido una conducta típica y antijurídica, es decir, que se es autor o participe de un delito, para poder aplicar la oportunidad, mientras que en las causales de ausencia de responsabilidad penal, no se renuncia a la acción penal, sino, que se justifica la realización de la conducta, no se actúa con culpabilidad o la conducta es atípica. Orientación esta última que está más acorde al concepto de NNA como sujetos no únicamente de derechos, sino de deberes y obligaciones.

En cuanto al tema que aquí nos proponemos esbozar y para poder determinar sobre que condición de la responsabilidad penal, incide cada causal de ausencia de responsabilidad penal, desarrolladas por el artículo 175 del CIA, como causales de aplicación del principio de oportunidad, pero como ya le dijimos, son verdaderas causales de ausencia de responsabilidad penal. Debiendo, primero precisar que las denominadas causales de inculpabilidad penal, es decir, las causales que apuntan a que la persona no obra con culpabilidad, como lo son, la insuperable coacción ajena, el miedo insuperable y el error de prohibición; son distintas a las causales de atipicidad de la conducta, tales como caso fortuito, fuerza mayor, consentimiento del sujeto pasivo, y también diferentes a las de justificación, como, la legítima defensa y el estado de necesidad; entonces, aunque todas

están consagradas en el artículo 32 del código penal, como causales de ausencia de responsabilidad penal, no todas influyen en la misma condición de la responsabilidad penal o en el mismo elemento del tipo penal, ya que algunas influyen en la tipicidad, otras en la culpabilidad y otras justifican la realización de la conducta. Entonces, atendiendo que cada tipo penal está compuesto por una descripción prohibitiva y de acción, encontramos que si se realiza la conducta descrita, se actúa adecuadamente al tipo penal y si se obra justificadamente o permisivamente el comportamiento se adecua a una causal de justificación, la cual excluye la antijuridicidad, pero deja subsistente el tipo penal.

Realizada dichas precisiones jurídicas y teniendo en cuenta las causas o motivos que establece el artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia, para que la Fiscalía renuncie a la Acción Penal de los adolescentes que 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, cabe preguntarnos: ¿Si estos motivos encuentran su fundamento político-criminal en algunas de las causales de Ausencia de Responsabilidad Penal o causales de atenuación penal del artículo 32 del Código Penal: caso fortuito, fuerza mayor, legítimo ejercicio de un derecho, actividad lícita, legítima defensa, estado de necesidad, insuperable coacción ajena, miedo insuperable, error de tipo, error de prohibición?

En cuanto, a las causales 1, 2 y 3 del artículo 175 del C.I.A: 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 permitirán 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, podemos señalar que son causas especiales de justificación o tal como lo ha denominado Fernando Velásquez “son causales mixtas de atipicidad o justificación, según corresponda, ya que hay motivos, que bajo determinadas circunstancias hacen socialmente admisible una conducta”¹⁹⁸. Al momento del análisis de la conducta de estos adolescentes, entonces deberá hacerse un examen conjunto de normas (Constitución Política, Código de Infancia y Adolescencia, Código de Procedimiento Penal, Código Penal) para llegar a establecer que la no persecución penal y por ende la aplicación del principio de oportunidad en los procesos penales iniciados a los adolescentes que 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 tienen sus bases teóricas y político-criminales en las causales de ausencia

¹⁹⁸ Velásquez, Fernando, Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, 2ª edición, Págs. 404 – 416.

de responsabilidad penal y que constitucionalmente es mas ventajoso precluir una investigación penal que aplicar principio de oportunidad, atendiendo que la preclusión no desvirtúa el principio de la presunción de inocencia, el cual es un derecho absoluto que no admite ser ponderado con ningún otro derecho del indiciado, toda vez que encierra la inocencia de una persona y sin lugar a dudas, dicha labor de la fiscalía de ponderar entre aplicar principio de oportunidad o precluir la investigación tendrá que “poner a tono las causales de ausencia de responsabilidad penal con los problemas de nuestra realidad social”¹⁹⁹.

Dichas causales 1, 2 y 3 del artículo 175 del C.I.A, que nos enuncia problemas sociales en donde el adolescente tuvo como fundamento para ingresar al grupo armado las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio social, las cuales lo llevaron a considerar o estimar que lo mejor para su vida era pertenecer a un grupo armado al margen de la ley; atendiendo que la situación de marginamiento social, económico y cultural de su familia y por ende la suya no le permitirían contar con otras alternativas de desarrollo. Así mismo, cuando el adolescente no esté en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social, podemos esbozar que el adolescente actúa en el marco del llamado “error de prohibición directo”, esto es, aquel que afecta directamente la conciencia de la ilicitud por falsa o insuficiente valoración normativa, resultando desestructurada la responsabilidad penal por faltar una de las características del delito, como lo es la conciencia de ilicitud, por tanto solo tendrá aplicación el principio de oportunidad cuando se demuestre que el adolescente excombatiente si contaba con opciones de vida digna distintas a las de engrosar las filas de una organización armada ilegal, ya que, si llega a establecerse que no contaba con otras opciones la respuesta será la aplicación de la preclusión de la investigación, atendiendo que se configura una causal excluyente de la culpabilidad, en donde a pesar, que el adolescente actúa con dolo, conoce todas las circunstancias del hecho, se considera que su actuar no es antijurídico porque él no contaba con otras alternativas.

Sin dejar de enunciar, que existe una corresponsabilidad del estado para con estos adolescentes, en donde la responsabilidad no sería únicamente del adolescente, individualmente considerado, sino que debe analizarse si está o no comprometida la responsabilidad del estado para con los adolescentes excombatientes, que se encontraban antes de ingresar al grupo armado en particulares situaciones de subsistencia, en paupérrimas condiciones sociales, como hambre y miseria, en un olvido estatal, en donde la cultura que se presencia es la de la violencia familiar y la influencia de un grupo armado al margen de la ley, teniendo que acudir a salidas, que justifiquen los problemas sociales no

¹⁹⁹ Sandoval, Fernández Jaime, (2006). Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal, Colección de Pensamiento Jurídico, No. 25, P. 57

solucionados por el estado, de ahí que se acuda a la aplicación del principio de oportunidad como política criminal del estado, puesto que este ha incumplido cabalmente con su deber constitucional de: “promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente, así como, ha incumplido su obligación de desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del adolescente hasta el máximo de sus posibilidades, prepara al niño y al adolescente para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena, inculcarle el respeto del medio ambiente, entre otras obligaciones”²⁰⁰

Asimismo, el mismo artículo 175 del C.I.A. en su numeral 4 prevé que, por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento, la fiscalía podrá también renunciar a la persecución penal de los adolescentes excombatientes. Al analizar este numeral cuarto, que contempla varias causas, encontramos que cuando el adolescente actúa en el grupo al margen de la ley bajo circunstancias de fuerza, amenaza, coacción, innegablemente se le debe excluir de responsabilidad penal, teniendo en cuenta que la afección de la voluntad del adolescente alcanza la condición de insuperable, lo cual afecta la exigibilidad de una conducta adecuada y, por tanto, la solución no será la de aplicar la figura del principio de oportunidad, sino de solicitar la preclusión de la investigación, en tanto, ya no se tiene un comportamiento que revista todos los elementos del delito, ya que se actúa bajo miedo Insuperable o “Insuperable coacción ajena”²⁰¹, causal de ausencia de responsabilidad penal en el marco de la exculpación, que excluye obviamente la culpabilidad de la conducta, porque a pesar de obrarse conscientemente, no se obra con voluntad. De tal forma que, la fuerza, la coacción, la amenaza y el constreñimiento, solo conllevan a la aplicación del principio de oportunidad cuando apenas atenúa el juicio de culpabilidad, esto es, mantienen al sujeto todavía frente a la alternativa de actuar conforme a derecho y por lo tanto disminuyen el reproche. Entonces, del análisis del artículo 175 del C.I.A. podemos afirmar que desarrolla las causales propias o específicas de aplicación del principio de oportunidad, en el ámbito de los procesos penales seguidos contra adolescentes que hayan participado como autores o partícipes de delitos cometidos por grupos armados ilegales; así mismo, cuando hay causales provenientes del código de procedimiento penal, acudo al artículo 173 del C.I.A, que expresamente faculta la aplicación del principio de oportunidad en los casos contemplados en el código de procedimiento penal.

²⁰⁰ Gómez Pavajeau, Carlos A (2007). “La Oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia”, Ediciones Nueva Jurídica, pag.74.

²⁰¹ ibíd. Pág. 75

3.4 Preclusión de la investigación penal del adolescente desmovilizado del conflicto armado: una salida jurídica que no vulnera el principio constitucional de la presunción de inocencia del adolescente

La preclusión de la investigación es un mecanismo procesal mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para tal efecto. Es una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado.

