

EL RECLUTAMIENTO ILEGAL DE LOS MENORES
EN COLOMBIA Y SU RESPONSABILIDAD PENAL
DENTRO DEL CONFLICTO ARMADO

ILLEGAL RECRUITMENT OF CHILDREN IN
COLOMBIA AND CRIMINAL LIABILITY IN THE
ARMED CONFLICT

RECRUTEMENT ILLÉGAL D'ENFANTS EN
COLOMBIE ET LA RESPONSABILITÉ PÉNALE
DANS LE CONFLIT ARMÉ

Fecha de recepción: 26 de noviembre de 2014
Fecha de aprobación: 5 de febrero de 2015

Ronald Floriano-Escobar¹

¹ Candidato a Doctor de la Universidad Santo Tomás
Bogotá.

Resumen

El presente documento es resultado de un estudio analítico sobre las principales discusiones y reflexiones desarrolladas en torno a la problemática del reclutamiento forzado de menores en Colombia, identificando como eje de cuestionamiento central, el debate sobre la defensa u oposición a la criminalización y al reconocimiento de la responsabilidad penal de los menores reclutados por los actores armados en conflicto, y posteriormente desvinculados del mismo.

Palabras Clave

Víctimas, reclutamiento forzado de menores en Colombia, responsabilidad penal de los menores, actores armados en conflicto colombiano, infancia y adolescencia, diálogos de paz, ley de justicia y paz.

Abstract

This document is the result of an analytical study on the main discussions and reflections developed around the problem of forced recruitment children in Colombia, identifying as central axis of questioning, the debate over the defense or opposition to the criminalization and to the recognition of the criminal responsibility of children recruited by the armed actors in the conflict, and subsequently disconnected from it

Keywords

Victims, forced recruitment of children in Colombia, criminal responsibility of minors, armed actors in the Colombian conflict, childhood and adolescence, peace talks, justice and peace law.

Résumé

Ce document est le résultat d'une étude analytique sur les principales discussions et réflexions développées autour du problème de recrutement forcé d'enfants en Colombie, identifié comme axe central de l'interrogatoire, le débat sur la défense ou de l'opposition à la criminalisation et la reconnaissance des responsabilités pénales des mineurs recrutés par les conflits armés, et par la suite détachés des mêmes acteurs.

Mots clés

Les victimes, recrutement forcé d'enfants en Colombie, la responsabilité pénale des mineurs, les acteurs armés dans le conflit colombien, enfance et l'adolescence, les pourparlers de paix, la justice et le droit de la paix.

I. INTRODUCCIÓN

Y como se expresa en el contexto internacional del apartado de *Exposición de motivos* de la ley 833 de 2003¹, en el momento histórico actual, las y los niños de cerca de 50 países del mundo “sufren en medio del conflicto armado y, en el periodo posterior, unos mueren y otros quedan huérfanos. Otros son mutilados, desarraigados de sus hogares, violados y objeto de otros abusos sexuales, son privados de educación y atención médica, explotados como niños soldados y quedan marcados por graves traumas emocionales.”

Estas afirmaciones, permiten dar cuenta, de manera sintética, de un panorama humanitario crítico frente a la protección y garantía de los derechos de las y los niños en contextos del conflicto armado, a escala mundial, en los cuales, claramente, Colombia no constituye una excepción.

Teniendo como eje de delimitación analítica de esta problemática, entre muchas otras, una primera revisión del estado de la cuestión respecto de la responsabilidad penal de menores desvinculados del conflicto; se presenta este documento de trabajo cuya estructura desarrolla en el primer aparte una contextualización y ubicación general de la problemática del reclutamiento forzado de menores a nivel internacional y nacional; para continuar con un segundo bloque que estudia la responsabilidad estatal en el tema; en tercer lugar, se presentan los debates a favor y en contra de la criminalización de los menores desvinculados del conflicto; dando con ello un cierre, claro está, no definitivo a la discusión planteada en el texto.

II. EL RECLUTAMIENTO EN CONTEXTO JURÍDICO Y SOCIAL

Pese a que a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se han adoptado instrumentos de obligatorio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno, para que los menores niños y niñas, no sean objeto de reclutamiento ilegal para la guerra; la realidad social nacional e internacional da cuenta de las continuas vulneraciones de estas disposiciones por parte de los grupos armados al margen de la ley.

Así lo evidencian, entre otros organismos, la ONG Coalition to Stop the Use of Child Soldiers y el Secretario General de la ONU, en los distintos informes anuales sobre esta materia presentados desde noviembre de 2001 ante el Consejo de Seguridad de la ONU, fecha en la que se adoptó también la primera resolución sobre menores y conflictos armados. Particularmente, la ONG mencionada denuncia la siguiente situación:

1 Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000).

La mayoría de estos niños y niñas son utilizados para combate, labores logísticas y de inteligencia, en la fabricación de explosivos o en el reclutamiento de otros niños, entre otras labores. Pueden ser ejecutados al tratar de escapar, por desobedecer órdenes o por no tener la capacidad de obrar como se les exige. También están expuestos a otras violaciones de sus derechos como tortura, abuso y esclavitud sexual, anticoncepción forzada, detención prolongada, separación de sus familias y vulneración de sus derechos a la educación, recreación y libre desarrollo de la personalidad.²

Por su parte las Naciones Unidas, con sus indicadores 20 y 21 sobre afectaciones al Derecho Internacional Humanitario, señalan que entre 2001 y 2004, menores de 18 años participaron de forma directa en las hostilidades de países en guerra como Afganistán, Angola, Burundi, República Democrática del Congo, Cote d'Ivoire, Filipinas, Guinea, India, Iraq, Israel/Palestina, Indonesia, Liberia, Myanmar, Nepal, Rusia, Rwanda, Sri Lanka, Somalia, Sudan y Uganda.

Adicionalmente, hacia el 2005, el mismo organismo explicó que los países en los que la situación había mejorado con respecto a esta problemática eran Afganistán, Angola, la zona de los Balcanes, Etiopía, Eritrea, Liberia, Sierra Leona y Timor-Leste; al tiempo que identificaba 54 grupos armados y Fuerzas Armadas que seguían reclutando a menores en Burundi, Colombia, Cote d'Ivoire, RD Congo, Filipinas, Myanmar, Nepal, Somalia, Sudan, Sri Lanka y Uganda³.

En este mismo sentido, el documento *¡Alerta 2006! Informe Sobre Conflictos, Derechos Humanos y Construcción de Paz*, de la Escola de Cultura de Pau, sostiene que más de 500.000 menores de 18 años, para la época de elaboración del informe, estaban siendo reclutados en una treintena de países de todo el mundo, ya sea por las Fuerzas Armadas o por grupos armados de oposición. Unos 300.000 de esos menores participan directamente en enfrentamientos armados o realizan tareas logísticas (como espías, mensajeros, porteadores, esclavos, etc.), especialmente en el continente africano, donde se estima que hay más de 100.000 menores- soldados.

Este panorama de la problemática, nos permite dar cuenta de una característica del conflicto armado colombiano: se trata, como en la mayoría de los conflictos en el mundo, de un “asunto” entre jóvenes, esto se debe a que la guerrilla se

2 Informe Conflicto Armado en Colombia “Fronteras: la infancia en el límite”. Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia y la Coalición para Acabar con la Utilización de Niños y Niñas Soldados. 2007. Pág. 8-9

3 Apartes estadísticos tomados de Ecp Escola de Cultura de Pau, (2006), *¡Alerta 2006! Informe Sobre Conflictos, Derechos Humanos y Construcción de Paz*, Editorial Icaria, Barcelona España Págs. 108 y 109.

interesa especialmente, en contar con estos grupos poblaciones para el reclutamiento y el ejercicio de la guerra⁴.

Aunque no hay estimaciones verificables sobre cuántos niños, niñas y adolescentes hacen parte hoy de los grupos armados en el país, lo cierto es que este no es un fenómeno en declive, por el contrario, su reclutamiento continúa⁵. Así lo evidencia, la ONG Human Right Watch en su informe titulado *Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia*, institución que asegura que para 2003 el número de menores de edad involucrados en el conflicto armado colombiano superaba los once mil, y que por lo menos el 30 % de los integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, son también menores de edad⁶.

En las mencionadas proporciones de la problemática en el país, se hace necesario reconocer también el papel del Estado, toda vez que es responsable de esta situación irregular de vulneración de los niños, niñas y adolescentes por su omisión en la garantía y ejercicio efectivo de sus derechos, al no ofrecer alternativas distintas de supervivencia ante las circunstancias de marginalidad y las escasas oportunidades educativas y laborales que generan, en la mayoría de los casos el reclutamiento ilegal.