La separación de la investigación y el juzgamiento exige que la averiguación de los hechos, la identificación del investigado, la búsqueda de los elementos probatorios y evidencias que conduzcan a averiguar la verdad de lo sucedido y de la responsabilidad en la conducta delictiva, sean responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación. Por esta razón, “es lógico que el legislador le hubiere encargado exclusivamente a esa entidad la función de presentar al juez los elementos de juicio necesarios para que éste resuelva su petición de preclusión de la investigación o de acusación al imputado”²⁰². Entonces, la preclusión de la investigación es una institución procesal, que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación en contra del imputado, tal como lo contempla el artículo 331 del CPP, así mismo, implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada.

Teniendo en cuenta, la nueva regulación constitucional introducida por el Acto legislativo 03 de 2002 (Art. 250) que separó a la Fiscalía General de la Nación de la facultad de precluir las investigaciones, y asignó de manera expresa tal función al juez de conocimiento. Esta configuración, se armoniza con los rasgos fundamentales del nuevo modelo de investigación y juzgamiento conforme al cual, no obstante radicar en la Fiscalía la titularidad para el ejercicio de la acción penal, la suerte de la misma y la definición del proceso se adscribió al juez, ya sea a través del control sobre la aplicación del principio de oportunidad, la declaratoria de la preclusión del proceso, o la sentencia condenatoria o absolutoria.

Ahora bien, el artículo 332 del CPP, contempla las causales de preclusión, es decir, las circunstancias que llevan a considerar que no existe mérito para acusar y que por consiguiente el fiscal estaría en facultad de solicitarla: “1. Imposibilidad de iniciar o

²⁰² Corte Constitucional, Sentencia C – 118 del 2008, en <http://www.corteconstitucional.gov.co>

continuar el ejercicio de la acción penal; 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; 3. Inexistencia del hecho investigado; 4. Atipicidad del hecho investigado; 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del CPP”²⁰³.

Como puede observarse, dicha norma en su numeral segundo, contempla que ante la existencia de una causal que excluya la responsabilidad penal, el fiscal estaría facultado para solicitarle al juez la preclusión de la investigación. Entonces, como ya lo explicamos en temas anteriores, si las circunstancias que contempla el código de infancia y adolescencia en su artículo 175 (fuerza, constreñimiento, coacción amenaza) como causales de aplicación del principio de oportunidad, conforme a las cuales el fiscal podrá renunciar a la investigación o persecución penal, pero, si se aplicaran preferiblemente como causales de exclusión de la responsabilidad penal, por cometerse verdaderamente la conducta “por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento”, sería más relevante para el adolescente, toda vez que el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, es decir que el código de procedimiento penal y dando alcance a garantías constitucionales, prohíbe la aplicación del principio de oportunidad cuando se vea comprometido el derecho a la presunción de inocencia y deja claro que sólo procederá la aplicación del principio de oportunidad si existe un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. Indiscutiblemente, resulta extraño y desventajoso para el adolescente, entonces que en el código de infancia y adolescencia se consagren como motivos para aplicar el principio de oportunidad circunstancias que verdaderamente excluyen totalmente la responsabilidad del adolescente y en consecuencia darían lugar a la preclusión de la investigación penal o al denominado cese de procedimiento, sin tener que dejar por un lado, en impunidad o en tela de juicio la responsabilidad penal del adolescente en las conductas punibles que cometió y por el otro lado, a una víctima sin el derecho de conocer la verdad de lo sucedido y de poder actuar en el proceso penal para desvirtuar la inocencia del adolescente.

Sin lugar a dudas, en los eventos de fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento, el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento por ausencia de responsabilidad penal, pues como lo señala el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, no habrá lugar a responsabilidad penal, entre otras causales: cuando “Se obre bajo insuperable coacción ajena o se obre impulsado por miedo insuperable”²⁰⁴. Podría pensarse que establecer que se contempla una causal de ausencia de responsabilidad penal, produce los mismos efectos que aplicar el principio de oportunidad; situación que tiene una relevancia en cuanto al Principio constitucional de Inocencia, pues cuando se renuncia a la persecución penal y se aplica principio de oportunidad, es porque medianamente se ha demostrado o probado que el

²⁰³ Artículo 332 del Código de Procedimiento penal, en <http://www.fiscalia.gov.co>

²⁰⁴ Artículo 32 del Código Penal. En <http://www.fiscalia.gov.co>

adolescente es autor o participe de una conducta típica, antijurídica y culpable, en donde, no se puede desvirtuar el principio de inocencia; pero cuando no se responsabiliza al adolescente considerando la aplicación de una de las causales de ausencia de responsabilidad penal, es porque se está estableciendo que la conducta es atípica, que la conducta se justifica o que existe inculpabilidad y por ende no hay delito, se es inocente. Es decir, que la decisión de precluir la acción penal guarda relación con aspectos constitucionalmente importantes, como la presunción de inocencia, el debido proceso, entre otros.

En primer lugar, la Constitución Política configura la presunción de inocencia o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”²⁰⁵. Esta norma crea en favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba para destruir dicha presunción. Nuestra Constitución sitúa la presunción de inocencia dentro de los derechos fundamentales a la libertad y como un derecho subjetivo público, la cual puede limitarse o perderse por acción de los órganos penales. Así mismo, la inocencia, como institución constitucional tiene tres significados: a) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal. b) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente. Y c) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada. Entonces, el principio de la inocencia es garante de derechos fundamentales de la persona que se encuentra siendo investigada en un proceso penal, toda vez, que establece la obligación de la fiscalía o como ente acusador de demostrar plenamente la culpabilidad de la persona procesada, de lo contrario se tendrá que declarar su inocencia.

Pese a lo anterior, si el fiscal optare por solicitar la aplicación del principio de oportunidad, a pesar de que concurre una causal para precluir la investigación, podrá el procesado, su defensor o el ministerio público, intervenir en la audiencia preliminar ante el juez de garantías para solicitarle que no permita la aplicación del principio de oportunidad porque se está violando el principio de presunción de inocencia, atendiendo que aunque la conducta es típica carece de antijuridicidad o está justificada, estructurándose una causal de ausencia de

²⁰⁵ Artículo 29 de la Constitución Nacional, en <http://www.corteconstitucional.gov.co>

responsabilidad, circunstancia que hace inaplicable la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, a través del principio de oportunidad. Incluso, haciendo un análisis sistemático de las normas que regulan cuáles son los sujetos facultados para solicitar la preclusión de la investigación en la primera fase del proceso, es evidente que si bien es cierto, dada la estructura del sistema penal acusatorio la defensa tiene menos posibilidades de solicitar la terminación anticipada del proceso, no lo es menos que sí puede acudir al juez competente para pedirla, pues el artículo 294 de la Ley 906 de 2004 autoriza a la defensa y al Ministerio Público a solicitar la preclusión de la investigación.

De igual forma, la víctima podrá intervenir en la audiencia donde se estudiará la solicitud de preclusión para desvirtuar el principio de inocencia, toda vez, que instalada la audiencia donde el juez cita a las partes para escuchar los argumentos de la petición del fiscal, tal como lo prevé el artículo 333 del CPP: “se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada. Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”²⁰⁶.

Además, vale la pena tener en cuenta que, como lo ha advertido la Corte Constitucional, la solicitud de preclusión de la investigación debe estar rodeada de garantías para todos los afectados por el delito, pues la terminación anticipada del proceso tiene incidencia directa sobre los derechos de las víctimas, en la medida en que no les permite llegar al juicio para demostrar la responsabilidad del imputado ni para obtener la verdad, justicia y reparación de sus derechos afectados con el delito. Al respecto, la Corte dijo: “dado que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva sus decisiones, por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías²⁰⁷” Entonces, la parte llamada a mostrar inconformidad con la decisión de precluir, es aquella habilitada para hacer la petición y los demás intervinientes deben atenerse a los criterios de impugnación expuestos por la Fiscalía, para seguidamente actuar como no recurrentes, para respaldar su recurso o enfrentarlo. En efecto, si la petición de preclusión compete únicamente a la

²⁰⁶ Artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, en: <http://www.fiscalia.gov.co>

²⁰⁷ Corte Constitucional, mediante Sentencia C-920-07 de 7 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

Fiscalía, y las demás partes sólo pueden acudir accesoriamente a coadyuvar o a oponerse a su pedido, la inconformidad con lo resuelto igualmente es de resorte exclusivo de esta parte, contexto dentro del cual los otros intervinientes pueden actuar exclusivamente como no recurrentes, eso es, su actuación se condiciona a que el peticionario recurra, para ahí sí, participar respaldando o rechazando los recursos de la Fiscalía.