III. EL PAPEL ESTATAL

Dentro de las respuestas e instrumentos internacionales relacionados con el reclutamiento forzado de menores, se encuentra el *Plan de acción para erradicar el uso de menores- soldado*, aprobado mediante resolución 1612 de 2005 del Consejo de Seguridad de la ONU y propuesto por el, hasta entonces, representante especial del Secretario General de la ONU sobre menores y conflictos armados: O. Otunnu.

Como elementos y contenidos del plan en mención, se estableció la campaña denominada la “era de aplicación” en la que se propuso : investigar, mencionar por su nombre e incluir en listas a las partes que cometan graves violaciones de los derechos del niño; iniciar un diálogo con las partes infractoras para preparar y ejecutar planes de acción que pongan fin a los abusos graves; poner en práctica un mecanismo de supervisión y presentación de informes sobre violaciones graves de los derechos del niño, y asegurar la rendición de cuentas mediante la adopción de medidas concretas por los principales organismos y entidades encargados de formular políticas sobre esta materia.

4 Hensel, Riveros Franz. (2005) *Sociales Identidades* 11. Editorial Norma S.A, Bogotá. Colombia p 253.

5 Santiago, Luis Fernando (2007) *Nacido para triunfar. Testimonio de un adolescente desvinculado de un grupo*. Editorial Universidad de Caldas, Manizales Colombia.

6 Disponible en <http://es.scribd.com/doc/25510628/Human-Rights-Watch-%E2%80%94-%E2%80%99CAPRENDERA%CC%81S-A-NO-LLORAR%E2%80%9D-Nin%CC%83os-Combatientes-en-Colombia>

En igual sentido, respecto a la responsabilidad de los Estados frente al reclutamiento forzado, se ha elaborado la recomendación 2 de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados de la Organización de las Naciones Unidas⁷, en la que se establece que:

Todos los Estados miembros deben adoptar medidas destinadas, concretamente, a poner fin a la impunidad por las violaciones cometidas contra los niños en los conflictos armados. Esas medidas deben incluir, entre otras cosas, la adopción de disposiciones extraterritoriales para los delitos relacionados con niños; asegurar que las disposiciones nacionales se ajusten a las normas y providencias de la Corte Penal Internacional; aplicar el principio de universalidad cuando proceda; hacer que la legislación nacional tipifique como delito el comercio de armas a países donde se sabe que existe reclutamiento ilegal y utilización de niños soldados; adoptar medidas para combatir el lavado de dinero; y congelar los activos de las personas o las entidades legales acusadas de graves violaciones contra los niños en los conflictos armados.

Esta recomendación 2, amplía las conclusiones que se presentaron a la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007 y son el resultado de exhaustivas consultas entre Estados miembros, organismos de las Naciones Unidas, Organizaciones No Gubernamentales y expertos en el tema de desarrollo.

Ahora bien, teniendo en cuenta las dimensiones y aspectos que cobija la expansión y continuidad de esta problemática, y asumiendo el propósito analítico de estudiarla desde su complejidad; en el siguiente aparte nos permitimos desarrollar una de las discusiones, que con importante frecuencia se presenta, entre los grupos académicos, hacedores de política, legisladores y administradores de justicia, la cual tiene que ver con la criminalización o no de los niños y las niñas que habiendo hecho parte de distintos grupos armados, son posteriormente, y por distintos medios, desvinculados del conflicto.

IV. A FAVOR Y EN CONTRA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE MENORES DESVINCULADOS DEL CONFLICTO: UN ESTADO DE LA CUESTIÓN

Entre las posturas de defensores y contradictores de la criminalización de los menores vinculados al conflicto, cabe en primer lugar mencionar, el caso de la Alcaldía de Bogotá, la Defensoría del Pueblo y el ICBF, instituciones estatales que como lo da a

7 Fondo de las Naciones Unidas para La Infancia (UNICEF 2009)- co-publicado por la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados-Naciones Unidas. "La Infancia Y El Conflicto En Un Mundo En Transformación, Examen Estratégico 10 Años Después Del Informe Machel" New York EEUU. Pág. 193

conocer la Universidad del Rosario, han afirmado y defendido la postura de que no deben juzgarse, bajo ningún régimen penal, a los niños, niñas y adolescentes, que por desprotección del Estado fueron forzosamente vinculados a los grupos armados en conflicto, sino que deben ser sujetos de políticas de protección y acción integral.

Como soporte a la argumentación presentada, el texto en mención, alude también al concepto de la Procuraduría General de la Nación del año 2007, quien defiende el propósito de que los niños, niñas y adolescentes no deben ser sometidos a procesos de responsabilidad penal juvenil por delitos como rebelión, asonada, porte ilegal de armas, participación en secuestros, torturas, masacres, etc.

Se suma a la anterior proposición, el hecho de que Colombia no ha sido ajena al cumplimiento de los diversos lineamientos de los organismos internacionales, a partir de los cuales se han adoptado disposiciones del Derecho Internacional Humanitario en la normatividad nacional, entre las que se encuentran la Ley 5ª de 1960 que adoptó la aplicación de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949; la Ley 11 de 1992 mediante la cual se aprobó la aplicación del Protocolo Adicional I de 1977 y la Ley 171 de 1994 el Protocolo Adicional II.

Así, tal como dispone el protocolo II, en su artículo 4º del numeral 2º literal C, los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades, gozando de esta manera de protección especial, aplicándose incluso esta disposición, no obstante, hayan participado en dichas hostilidades y hayan sido capturados como también lo prevé el literal d) del mismo instrumento.

En este orden de ideas, y poniendo de presente que el Derecho Internacional Humanitario se aplica en circunstancias de conflicto armado, los menores reclutados ilícitamente en Colombia, son víctimas de crímenes de guerra, en tanto que el Código Penal colombiano también tipifica esta conducta, en su artículo 162⁸, ampliándose el rango de edad para la protección de los menores de 18 años.

Quepa aclarar, que si bien, este delito está previsto con edades inferiores a los quince años dentro de los instrumentos internacionales, en la legislación colombiana se concibe para todo menor de 18, siendo considerado como de las peores atrocidades en contra de los niños, a propósito de las rupturas irreparables que genera en sus procesos de formación, maduración psicológica y mental.

8 "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 su turno, dentro del campo del derecho internacional de los derechos humanos, la Convención de los Derechos del Niño (artículos 38 y 39), desarrollado por el artículo 20.6 de la ley 1098 de 2006, dispone que los niños, niñas y adolescentes, serán protegidos contra las guerras y los conflictos armados internos.

En desarrollo de esta normatividad internacional, en Colombia también se había implementado dentro de la legislación interna, con anterioridad al Código de Infancia y Adolescencia, la prohibición de la ley 418 de 1997 modificada por el artículo 2° de la 548 de 1999, acerca de que los menores de 18 años sean incorporados a las filas para la prestación del servicio militar e incluso la posibilidad de que a los menores, estudiantes de undécimo grado, siempre que resultaren elegidos para prestar dicho servicio conforme a la ley 48 de 1993, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.

Sobre este particular, se ha referido en la sentencia de febrero 24 de 2010 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso N°32889, señalando, que “ciertamente los menores de dieciocho años no pueden hacer parte del conflicto armado porque tal situación constituye un atentado contra el menor, contra la institución de la familia, contra la cultura, contra la sociedad, por no mencionar lo más evidente, contra la libertad y la vida.”

En este orden de ideas, la postura en defensa de la no criminalización considera que los adolescentes, niños y niñas, más que victimarios deben ser considerados como víctimas de este delito de reclutamiento ilícito, y personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario.

Argumento distinto se desarrolla en la sentencia C-203 de 2005 de la Corte Constitucional colombiana, que al preguntarse si es constitucional que a los menores de edad que han formado parte de grupos armados al margen de la ley se les procese judicialmente por motivo de los delitos que hubiesen podido cometer en el curso del conflicto armado; ha temperado tal postura, argumentando que los menores de edad, como miembros de grupos al margen de la ley tienen una doble condición, esto es, son tanto víctimas, como victimarios. En tal sentido, son susceptibles de ser responsables penalmente por todos los delitos causados durante su permanencia con el grupo, siempre que sea en forma proporcional a su participación; es decir, con menor juicio de reproche y siempre garantizando sus derechos prevalentes conforme a su interés superior.

Al respecto, en el desarrollo de la sentencia, la Corte Constitucional, consideró incuestionable que:

Por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales –muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente “voluntaria”-, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial

por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas – y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales)⁹.

En nuestro concepto, esta postura de la Corte, no obstante la legislación tanto nacional como internacional protectora de los menores, para que sean alejados del conflicto armado no puede ser considerada de otra manera, en tanto, las víctimas internacionalmente, también tienen derechos reconocidos e imbricados en la legislación nacional cuyos bienes jurídicos deben ser protegidos como garantía constitucional.

Esta línea de pensamiento, se reafirma mediante la ley 1448 de 2011 que adopta medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, con la particularidad de que también le son aplicables estas disposiciones a los menores de 18 años reclutados ilícitamente, como víctimas del delito.