Sin lugar a dudas, dejar de precluir una investigación penal, cuando existen causales que excluyen la responsabilidad penal, para aplicar el principio de oportunidad, es una decisión que vulnera la presunción de inocencia y vulnera el debido proceso, lo primero, porque la aplicación del principio de oportunidad siempre supone que existan elementos materiales probatorios que indiquen que una conducta punible se cometió y que la persona investigada es autora o partícipe de ella, y si lo que debe invocarse ante el juez de conocimiento es la preclusión de la investigación, la naturaleza de la figura es totalmente contraria, los elementos materiales lo que demuestran es que la conducta delictiva no existe o no se estructuró, o que la persona no es autora o partícipe de la infracción penal.

En cuanto al debido proceso, porque si lo que se demuestra es la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, la inexistencia del hecho investigado; la atipicidad del hecho investigado, la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, entre otros, para que la fiscalía presente la acusación, lo jurídico es que el fiscal acuda ante el juez de conocimiento para solicitarle la preclusión de la investigación. El debido proceso legal, también resguarda el principio de presunción de inocencia por cuanto la exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria, implica la existencia de suficiente actividad probatoria y garantías procesales, es decir el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable.

Con lo anterior, quiero insistir en que no puede confundirse el principio de oportunidad con las causales de preclusión de la investigación, porque mientras que para renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal es necesario que exista un mínimo de prueba que demuestre la tipicidad de la conducta y la autoría o la participación del adolescente en la misma; las causales para precluir enervan la estructura del delito e impiden que la acción penal pueda iniciarse o proseguirse. Así, la estructura del delito debe permanecer incólume para aplicar el principio de oportunidad. Por su parte, la preclusión de la investigación excluye esa estructura. Así mismo, “la preclusión de la

investigación sólo puede ser declarada por el juez de conocimiento; mientras que la aplicación del principio de oportunidad está sometida al control de legalidad del juez con función de garantías, tal como lo ha reafirmado la Corte Constitucional²⁰⁸.

Sin lugar a dudas, en la aplicación de un sistema procesal penal concurren diferentes posturas y formas de observar y de llevar a cabo las políticas públicas y principios que se plantean constitucionalmente, pero el actual proceso oral y acusatorio nuestro, es el que más se aviene con la circunstancia histórica del denominado Estado social de derecho y dicho planteamiento lo concreto en que hoy existe una maximización de los derechos de las partes y una protección hacia la víctima, razón por la cual sería más importante el derecho de defensa que las formas propias del juicio o el debido proceso. Así mismo, el novedoso concepto de reparación que no es sinónimo de la indemnización, sino que lo trasciende y da paso al derecho de la víctima a la verdad y a la justicia, de suerte tal que se desarrolle en esta fórmula la llamada justicia restaurativa, que supera el concepto ordinario de la mera reparación, pero que encuentra un equilibrio entre los derechos de las víctimas y entre los fines, políticas y principios que desarrolla un Estado social de derecho y un proceso penal no solo acusatorio, sino garantista; en donde el control interno de las actuaciones, por medio de la figura del juez de garantías o lo que se denomina generalmente el control judicial de la actuación del poder fiscal. En dichos elementos o formas del manejo procesal nuestro, el organismo titular de la pretensión penal es el Fiscal, que al mismo tiempo es el principal ejecutor de la política criminal del Estado. Es decir, con dicha titularidad viene aparejada la responsabilidad política de prevenir y perseguir la criminalidad y de proteger a las víctimas de la misma. En ese orden de ideas, lo coherente es que en el ejercicio de sus funciones se le permita algún grado de discrecionalidad para determinar la mejor decisión, en términos de conveniencia y justicia, en donde, debemos entender la discrecionalidad (diferente de la

²⁰⁸ Ver al respecto: Sentencias C-673 de 2005 y C-095 de 2007: La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Penal, mediante decisión del 5 de julio de 2007, siendo M.P. Yesid Ramírez Bastidas, expediente 11-001-02-30-015-2007-0019, precisó las diferencias entre el archivo que hace la Fiscalía por vía del art. 79 y las causales de preclusión de la investigación, especificando cuando el ente acusador puede hacerlo por atipicidad objetiva como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-1154/05. Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007 enfatizó en la diferencia entre las dos figuras. Respecto a la interposición de recursos contra la decisión del juez de control de garantías, la ley contemplaba la imposibilidad de interponer recurso alguno, pero ante la declaratoria de inexecutable de este aparte, contenido en el art 327 del C.P.P. surgen dos hipótesis: i) Si la decisión judicial es favorable a la determinación de la Fiscalía. ii) si no aprueba la aplicación del principio de oportunidad. Manifestando: “Téngase en cuenta primero que todo, que la decisión a tomar por el Juez de Control se contiene en un auto y no en una sentencia, a pesar que en una de las hipótesis (la de renunciar a la persecución penal) la aplicación del principio conlleve la extinción de la acción penal y esta debe ser vista como una causal de terminación del proceso. Al ser un auto, por regla general contra él procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario y deberá sustentarse y resolverse de manera oral e inmediata en la misma audiencia.

arbitrariedad) como un mecanismo jurídico apropiado para la consecución de éstos y todos los fines políticos en los estados modernos, y es dicha discrecionalidad la que le permite en ciertos casos precluir, renunciar, interrumpir o suspender la acción penal. En donde, le damos 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 del principio de legalidad, sino que debe entenderse como un instrumento del principio de legalidad, como una política pública que da respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica, siempre y cuando esa sea la salida jurídica más adecuada y benéfica tanto para el adolescente excombatiente, como para las víctimas, toda vez, que en el estado social de Derecho y en el proceso penal acusatorio y garantista, la legalidad y el papel de la ley se han ido transformando para darle al legislador un sentido de dirección estratégica de protección, de consagración de principios generales de acción que los ejecutores de la ley deberán precisar atendiendo a las circunstancias especiales que rodeen el caso y a las necesidades particulares que se deseen satisfacer con la aplicación de la misma. Entonces, surge el interrogante de si ¿el principio de oportunidad puede ser un mecanismo arbitrario que atiende a determinados intereses particulares y al mismo tiempo rompe con el principio de la igualdad ante la ley? A lo que debo responder diciendo que el principio de oportunidad no es arbitrario cuando está reglado, normado y controlado, y mucho menos cuando se trata de un plan, una estrategia de protección, un planteamiento de política criminal, un diseño realizado por el Estado en el cual se involucran los poderes públicos y la actividad de la comunidad, en cuanto a democracia participativa. Así tenemos que la decisión del Estado no es por el desbalance, sino en atención a que la respuesta o persecución penal no es la más adecuada para resolver el conflicto. En otras palabras, se intenta dentro del mismo modelo resolver el conflicto, en delicado equilibrio entre víctima y victimario, queriendo encontrar una salida en la resolución del conflicto, en donde se debe además velar por los derechos de las víctimas, tal como lo ha resaltado la Corte Constitucional²⁰⁹ manifestando que los derechos del afectado deben ser considerados cuando se aplique cualquiera de las causales del principio de oportunidad y no solo en aquellas en que la indemnización a la víctima es consagrada como requisito.

Ahora bien, cual es la salida más benéfica para el adolescente, si este incurrió en principio en conductas típicas relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas, pero sometido, por ejemplo a coacción o miedo insuperable, ¿Hay lugar a la responsabilidad penal?, cuál debe ser la decisión: ¿Solicitar la preclusión de la investigación o la de aplicar el principio de oportunidad? Como ya lo expresamos la Ley 906 del 2004, permite la Preclusión y dice que en cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión si no existiere mérito para acusar. Así mismo, el Artículo 332 de la 906 del

²⁰⁹ Sentencia C-095 de 2007. En <http://www.corteconstitucional.gov.co>

2004, enuncia las causales de Preclusión, entre las que encontramos que la causal segunda, contempla: “la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal. Continúa el Artículo 332 del CPP que la conducta es atípica, expresión que en este contexto se refiere a que la conducta no encuadra en el tipo, o más precisamente en el injusto típico, en sentido amplio, pues abarcaría todas las situaciones, y que conllevaría por supuesto a ausencia de responsabilidad penal. Luego agrega, que esté demostrada una causal excluyente de responsabilidad”²¹⁰. Como puede observarse del análisis de dicho artículo 332 resulta totalmente aplicable la preclusión de la investigación penal de un adolescente excombatiente cuando se obra coaccionado o bajo miedo insuperable, situación jurídica que también se extiende a otras causales del artículo 32 del código penal.

Finalmente, queremos insistir, que sin lugar a dudas, el principal aspecto a resaltar, de la aplicación de la preclusión de la investigación, evidentemente es el precepto constitucional que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable (inc. 4, art. 29, Constitución Política), porque cuando la acción penal se termina por demostrarse causales que excluyen la responsabilidad penal, la persona ha mantenido incólume su estado natural de inocencia, pues no medió sentencia condenatoria ejecutoriada sobre su responsabilidad penal, que es el acto procesal firme que de manera única destruye el estado natural de inocencia. Y si el estado natural de inocencia de la persona se mantiene, es trascendente, pues ello impide su etiquetamiento o denominación de delincuente, lo cual le permite desenvolverse dentro de la sociedad sin el peso de haber tenido que soportar una sentencia condenatoria; si las cosas no son fáciles contando con el estado natural de inocencia, son menos fáciles si no se cuenta con él. Siendo ello así, en términos generales podemos creer en que es bienvenido todo aquello que impida la estigmatización, pues se le cierra el paso a uno de los efectos destructores no declarados de la pena, como es el rótulo, la etiqueta, el letrero, la marca. Indiscutiblemente, con la aplicación de la preclusión el inculpado se beneficia porque no se destruye su estado natural de inocencia. Pero, cuando se aplica el principio de oportunidad, se tiene que se ha actuado al margen de la ley, tal como lo plantea el artículo 327 del C.P.P. su aplicación no podrá comprender la presunción de inocencia”²¹¹.

²¹⁰ Sandoval, Fernández Jaime, (2006). Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal, Colección de Pensamiento Jurídico, No. 25, Pág. 46

²¹¹ Artículo 327 C.P.P, en <http://www.fiscalia.gov.co>

RECOMENDACIONES: A MODO CONCLUSION

Son muchos los temas que pudimos haber tratado sobre adolescentes infractores de la Ley Penal en Colombia. No obstante, dada la naturaleza y el enfoque de este trabajo, optamos por tratar la problemática subyacente al reclutamiento forzado de los niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado del país. La pertenencia a estos grupos determina que el menor realice una serie de hechos delictivos que no sólo vienen a engrosar el nivel de la delincuencia juvenil en Colombia, sino que les causan efectos negativos que serán difíciles de superar. Nos encontramos, pues, ante menores con pocas posibilidades tanto de superación de sus traumas, como de reinserción social, en donde la violencia como parte de la acción política es asociada a la convicción real de que en el conflicto entre actores sociales y políticos, no existen oponentes con proyectos comunes, sino antagonistas irreconciliables, con proyectos excluyentes y pretensiones de dominación total, en donde, los diferentes conflictos que vive la sociedad colombiana, casi siempre desplazados hacia tratamientos violentos, tienen un trasfondo que no se puede olvidar, ni minimizar, porque es dentro de éste donde se originan, se reproducen y resuelven o agudizan.

Una sociedad autoritaria produce comportamientos autoritarios. Sin duda, la ideología de la intransigencia y la intolerancia, la de verse como únicos “portadores de la verdad”, ha orientado la conducta de los actores de la sociedad colombiana: los políticos armados o desarmados y los sociales a la tendencia histórica de resolver las insatisfacciones sociales y políticas con la violencia. Como prueba de ello, están la cantidad de hechos violentos confesados ante las distintas Fiscalías de Justicia y Paz por ex miembros de los distintos bloques y frentes de las AUC. Confesiones que han llevado también a concluir que nuestro conflicto armado, es un problema producto de factores como la pobreza, la falta de educación, el abandono estatal, las deficiencias socio-económicas en los núcleos familiares, caracterizado desafortunadamente dicho conflicto por una activa participación de menores, a pesar de las prohibiciones formuladas por las normativas de orden internacional y nacional. Los NNA continúan participando en las hostilidades y convirtiéndose, con gran frecuencia, en víctimas de crímenes de guerra, de lesa humanidad y de grandes violaciones contra los derechos humanos en general. Todos sufrimos igualmente las consecuencias del conflicto armado, la guerra se nos convirtió en una forma de vida y experimentamos las múltiples privaciones propias de los conflictos. Situación que conlleva a los NNA al ingreso voluntario a un grupo armado y se facilita, porque en gran medida esos menores viven circunstancias tales como, la descomposición social, la falta de valores, la falta de principios en las familias, acompañados de la pobreza, la miseria, entre otras carencias, las cuales facilitan el ingreso de los niños, niñas y adolescentes a los grupos armados al margen

de la ley; así como también influye la globalización neoliberal, como un fenómeno transversal que actúa como importante motor en el llamado conflicto estructural, en donde las relaciones excluyentes que han generado un estereotipo de sociedad de consumo, de narcotráfico y dinero fácil, hacen que surjan prioridades hacia la guerra y no hacia la educación.

Así mismo, la ausencia del Estado o la precariedad de su presencia, donde extensas zonas del país escapan del control del Gobierno, hace que se ejerza un control y dominio por parte de los grupos armados al margen de la ley. Planteamiento, que compartimos en palabras de María teresa Uribe, cuando expresa que la guerrilla, los paramilitares o la delincuencia, entran para darnos el derecho a la protección y seguridad, ante el abandono o carencia de dicha función por parte del Estado y no es que justifiquemos la existencia de estos grupos, pero en ese orden de cosas, en nuestra realidad, lo que el conflicto pone en juego son los derechos fundamentales de las personas, como la inviolabilidad del Derecho a la vida, los cuales, aunque consagrados institucionalmente, no son amparados por ninguno de los actores en disputa, razón por la cual, desafortunadamente dependemos de la protección y seguridad que sean capaces de brindarnos los diferentes aparatos de guerra que coexisten con el aparato estatal.

Las situaciones descritas, nos llevan a armonizar nuestra normatividad con la normatividad internacional relacionada con el tema de la vinculación de los menores a las filas de los grupos armados, reflejándose, tal necesidad en varios instrumentos jurídicos, como la convención internacional del niño, con lo que rechazamos de plano la posibilidad de incorporar menores de 18 años a grupos armados, así como, su protocolo adicional que proscribe la utilización de niños y niñas en las filas militares y policiales entre los 15 y los 18 años. No obstante, a estas prohibiciones las organizaciones al margen de la ley no respetan dicha convención y las cifras sobre niños desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley, resultan alarmantes; teniendo que acudir a procesos de desvinculación para dejarlos a disposición de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dirigido a los menores excombatientes, los cuales están orientados por dos situaciones políticas: La primera, la Política criminal que regula el proceso penal y en la política de atención social integral, brindada en parte por el ICBF en los centros del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Además, la política criminal que regula el proceso penal de estos adolescentes actualmente se ve orientado por el Principio de Oportunidad consagrado en el Código de Infancia y Adolescencia y el código de procedimiento penal, ya que se mira la vinculación del adolescente como producto de factores no voluntarios, que llevan a priorizar su condición de víctima y a perdonarle su condición de victimario. Así mismo, dicho código en su estructura dogmática incorpora los principios de protección integral, interés superior, prevalencia de los derechos, corresponsabilidad, exigibilidad de los derechos, perspectiva de género y responsabilidad

parental y en cuanto al tema de responsabilidad penal juvenil, plantea la responsabilidad penal de los menores, circunstancia que ha sido muy polémica, pero se ha superado con la Sentencia C-203 de 2005 de la Corte Constitucional, que fue acatada por los integrantes de la mesa de trabajo sobre Responsabilidad Penal para Adolescentes, según la cual los adolescentes que cometen delitos en Colombia, son a la luz de los tratados internacionales responsables penalmente por sus conductas. En ese contexto jurídico, la ley de infancia y adolescencia acogió y se sujetó al procedimiento penal vigente y a la Constitución Política, es decir, al procedimiento penal con tendencia acusatoria, en donde por orden de la sentencia citada se le definieron reglas especiales, teniendo en cuenta que debe ser un proceso específico y diferenciado atendiendo su calidad de sujeto de especial protección, pero concibiendo esta nueva normatividad al adolescente como imputable y de llegar a demostrarse su responsabilidad penal en conductas punibles, estará sujeto al régimen de responsabilidad penal juvenil, a diferencia del antiguo Código del Menor que estipulaba expresamente la inimputabilidad del menor de 18 años, en su artículo 165.