Así lo contempla expresamente el artículo 3º Parágrafo 2º cuando señala que “los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.”

De igual manera, consciente el legislador colombiano de estas condiciones especiales de la prevalencia de la protección integral de los menores, así como de la diferenciación que es predicable en su tratamiento respecto de los adultos para combatir la criminalidad; con la vigencia de la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, contempló en su contenido normativo, unas nuevas causales de aplicación del principio de oportunidad, para los casos de los menores vinculados a grupos armados al margen de la ley dentro del conflicto armado interno colombiano.

La aplicación de este principio, surge como desarrollo de los postulados de la justicia restaurativa, principalmente, en lo relacionado con los delitos que pretenden proteger el régimen constitucional y legal como bien jurídico, que frente a delitos políticos y sus conexos, resulta más factible la suspensión, interrupción o extinción de la acción

9 Sobre el tema de los derechos de las víctimas de delitos, se pueden consultar las sentencias C-228/02 (MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería), C-916/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, adoptada por unanimidad), y C-004/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; adoptada por unanimidad), entre otras.

penal, sin que se descarte de plano, el trámite de acción penal correspondiente para ponderar los derechos de las víctimas, brindando la oportunidad de valorar cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias individuales de cada menor y su participación o coautoría en eventuales delitos de alta potencialidad punitiva o impacto social¹⁰.

Adicionalmente, y como parte integrante de las condiciones especiales de los menores mencionadas con anterioridad, es importante considerar que el grado de maduración mental del adolescente, dependiendo de su edad, y las circunstancias biopsicofamiliares deben ser evaluadas para el momento de imputar algún tipo de responsabilidad penal, pues cada asunto requiere ser considerado individualmente, de tal manera que, si la presencia del menor en el grupo armado ha sido bajo presión, violencia física o psicológica, su voluntad estaría viciada y no podría procesársele penalmente por el delito político; por el contrario, sí es posible con aquellos superiores adultos dentro de la estructura organizada ilegal, quienes han dado las órdenes, tanto de reclutarlos como de cometer los demás delitos comunes.

Indudablemente, todos estos factores afectan la configuración de la estructura de la conducta punible afectante al régimen constitucional y legal, sin los cuales no puede hablarse del delito, requiriéndose examinar la configuración tanto del delito político y su relación con los demás que haya cometido el menor, para establecer su grado de voluntariedad y consecuente responsabilidad penal proporcional. Al respecto, en opinión el autor Alejandro Ponte “El porte ilegal de armas y la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, son tipos penales que se suman, en concurso material heterogéneo, con los delitos de rebelión y sedición, cuando en realidad se trata de conductas que hacen parte estructural de estos delitos. Incluso el mismo concierto para delinquir no debería ser aplicado en concurso con rebelión o sedición”. (Aponte, 2010)

A lo anterior también se suman pronunciamientos de instituciones del orden nacional en Colombia y de organizaciones de la sociedad civil, que manifiestan su oposición al respecto de la vinculación de menores al conflicto armado en el país.

Tal es el caso de la Defensoría del Pueblo que apoya la exclusión de la entrevista militar para los niños, y su vinculación en dichas actividades incluso por parte de misma fuerza pública (autoridades militares, de policía y de seguridad), como lo ha dado a conocer el (Observatorio Legislativo y de Opinión, 2007).

10 “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 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.” Sentencia de febrero 24 de 2010 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso N°32889.

e igual manera la Comisión Colombiana de Juristas, conforme publica el Observatorio Legislativo y de Opinión para el año 2007, sostuvo que por el hecho de ser los menores de edad, sujetos pasivos del reclutamiento ilícito, debe perseguirse por el Estado a los autores y sancionarlos, pero no judicializar a los niños y las niñas por hechos que se vieron forzados a cometer como víctimas de ese delito (derecho a no participar en la guerra), consiguiendo con ello pregonar la aserción del principio de oportunidad para estos niños utilizados por la violencia política en el conflicto armado interno como integrantes de grupos armados ilegales. (Aponte,2010)

Tales posturas fueron recogidas con la implementación de la ley 1098 de 2006 la cual permite la aplicación preferente del principio de oportunidad en todo momento, como lo prevé el artículo 174 y de manera especial, cuando implementa las causales de que trata el artículo 175 de la misma ley.

Como contenido de esta disposición se tiene que la Fiscalía General de la Nación puede, eventualmente, 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 estos grupos.