Así mismo, dicha norma dejó planteado que los menores de edad no pueden ser calificados como inimputables, simplemente por el hecho de ser menores, sino que la inimputabilidad obedece a la inmadurez psicológica, a los trastornos mentales, a la diversidad sociocultural de las personas y dejando claramente señalado que los menores son responsables penalmente de sus actos, pero que estarán sujetos a un sistema diferente al de la persona mayor de edad y esto además de tener lógica, obedece a normas internacionales que nuestro país ha ratificado, tal como el Artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño, en donde los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Por otro lado, atendiendo, que en el ámbito de la igualdad formal, todos los menores tienen en principio un estándar de derechos y garantías iguales o parametrizados, sin embargo, de conformidad con los instrumentos internacionales que regulan la temática, los menores de edad según el estado de desarrollo biológico deben ser tratados de manera diferente, ya que las medidas aplicables deben responder y garantizar en la medida posible el desarrollo del niño, y el tratamiento diferente depende de la madurez mental, emocional e intelectual del menor; pero además se demanda dicho tratamiento distinto si tienen o padecen alguna “alteración mental psicológica”, así mismo, juega un papel importante la pertenencia a una determinada cultura o etnia, esto es, el reconocimiento a su propia identidad cultural. Pero esto se traduce en una discriminación positiva, la cual recoge en su artículo 12 nuestro código de Infancia y Adolescencia como necesaria para poder alcanzar la equidad. Este

argumento, nos obliga a entender la existencia de un sistema diferencial en el tratamiento de la imputabilidad del menor de edad, atendiendo a la falta de madurez física, mental, espiritual, moral y social entre un menor y otro, a la capacidad de formarse un juicio propio, de emitir opiniones en función de su edad y madurez, es decir, que resulta necesario la aplicación de un tratamiento jurídico diferencial y gradual atendiendo especiales características. Así, se tiene que, nuestro sistema de responsabilidad penal para los menores, establece un tratamiento jurídico diferencial en caso de infracción a las leyes penales, teniendo en cuenta entre otros factores, la edad del niño y el adolescente, dejando claro, en cada caso, si tienen capacidad o no tienen capacidad para infringir las leyes penales, por ejemplo para los niños y niñas hasta los Doce (12) años y Adolescentes entre los doce (12) y catorce (14) años, están excluidos del sistema de responsabilidad penal juvenil y por tanto las medidas aplicables cuando un menor entre esta edad infringe la ley, no implica juzgamiento, ni declaratoria de responsabilidad penal, aplicándose en consecuencia, medidas típicamente administrativas, tal como lo establece el Código de Infancia Adolescencia. De acuerdo, a dicha norma sin importar ninguna otra condición, como lo social, lo cultural o alguna alteración mental del menor, sino simplemente la inmadurez mental, emocional e intelectual que se considera que tienen las personas menores de 14 años, no pueden ser declaradas responsables penalmente, es decir están excluidas del sistema de responsabilidad penal juvenil, por el solo hecho de no haber cumplido los 14 años, atendiendo que se supone su inmadurez.

Los Mayores de 14 años y menores de 16 años, dichos adolescentes, atendiendo que su madurez, su grado de desarrollo psicológico y mental es mucho menor que la de un adolescente entre 16 y 18 años, si bien no se les excluye su capacidad de culpabilidad, sus conductas tienen un menor grado de exigibilidad, frente a la de los adolescentes entre 16 y 18 años, pero sin lugar a dudas son personas sujetas al sistema de responsabilidad penal juvenil, tal como lo establece el código de Infancia y Adolescencia. Finalmente, los mayores de 16 años y menores de 18 años: son los adolescentes que se encuentran cercanos al sistema estándar de responsabilidad penal de adultos, ya que estos pueden cometer delitos y ser eventualmente declarados responsables de haber infringido la ley penal y ser sometidos a sanciones penales especiales y diferenciadas. Encontrándonos, que los otros factores que llevan a la no responsabilidad penal del niño, niña y adolescente que a pesar de tener 14 años, es considerado que se encuentra en inferioridad de condiciones síquicas para poder auto determinarse son: la discapacidad psíquica o mental, las razones culturales o étnicas, tal como lo contempla el código de infancia y adolescencia.

Teniendo claro, quienes son NNA inimputables por razones de edad y quiénes lo son por motivos de discapacidad mental o étnica, podemos inferir que en dichas categorías no aparece señalado que el niño, la niña o el adolescente que cometió conductas típicas, antijurídicas y culpables con ocasión a la pertenencia a grupos organizados al margen de la

ley estén por fuera del sistema de responsabilidad penal juvenil y por el contrario al no encontrar dicha prohibición es claro que tienen que ser juzgados o judicializados y si eventualmente resultan declarados responsables de haber infringido la ley penal, deben ser sometidos a sanciones penales especiales y diferenciadas. Pero, dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección y la complejidad de algunas conductas criminales para combatir la impunidad, se ha hecho necesario adoptar políticas con las que pueda contar el estado para responder al crimen organizado, implementándose una herramienta jurídico-política que le permita, al parecer hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicios sociales, con el fin de garantizar los intereses sociales del Estado. En concordancia con lo anterior se estableció facultades y funciones especiales para que la Fiscalía General de la Nación, dando un cambio en el sistema procesal penal colombiano pudiera implementar o aplicar el principio de oportunidad, el cual consiste en determinar si de acuerdo con razones de política criminal, sobre determinada conducta se debe ejercer o llevar a cabo la acción penal, es decir, no adelantar un proceso penal en contra de alguien, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia de la acción penal que en el enjuiciamiento de dicha persona. Más precisamente 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, sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías y su aplicación, requiere que los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenida sustenten los presupuestos fácticos de cada causal que contempla el artículo 324 del C.P.P., para que sean dichas causales las que lleven al fiscal a calificar la conducta como de mermada significación jurídica y social, que lo lleven a pensar que el sujeto activo sufrió grave perjuicio físico o moral y por ende tomar la decisión de prescindir o renunciar de la acción penal.

Pero, el principio de oportunidad en su real sentido, es decir, como criterio de pura política criminal y atendiendo principalmente su aplicación en los procesos penales iniciados en contra de los adolescentes, en los casos que establece la ley de infancia y adolescencia, se plantea que a pesar de existir la facultad de adelantar una investigación penal para hallar la verdad de los hechos, se estructura una necesidad basada en “la carencia de importancia de la sanción”, la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible, causal que se refiere a los denominados “delitos bagatela”, y “la existencia de problemas sociales más significativos”; criterios que aunque están regulados por la ley de manera taxativa, tienen una naturaleza que le es propia a los lineamientos de la política criminal del Estado, entre otros, el derecho penal mínimo y el carácter fragmentario del derecho penal.

En donde, la aplicación de dicho principio se traduce en no buscar la verdad de las conductas punibles y en generar impunidad penal, no obstante que existen elementos de prueba que permiten inferir la estructura del delito y la autoría o participación de la persona; entonces lo que fundamenta su aplicación es minimizar la aplicación del derecho penal, la aparente búsqueda de una solución al parecer más humana, proteger a la víctima de una segunda victimización, lo que podríamos denominar criminología de la tolerancia, en fin, la aplicación de los conceptos básicos que pueden llevar a la convivencia pacífica, pero que no aseguran justicia para la víctima de crímenes atroces. Además, resulta ilegal, renunciar a la persecución penal, cuando se está frente a ciertas conductas, que establece taxativamente el parágrafo 3 del artículo 324 del C.P.P, el cual plantea que no se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. Es por ello que esa finalidad de la política criminal con la aplicación del principio de oportunidad de Descriminalización, frente a la ocurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podría causar la imposición de una pena, podemos decir que tratándose de conductas cometidas con ocasión la pertenencia a un grupo armado muy difícilmente pueden catalogarse de insignificantes o de poco bagaje porque tenemos un histórico conflicto armado interno lleno de opresiones, humillaciones y barbaries.

Entonces, no puede tan fácil y folclóricamente renunciarse a la investigación penal, mediante la aplicación del principio de oportunidad, si con dicha medida vulneramos derechos y principios de las víctimas. Sin duda, debemos apuntarle fundamentalmente al encuentro con la verdad, lo que nos lleva a afirmar que no puede darse un proceso de desmovilización, seguido de un proceso transicional sin conocer la verdad frente a todos aquellos que individual y colectivamente permitieron que el ejercicio de la violencia se mantuviera, incluyendo a los adolescentes y por ende excluirlos de estos procesos aplicándoles “La Oportunidad” como Principio Fundante conlleva a la impunidad y al desconocimiento de la verdad de los hechos punibles que cometieron con ocasión a la pertenencia a grupos armados al margen de la ley. Planteamiento, que esboza la comunidad internacional, cuando admite que la justicia transicional es una forma especial de administración de justicia para situaciones de tránsito a la paz, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban en todo caso, algún tipo de sanción. Así mismo, para la Corte Constitucional, los fines de una justicia transicional son específicos y muy distantes de aquellos que persigue la administración de justicia ordinaria, en donde resulta arbitrario introducir dentro del modelo de justicia orientado a desarrollar la política criminal del

Estado, un elemento que excluye a ciertos sujetos del ámbito de la justicia y justificar tal exclusión con un discurso de justicia hacia la paz resulta un foco de impunidad.

Entonces, aplicar principio de oportunidad, tratándose de desmovilizados de grupos armados no respeta los límites constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad, sin lugar a dudas, configura una medida que desborda la filosofía, los propósitos y el alcance del principio de oportunidad previsto en el artículo 250 de la Constitución Política, como una manera excepcional de renunciar, interrumpir o suspender la acción penal, dentro de un modelo de justicia ordinaria, regido por el principio de legalidad, en donde, si bien es cierto que el legislador goza de una amplia potestad legislativa para regular la aplicación del principio de oportunidad, no puede esa potestad pasar por encima de los compromisos internacionales y debe respetarse los límites constitucionales al momento de configurar las causales que permitan la aplicación de dicho principio. Límites que han sido precisados en la sentencia C-095/07, a saber: la vigencia de un orden justo; la dignidad humana, en cuanto debe respetar los compromisos internacionales en materia de acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos y la reparación a las víctimas de graves violaciones, entre otros.

Por otro lado, el artículo 175 del CIA, plantea así mismo, la posibilidad de que la fiscalía renuncie a la investigación penal, si el adolescente incurrió en conductas típicas, relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas, pero sometido por ejemplo a 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 lógica, 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 donde no se hace el mínimo esfuerzo por investigar las conductas cometidas por el adolescente con ocasión a la pertenencia al grupo armado, que de tratarse de violaciones graves al derecho internacional humanitario o de crímenes de lesa humanidad no pueden dejarse impunes y mucho menos pasadas por alto con medidas o políticas públicas como el principio de oportunidad. De igual forma, establece el artículo 175 del C.I.A, la aplicación del principio de oportunidad para aquellos adolescentes desmovilizados del conflicto que no estaban en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social, es decir, que frente a NNA cercanos a las manifestaciones del conflicto armado, la fiscalía podrá renunciar a la persecución de la acción penal; causal que nos lleva a pensar, en adolescentes rodeados de actos de violencia en su hogar, adolescentes que les toca experimentar en su entorno actos de violencia severa, en donde quizás les toque presenciar tomas armadas, masacres, desplazamiento forzado, presenciar amenazas hacia sus familiares y sobra decir cómo

influye si el adolescente tiene familiares en algún grupo armado ilegal. En circunstancias así, asumimos que para ellos el olvido estatal los llevó a crecer creyendo y a estar totalmente convencidos de que un grupo armado ilegal era la única forma de establecer el orden entre ellos; y no se puede negar que en algunos lugares en donde se convive en medio de la pobreza, el desempleo, el hambre, el ocio, cero oportunidades de estudio, mucho menos manifestaciones culturales, en fin medio de múltiples condiciones de vulnerabilidad y sobre todo de olvido estatal, es muy difícil, casi que imposible que los NNA de esas poblaciones orienten su vida a buenas formas de participación social. Entonces, los aspectos aquí esbozados serán los mismos que nos lleven a plantear, que se trata evidentemente de causales de ausencia de responsabilidad penal las que concurren en dichos adolescentes y por ende su exclusión o la aplicación de la renuncia por parte de la fiscalía debe darse porque indiscutiblemente falta un elemento de la teoría de la conducta punible para que llegue a establecerse responsabilidad penal a dichos adolescentes.

Ahora bien, los supuestos facticos contemplados en el numeral 4 del artículo 175 del CIA, como causales de aplicación del principio de oportunidad en los procesos de los adolescentes desmovilizados del conflicto interno armado son verdaderas causales de ausencia de Responsabilidad Penal planteadas en el artículo 32 del código penal, es decir, que las causales enunciadas ahí enunciadas: Constreñimiento e Insuperable coacción ajena, excluirían la responsabilidad penal del adolescente por ser verdaderas causales de inculpabilidad incluidas en las denominadas causales de ausencia de responsabilidad penal, contempladas en el código penal y bajo toda circunstancia es jurídicamente más benéfico, no solo para el adolescente, sino para cualquier persona excluirlo de la responsabilidad penal y por ende de la sanción penal, bajo los argumentos fácticos y jurídicos del artículo 32 del código penal, que aplicarle principio de oportunidad, atendiendo que con la aplicación del principio de oportunidad, no se desvirtúa el principio de inocencia y se deja a una víctima a la espera de la verdad de unos hechos, además se debe estar seguro que la persona cometió una conducta típica y antijurídica, es decir, que se es autor o participe de un delito, mientras que en las causales de ausencia de responsabilidad penal, no se renuncia a la acción penal, sino, que se justifica la realización de la conducta, no se actúa con culpabilidad o la conducta es atípica. Orientación esta última que está más acorde al concepto de NNA como sujetos no únicamente de derechos, sino de deberes y obligaciones.

Al analizar este numeral cuarto, que contempla varias causas, encontramos que cuando el adolescente actúa en el grupo al margen de la ley bajo circunstancias de fuerza, amenaza, coacción, innegablemente se le debe excluir de responsabilidad penal, teniendo en cuenta que la afección de la voluntad del adolescente alcanza la condición de insuperable, lo cual afecta la exigibilidad de una conducta adecuada y, por tanto, la solución no será la de aplicar la figura del principio de oportunidad, sino de solicitar la preclusión de la investigación, en tanto, ya no se tiene un comportamiento que revista todos los elementos

del delito, ya que se actúa bajo miedo Insuperable o “Insuperable coacción ajena”, causal de ausencia de responsabilidad penal en el marco de la exculpación, que excluye obviamente la culpabilidad de la conducta, porque a pesar de obrarse conscientemente, no se obra con voluntad.

Entonces, es claro, que en los eventos de fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento, el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento por ausencia de responsabilidad penal, pues como lo señala el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, no habrá lugar a responsabilidad penal, entre otras causales: cuando se obre bajo insuperable coacción ajena o se obre impulsado por miedo insuperable. Y establecer que se constituye una causal de ausencia de responsabilidad penal, no produce los mismos efectos que aplicar el principio de oportunidad; situación que tiene una relevancia en cuanto al Principio constitucional de Inocencia, pues cuando se renuncia a la persecución penal y se aplica principio de oportunidad, es porque se ha medianamente demostrado o probado que el adolescente es autor o participe de una conducta típica, antijurídica y culpable, en donde, no se puede desvirtuar el principio de inocencia; pero cuando se decide no responsabilizar al adolescente considerando la aplicación de una de las causales de ausencia de responsabilidad penal, es porque se está estableciendo que la conducta es atípica, que la conducta se justifica o que existe inculpabilidad y por ende no hay delito, se es inocente. Es decir, que la decisión de precluir la acción penal guarda relación con aspectos constitucionalmente importantes: constituye un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, porque aunque se trate de una decisión en principio favorable al implicado, el mencionado principio de oportunidad, no tiene el mismo alcance de una preclusión, pues mientras en la preclusión se parte de que no hubo conducta punible, en el primero se asume que el ciudadano ha actuado al margen de la ley y su aplicación no comprende la presunción de inocencia y solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. Así tenemos que la decisión del Estado no es por el desbalance, sino en atención a que la respuesta o persecución penal no es la más adecuada para resolver el conflicto, en otras palabras, se intenta dentro del mismo modelo resolver el conflicto, en delicado equilibrio entre víctima y victimario, queriendo encontrar una salida en la resolución del conflicto, en donde se debe además velar por los derechos de las víctimas, tal como lo ha resaltado la Corte Constitucional manifestando que los derechos del afectado deben ser considerados cuando se aplique cualquiera de las causales del principio de oportunidad y no solo en aquellas en que la indemnización a la víctima es consagrada como requisito.

Indiscutiblemente la salida más benéfica para el adolescente, si este incurrió en principio en conductas típicas relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas, pero sometido, por ejemplo a coacción o miedo insuperable, es la preclusión, ya que no existe mérito para acusar. Atendiendo lo planteado en el Artículo 332 del CPP, que enuncia ente

las de Preclusión, la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal, es decir, que en los eventos de fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento, el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento por ausencia de responsabilidad penal, pues como lo señala el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, no habrá lugar a responsabilidad penal, entre otras causales, cuando se obre bajo insuperable coacción ajena o se obre impulsado por miedo insuperable. Podría pensarse que establecer que se contempla una causal de ausencia de responsabilidad penal, produce los mismos efectos que aplicar el principio de oportunidad; situación que tiene una relevancia en cuanto al Principio constitucional de Inocencia, pues cuando se renuncia a la persecución penal y se aplica principio de oportunidad, es porque medianamente se ha demostrado o probado que el adolescente es autor o participe de una conducta típica, antijurídica y culpable, en donde, no se puede desvirtuar el principio de inocencia; pero cuando no se responsabiliza al adolescente considerando la aplicación de una de las causales de ausencia de responsabilidad penal, es porque se está estableciendo que la conducta es atípica, que la conducta se justifica o que existe inculpabilidad y por ende no hay delito y se es inocente.