La causal primera resulta aplicable 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.

Por su parte, la segunda causal es aplicable en términos de la norma en comento, cuando se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitía al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad. Así mismo, en el caso de menores que no estaban en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social les son aplicables la causal tercera. Y finalmente, la última causal se aplica cuando se presentan situaciones de vinculación por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

Según la misma ley, es responsabilidad de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, desarrollar el proceso de protección y reinserción social para las y os menores desvinculados, pues el riesgo es que ante la falta de oportunidades y acompañamiento, esta población se convierta nuevamente en “mano de obra calificada” para ser reclutada por estos grupos armados ilegales, la delincuencia común o los carteles de la droga. Recuérdese, a manera de ejemplo, la situación experimentada por los países centro americanos que salieron del conflicto en la década de 1990, cuyos niveles actuales de delincuencia juvenil son los más altos de la región¹¹.

11 En Colombia en tratándose de ex combatientes adultos, “la fundación Luis Amigo señala que el 53% de la

De esta manera, la ley ordena que con el propósito de evitar la reincidencia de las y los menores que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, estos tienen que ser remitidos al Programa de Atención Especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes en circunstancias irregulares y en ningún caso, serán permitidas las entrevistas o la utilización de sus testimonios en actividades de inteligencia por parte de autoridades de la fuerza pública. El incumplimiento de tal disposición, según lo establece la ley, es sancionada con la destitución del cargo, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiera lugar.

Por esta prohibición especial, pese a la remisión normativa del artículo 144 del Código de infancia y Adolescencia para que se aplique el procedimiento penal de la ley 906 de 2004, y por ende las causales del artículo 324 atinentes al principio de oportunidad del sistema penal acusatorio, puede concluirse, que no son aplicables las causales cuarta y quinta siguientes, por ser contrarias al interés superior de niñas y niños:

4. 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.
5. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

Estas causales relacionadas directamente con la colaboración con la justicia, ya sea para evitar que continúe el delito, o que sirva de testigo principal contra los demás intervinientes, son estimadas altamente discutibles para ser aplicadas en el caso de las y los menores, por considerarlas contrarias a su interés superior y para evitar instrumentalizarlos para fines o actividades militares. (Acuña, 2009)

Frente a estos adolescentes como sujetos activos del delito y crimen de guerra del reclutamiento ilícito de menores, en principio no serían procedentes las causales especiales del principio de oportunidad, en razón de la prohibición del párrafo único

población reincorporada está trabajando en el proyecto productivo para el que el gobierno le otorgo el beneficio económico, mientras que el 47% ha fracasado en el mismo. De los proyectos exitosos el 96% llevan a penas entre unos y seis meses de duración, lo que no es tiempo suficiente para estimar y garantizar su sostenibilidad. Se indica por el autor, que una vez que los proyectos donde se encuentran los desmovilizados fracasan, se pone en riesgo la permanencia de los ex combatientes en la legalidad. Muchos de ellos han manifestado su descontento con los proyectos productivos y con la falta de acompañamiento del gobierno. Es evidente que una vez los ex combatientes dejan las armas deben encontrar otras fuentes económicas para su supervivencia, y necesitan hallar alternativas para la construcción de una vida digna, procurando la satisfacción autónoma de sus necesidades básicas." (Cante,2007)

del artículo 175 de la ley 1098 de 2006 por tratarse de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario. La misma limitante puede predicarse cuando se cometan crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma.

Al respecto, interesa considerar que si el fin último perseguido universalmente por todos los seres humanos, es la paz, el respeto de los derechos humanos es fundamental. De allí, que no sea otro el propósito por el que encontramos en el ordenamiento interno, leyes como la ley 975 de 2005 de justicia y paz, cuyo objeto en términos del artículo primero es “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.”

No obstante, desde mucho antes a esta ley de justicia y paz ya se contemplaba en el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, la posibilidad de indulto para aquellos que han contribuido en actividades militares en grupos al margen de la ley, sin que el hecho de haber tenido en sus filas a menores de edad fuera causal para perder los beneficios concedidos, con el único fin de estimular a los miembros de los grupos armados a entregar a sus integrantes menores de edad.

Así las cosas, con estas disposiciones nacionales se pretende promocionar la protección de los menores como personas protegidas por el derecho internacional humanitario, para que cumpla efectivamente el Estado con los deberes propios de protección integral que les asiste, erradicando la impunidad de estas atrocidades y materializando las medidas sancionatorias apropiadas respecto de sus autores, dando con ello garantías de verdad, justicia, reparación y de no repetición.

El panorama normativo estudiado, pone de presente, ciertas tensiones entre los derechos de las víctimas de los grupos armados ilegales que con ansias se pretenden constituir en los procesos de justicia y paz para la búsqueda de reparación y verdad; y las garantías constitucionales recogidas por la ley de infancia y adolescencia, con las que se demanda la protección integral propia consagrada en el derecho internacional de los derechos humanos de los niños, y a partir de las cuales predomina la función pedagógica de las sanciones y procedimiento, trato o debido proceso diferenciado, especial con marcada filosofía de justicia restaurativa, y con cabida de principio de oportunidad de obligatorio cumplimiento en todo momento, por parte de las autoridades judiciales.

Ante tales tensiones, en nuestro concepto, la competencia será prevalente de los jueces de infancia y adolescencia por el interés superior de los menores, contando también las garantías procesales que tienen en consideración de su doble condición de victimarios de delitos comunes cometidos en el contexto del conflicto armado en forma proporcional a su conducta o participación, y de víctimas de atentados contra el derecho internacional humanitario con ocasión del delito de reclutamiento ilícito,

cuya protección surge como población vulnerable por el riesgo de ser nuevamente reincorporados y personas especialmente protegidas por el derecho nacional e internacional humanitario atinente al conflicto armado.

Frente al escenario propuesto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

Lógico resulta afirmar que los menores combatientes colombianos únicamente podrían ser investigados y sancionados al amparo de la legislación especial que regula dicha actividad judicial, vale decir, el Decreto 2737 de 1989 o la Ley 1098 de 2006, según sea el tiempo en que se cometieron las conductas investigadas (...). Así, la forma apropiada que se ofrece para solucionar la primera parte del problema jurídico, es considerar que los derechos de las víctimas ceden frente a los de los menores, y por tal razón el escenario para discutir las consecuencias jurídicas de las conductas cometidas por el desmovilizado mientras era menor de edad, no es el de la Ley 975 de 2005, sino el espacio generado por el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Así mismo, en la sentencia C-203 de 2005, la Corte Constitucional ha reafirmado las directrices internacionales, cuando ilustra que sólo se podrían procesar a menores combatientes, si se respetan de manera estricta los estándares internacionales que regulan el juzgamiento de los menores infractores de la ley penal, refiriéndose a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores llamadas “Reglas de Beijing”, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como “Directrices de Riad”, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, conocidas como “Reglas de la Habana”; instrumentos estos que proyectan sus principios en las normativas nacionales.

En este punto, es pertinente dejar en claro que ante el régimen de situación irregular del menor, con la vigencia del decreto 2737 de 1989, se consideraba en su condición de inimputable, de incapacidad de comprensión de la norma y de autodirección de su comportamiento de acuerdo con esa comprensión. Así, con el sistema anterior, los delitos cometidos por los menores, al cumplir la edad de 21 años, no serían objeto de iniciación o continuación de proceso judicial penal alguno ante el juez de menores.

Diferente tratamiento resulta, cuando estas situaciones de hechos delictivos, son cometidos con vigencia de la ley 1098 de 2006, donde desaparece el concepto de situación irregular y como consecuencia, los menores son identificados como sujetos de derechos y obligaciones capaces de imputabilidad y culpabilidad; cuyas autoridades competentes son los jueces de infancia y adolescencia, bien se trate de jueces de conocimiento o de control de garantías. De allí, que sea posible el cumplimiento de las sanciones penales hasta que cumplan los 25 años de edad, conforme a la reciente reforma implementada con la vigencia de la ley de seguridad ciudadana que amplía el término.

Antes de la reforma a la ley 1098 de 2006, al igual que con el decreto 2737 de 1989, el término máximo para el cumplimiento de la sanción oscilaba hasta los 21 años, lo que lo hacía incongruente, entendiendo que las penas para los delitos comunes se dan entre los 1 y 5 años y para los delitos gravísimos entre los 2 y 8 , de tal manera, que si un adolescente de 17 años, en el peor de los casos cometía un delito, de imponerse una sanción superior a 4 años de privación de libertad, no completaban el término de su sanción generando con ello impunidad.

Se hace referencia al artículo 90 de la ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 187 de la ley 1098 de 2006, cuando a propósito de la privación de la libertad establece que, para el caso de los menores entre 14 y 18 años, se hará en los Centros de Atención Especializada, con sanción que tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho años (8), sólo en los casos de encontrarse responsables penalmente de delitos gravísimos como homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, donde la sanción será hasta el cumplimiento total del tiempo impuesto por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas.