Concluimos, resaltando el principal aspecto de aplicar la preclusión de la investigación, que evidentemente es el precepto desarrollado por el inciso 4 del artículo 29 de la constitución nacional, que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable, porque cuando la acción penal se termina por demostrarse causales que excluyen la responsabilidad penal, la persona ha mantenido incólume su estado natural de inocencia, pues no medió sentencia condenatoria ejecutoriada sobre su responsabilidad penal, que es el acto procesal firme que de manera única destruye el estado natural de inocencia. Y si el estado natural de inocencia del adolescente se mantiene, es trascendente, pues ello impide su etiquetamiento o denominación de delincuente, lo cual le permite desenvolverse dentro de la sociedad sin el peso de haber tenido que soportar una sentencia condenatoria; si las cosas no son fáciles contando con el estado natural de inocencia, son menos fáciles si no se cuenta con él. Siendo ello así, en términos generales es bienvenido todo aquello que impida la estigmatización, pues se le cierra el paso a uno de los efectos destructores no declarados de la pena, como es el rótulo, la etiqueta, el letrero, la marca. Indiscutiblemente, con la aplicación de la preclusión el adolescente se beneficia porque no se destruye su estado natural de inocencia. Pero, cuando se aplica el principio de oportunidad, se tiene que se ha actuado al margen de la ley, tal como lo plantea el artículo 327 del C.P.P y su aplicación no podrá comprender la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFIA

Libros y Artículos consultados

1. Agudelo Betancur, Nodier, (1984) “Inimputabilidad y Responsabilidad Penal”, Temis, Bogotá.
2. Agudelo Betancur, Nodier (2001) “La Defensa Punitiva en el nuevo código penal”, Medellín, Ediciones Nuevo foro,
3. Alonso Espinal, Manuel, (2007) “Parapolítica, La Ruta de la Expansión paramilitar y los acuerdos políticos”, Corporación Nuevo arco Iris, 2007.
4. Andrade, Salazar José Alonso. “Mujeres y niños, las víctimas del Desplazamiento Forzado”. En: www.revistaorbis.org.ve
5. Aponte Cardona, Alejandro (2010) “Persecución penal de Crímenes Internacionales, Dialogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional”, Konrad Adenauer y Pontificia Universidad Javeriana.
6. Bacigalupo Zapater, Enrique, (1999) “Principio de culpabilidad e individualización de la penal”, en Nuevo código penal presuuestos y fundamentos, Editorial Comares.
7. Bacigalupo, Enrique (1983) “Delito y punibilidad”. Editorial Civitas. Madrid.
8. Barata, Alessandro, (2004) “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, Siglo XXI Editores, Avellaneda-Argentina.
9. Bedoya, Sierra Luis Fernando; Guzmán Díaz Carlos Andrés y Vanegas Peña Claudia Patricia, (2010) “Principio de Oportunidad – Bases conceptuales para su aplicación”, Departamento de Justicia de Estados Unidos – Fiscalía General de la Nación, Bogotá.
10. Beloff, (1998) “El sistema de justicia penal y la doctrina de la protección integral de los derechos del niño”, en Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 6, Núm. 8, Abril.
11. Briceño León, R. (2009) “Violencia, sociedad y justicia en América Latina”. (1era. Ed.). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Citado por, Machado Jesús y Guerra José Gregorio, en “Investigación sobre violencia en las escuelas”, Centro Gumilla.
12. Cardona, Diego; Duarte, Ivonne y Jiménez, Nathaly, (2007) “La estrategia de seguridad nacional de Estados Unidos en la administración Bush: una lectura desde América Latina”, en: Alonso, Manuel, “Parapolítica, La Ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos”, Corporación Nuevo Arco Iris.

13. Carnelutti, Francesco, (1981) “Principios del proceso penal”, Traducción de Santiago Sentis Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires.
14. Centro de Investigación y Educación Popular / Programa por la Paz -CINEP/PPP- (2012), “Informe especial: Conflicto armado en Colombia, durante 2011” Programa por la Paz, Junio.
15. Cepeda Espinosa, Manuel José (2006) “la responsabilidad penal de los menores de edad. Tratamiento jurídico de los menores combatientes”. Corte Constitucional, Editorial Leyer.
16. Comisión Inter eclesial de Justicia y Paz (2005) “Informe de la CIDH sobre la desmovilización paramilitar en Colombia”. Viernes, 16 de septiembre.
17. Comisión Colombiana de Juristas, (1997) “Colombia, derechos humanos y derecho humanitario: 1996”, Bogotá.
18. Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- (2004), Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, OEA/Ser. L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre.
19. Defensoría del Pueblo y UNICEF, (2002) “La niñez en el conflicto armado colombiano” Boletín: la niñez y sus derechos. No. 8, Diciembre.
20. Defensoría del Pueblo (2008) “Campaña Humanitaria No más Niñez y Adolescencia Reclutada”. En: <http://www.defensoria.org.co/red/avisos/sat2.php#tab2>.
21. Díaz, Colorado Fernando, (2007) “Proceso de paz y su consecuente finalización”, 10 de Abril.
22. Doncel, Marcela, (2008) “ICBF- también un hogar para las víctimas del conflicto”. 3 de Marzo. En acceso directo al Periodismo Universitario: <http://www.newsmatic.e->
23. Dworkin, Ronald, (1984) “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona.
24. Dutli, Maria Teresa, (1990), en Revista Internacional de la Cruz Roja, “Niños Combatientes Prisioneros” No 101, septiembre a octubre.
25. Estrada, Vélez, (1986) “Derecho Penal”, Parte General, Bogotá.
26. Fenech, Miguel, (1959) “Derecho Procesal Penal”, Volumen I, Tercera Edición, Editorial Labor S. A., Barcelona.
27. Ferrajoli, Luigi “Derecho y Razón”, Trota Madrid, 1995, Págs. 91, 110 y 490.
28. Fernández Carrasquilla Juan, Jaime Sandoval Fernández y otros (2005) “Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía”, Editorial Leyer.
29. Galán, Juan Manuel, (1998) “El Rojo de Galán: nueva manera de hacer política”, Bogotá, Ediciones Planeta.
30. García Méndez, Emilio, (1992) “Para una Historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social, Chile.
31. García Méndez, Emilio, “Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia”, en www.unicef.org.co/Ley/AI/09.pdf.

32. García, Méndez, Emilio, (2002) “Niñez y Conflicto armado, desde la Desmovilización hacia la Garantía Integral de Derechos de Infancia”, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho - Cátedra Ciro Angarita por la Infancia. Memoria anual.
33. Giraldo, Juan Fernando (2005) “Colombia en Conflicto Armado?: 1946-1985”. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Pontificia Universidad Javeriana. En: <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/colombia.pdf>.
34. Gómez, Gómez, Jesús Alberto, (2005) “La Estructura de la Conducta y la Imputación Objetiva”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Segunda parte.
35. Gómez, Pavajeau, Carlos Arturo, (2000) “Constitución, derechos fundamentales y dogmática”, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá.
36. Gómez, Pavajeau, Carlos Arturo, (2003) “Estudios de Dogmática en el nuevo Código Penal”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Segunda parte.
37. Gómez, Jiménez Mario, (2008) “Reinserción, Desmovilización y juventud”, en el Informe de avance del estudio de la Fundación Restrepo Barco, Julio.
38. Gómez Pavajeau, Carlos A (2007) “La Oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia”, Ediciones Nueva Jurídica.
39. Guzmán Campos German, Fals Borda, Orlando y Umaña Luna Eduardo (2010) “La Violencia en Colombia”. Ed. Punto de lectura, Tomo I - II, Julio.
40. Heller, Yves, (2009) “Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja CICR”. En Tele Sur. 15 de Abril.
41. Hoyos Salazar, Federico, “¿Percepción o retroceso? Política de seguridad del gobierno Santos enciende el debate” Por: Andrea Forero Aguirre. En entrevista al Diario el Espectador. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articulo-324944-politica-de-seguridad-del-gobierno-santos-enciende-el-debate>. Consultado, Febrero 5 del 2012.
42. Human Rights Watch, (2003) “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”, septiembre. En: <http://www.hrw.org>
43. Ibáñez, Guzmán, Augusto, (2005), “El principio de Oportunidad”, en Revista Universitas, Febrero 28.
44. Lebrero Baena, María Paz. “Especialización del profesorado de educación infantil (0-6 años)”, Módulo 1-1, Capítulo: El niño, sujeto de aprendizaje: todos iguales y todos diferentes. En: <http://www.waece.com/>
45. Linares Cantillo Beatriz, Quijano Pedro (2006) “Nueva Ley para la Infancia y la Adolescencia en Colombia”, Organización Internacional de Migrantes –OIM- y Alianza por la Niñez Colombiana. Antecedentes.

46. Mariño Rojas, Cielo, (2005) “Jóvenes Desvinculados del Conflicto armado”, en: *Violencia contra Jóvenes*, Capítulo III, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Noviembre.
47. Mejía A. Jean Carlo (2005) "Los niños de la Guerra". *Revista Derechos y Valores del CIDER*. Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Indexada internacionalmente en Redalyc, Latindex, Dialnet. Volumen VIII, Edición nº 15. Enero – Julio. Versión digital en www.umng.edu.co.
48. Melo Jorge Orlando, (2002) “Colombia es un Tema”, Publicado en el libro de Adolfo Chaparro Amaya, ed., *Cultura Política y Perdón*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario.
49. Ministerio del Interior y de Justicia. “Resolución 1707” del 10 de Julio de 2006. Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co>
50. Ministerio de Educación Nacional. “Resolución 2620 “, 01 de Septiembre de 2004.
51. Ocampo Duque, Francisco Javier, (2005) “Pensamientos, emociones y conflictos, Cómo se vive el conflicto desde la mente, las emociones, las razones y el contexto”, en *Tratamiento de conflictos*, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Departamento de Sociología, Universidad de Antioquia, Medellín.
52. Oquist, Paul. (1978) “Bases Urbanas de la violencia en Colombia”, citado por el Instituto de Estudios Colombianos, Bogotá, en: conflictoarmado@hispanista.com
53. Ordas, García Nohemí, (2008) “Conflicto y Violencia cultural en Colombia”. Corporación Correcaminos. Bogotá.
54. Pabón Parra, Pedro Alfonso (2007) “comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes”. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá.
55. Pecaú, Daniel. (1987) “Orden y Violencia”, Bogotá: Siglo XXI editores.
56. Pecaú, Daniel (2001) “Guerra contra la sociedad”, Bogotá: Siglo XXI editores.
57. Poveda Perdomo, Alberto, “Aproximación al estudio del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia colombiana”, en: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/aproximacion-al-estudio-del-principio.html>
58. Procuraduría General de la Nación, UNICEF (2006) “Lineamientos jurídicos y administrativos del Estado colombiano para la atención a los niños, niñas, y adolescentes desvinculados del conflicto armado”. Bogotá: Gente Nueva.
59. Resoluciones 1261 de 1999, 1314 del 2000 y 1460 del 2003 del Consejo de Seguridad de la ONU.
60. Roxin Claus, (1997) “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, *Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas S.A.
61. Sandoval, Fernández, Jaime, (2003) “Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal”, *Revista de Derecho penal*, Universidad del Norte.

62. Sandoval Fernández, Jaime y Abello Gual, Jorge, (2006) “La Corte Penal Internacional y la salida negociada al conflicto armado”, en Revista de Derecho, No. 25 de Julio de 2006.
63. Sandoval, Fernández, Jaime, (2007) “Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal”, Colección de Pensamiento Jurídico, No. 25, Editado por: La Procuraduría General de la Nación de Colombia.
64. Sarmiento Santander, Gloria (2008) “Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes”, Imprenta Nacional de Colombia, Diciembre.
65. SENA, (2009) “Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano”. 24 de Enero. En <http://observatorio.sena.edu.co/especiales.html>
66. Sotomayor, Juan, (1996) “Inimputabilidad y Sistema Penal”, Temis, Bogotá.
67. Turizo David, (2009) “Los rostros ocultos del proceso de DDR de las AUC: niñas, niños y adolescentes”, En: el Boletín No. 11 de la Comisión Nacional de reparación y Reconciliación, Diciembre. Disponible en: <http://www.cnrr.gov.co>
68. Unicef y La Procuraduría General de la Nación, (2009) “La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los planes de desarrollo departamentales y municipales para el 2004”, disponible en: <http://www.universia.net.co> - Universia Colombia, Generado: 6 de Mayo.
69. Uribe, María Teresa (2001) “Nación, ciudadano y soberano”, Medellín, Corporación Región, 2001.
70. Velásquez, Velásquez Fernando, (2007) “Derecho Penal”. Parte General, Segunda edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1995. Citado por: Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, “La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia”, Ediciones Nueva Jurídica.
71. Vicepresidencia de la República, Observatorio de Derechos Humanos y DIH, (2008) “Indicadores sobre Derechos Humanos y DIH Colombia” Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio_de_DDHH/documentos/Indicadores/obs_indicadores_dic2008
72. Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro (2000) “Derecho Penal Parte General” Editorial Ediar, Buenos Aires.
73. Zafaroni, Eugenio Raúl, (2002) “Derecho Penal”, Parte General, Ediar.

Normas Jurídicas

1. Declaración de los Derechos del Niño. En: <http://www.juridicas.unam>
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: <http://www.juridicas.unam>
3. Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional II de 1977. En: <http://www.icrc.org>

4. Código de Infancia y Adolescencia. Editorial Leyer, 2008.
5. Código de Procedimiento Penal. Editorial Leyer, 2011.
6. Código Penal. Editorial Leyer, 2011.
7. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de Niños en los Conflictos Armados. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

Audiencias en materia Penal

1. Audiencia de Versión libre de Rodrigo Tovar Pupo, alias Jorge 40, ex comandante del Bloque Norte de las AUC. Julio 5 de 2007, minuto 09:56:54.
2. Audiencia de Versión libre de José Gregorio Mangonez Lugo, alias Carlos Tijeras, ex comandante del Frente William Rivas del Bloque Norte de las AUC. Diciembre 5 de 2009.
3. Audiencia de Legalización de Cargos de Postulados a la Ley de Justicia y Paz. Informe de Tobón Alonso (Investigador del Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos - CERAC), sesión de la tarde del 8 de febrero de 2010, minuto 10:27:19.
4. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Fiscal: Jaramillo Rivera, Deisy. Audiencia de Legalización de Cargos de 4 Postulados a Ley de Justicia y Paz del Bloque Norte de las AUC. Bogotá, Febrero, 2010.
5. Juzgado de Menores de Valledupar, Dra. Rosario Villalobos Camacho y Defensora de Familia, Dra. María Soraya Quiroz. En entrevista dada a la investigadora y autora de esta Tesina. Valledupar (Cesar), Febrero del 2010.

Sentencias Consultadas en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

1. Corte Constitucional, Sentencia C-118 de 2008.
2. Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2007, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

3. Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel Cepeda Espinoza
4. Corte Constitucional, Sentencia C-988 del 2006.
5. Corte Constitucional, Expediente D-8131. Sentencia 936 de 2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
6. Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.
7. Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001.
8. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1995.
9. Corte constitucional, Sentencia T-269 de 2002.
10. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1995.
11. Corte Constitucional, Sentencia C-626 de 1996.
12. Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentarías.
13. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Magistrada Ponente: Lester María González Romero. Radicación: 110016000253-200681366. Postulado: Edgar Ignacio Fierro Flores. Procedencia: Fiscalía 03 Unidad Nacional de Justicia y Paz. Decisión: Sentencia. Bogotá D.C., Diciembre 7 de 2011.

Páginas y Links de internet consultados:

1. <http://www.reiniciar.org>
2. <http://www.fiscalia.gov.co>
3. <http://www.portafolio.co.com>
4. <http://www.codhes.org>
5. <http://www.semana.com>
6. <http://www.unnicedf.org/colombia>.

7. <http://www.caracol.com.co>, “La Corrupción en Colombia se da en todas las ramas del poder público”, Julio 26 de 2010.
8. http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10713660.html. El Tiempo, “Juan Manuel Santos, el hombre que tiene en jaque a la guerrilla”, Noviembre 5 de 2011.
9. <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/francia-y-espana-condenan-los-tres-cruelles-atentados-perpetrado-por-las-farc/20120203/nota/1617467.aspx>. Caracol Noticias, “Actos de violencia registrados los días 1 y 2 de febrero del 2012, a causa de la explosión de artefactos en los departamentos de Nariño, Tolima y Cauca”. Febrero 3 de 2012.
10. <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-267421-santos-reconoce-conflicto-armado-y-uribe-controvierte>. El espectador, “Ley de Víctimas”, Mayo 4 del 2011.
11. <http://www.wltiempo.com/justicia/articulocartasdepaz2>. El Tiempo, “Cartas de Paz”, Enero 28 de 2012
12. <http://www.polodemocratico.net/Colombia-entre-la-desigualdad-y-la-esperanza>. Partido Polo Democrático, “Colombia, entre la desigualdad y la esperanza”, Marzo 20 de 2007.