Esta reforma tiene en cuenta que los adolescentes son víctimas del conflicto armado al ser reclutados ilegalmente, poniendo de presente el trato especial y diferencial respecto de los adultos, para restablecer sus derechos, en razón de la corresponsabilidad el Estado, la familia y la sociedad, que de una u otra manera no han cumplido con sus deberes de protección. Por ende, la reforma impone el restablecimiento de derechos en favor de los menores y lo exterioriza reafirmando las demás disposiciones internas e internacionales; así mismo se dispone que para los casos en los que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores de edad para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito, no se aplicará privación de la libertad.

Y ratifica el párrafo de la norma en comento, que: “si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumpliera los dieciocho años de edad continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada de acuerdo con las finalidades protectora, educativa y restaurativa establecidas en la presente ley para las sanciones.”

De acuerdo a lo anterior, los Centros de Atención Especializada prestarán una atención pedagógica, específica y diferenciada a los adolescentes menores de dieciocho años y a aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del Centro, así como las demás garantías contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño.

En armonía con las disposiciones de la ley de seguridad ciudadana y la ley de infancia y adolescencia, en clave de la protección integral, y restitución de derechos de los

menores desvinculados de los grupos al margen de la ley, estos debían ser remitidos a los programas creados por el gobierno nacional a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Finalmente, como punto de discusión más contemporánea al respecto del tema, se encuentra la ley de víctimas que dispone, en refuerzo de estas obligaciones del Estado, un título correspondiente (VII), para la protección integral a los niños, niñas y adolescentes víctimas en los términos de esta ley. Es así, que el artículo 181 de la ley 1448 de 2011 contempla unos derechos para estos menores, indicando que para efectos de dicha ley se entiende por niño, niña y adolescente toda persona menor de 18 años, que como víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, gozarán de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, con el carácter de preferente, y adicionalmente, refiere tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

1. A la verdad¹², la justicia y la reparación integral.
2. Al restablecimiento de sus derechos prevalentes.
3. A la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluidos el reclutamiento ilícito, el desplazamiento forzado, las minas antipersonal y las municiones sin explotar y todo tipo de violencia sexual.

Adicionalmente, el artículo señala que para los efectos del presente título serán considerados también víctimas, los niños, niñas y adolescentes concebidos como consecuencia de una violación sexual con ocasión del conflicto armado interno.

V. EN CLAVE DE CIERRE

Como se vio en la presentación descriptiva y analítica antecedente, la discusión nacional e internacional, sobre el reclutamiento forzado en Colombia ha comprendido diversidad de posiciones sociales y jurídicas.

Así mismo, las dimensiones y gravedad de estas problemáticas ocasionadas por la vinculación de niños, niñas y adolescentes a las lógicas y contextos de la guerra, ponen de

¹² El artículo 23 de la ley 1448 de 2011 establece sobre el derecho a la verdad: "Las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero. La Fiscalía General de la Nación y los organismos de policía judicial deberán garantizar el derecho a la búsqueda de las víctimas mientras no sean halladas vivas o muertas.

El Estado debe garantizar el derecho y acceso a la información por parte de la víctima, sus representantes y abogados con el objeto de posibilitar la materialización de sus derechos, en el marco de las normas que establecen reserva legal y regulan el manejo de información confidencial.

presente, en primer lugar, inquietudes agudas sobre la protección y restablecimiento de sus derechos como población de especial atención y vulnerabilidad; en los términos en que se dispone en el Derecho Internacional Humanitario al reconocer que “están menos preparados para adaptarse o responder al conflicto. Son los menos responsables del conflicto, pero padecen desproporcionadamente sus excesos. Los niños son verdaderamente víctimas sin culpa del conflicto.”¹³

Y en segundo lugar, el análisis de tan compleja problemática, da también cabida, a la exploración de múltiples temáticas y aristas, entre las cuales fue de singular interés para el presente documento, el tratamiento judicial que se debe dar a los menores, que habiendo estado involucrados en el conflicto, se desmovilizan con posterioridad y posibilidad de ser sujetos de responsabilidad penal por los hechos en los que estuvieron involucrados como integrantes de los actores armados.

Sin duda, en Colombia, esta discusión tiene singular importancia, si se considera el contexto de negociaciones y desmovilizaciones promovido inicialmente por el gobierno presidencial de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), como situación política que buscó a través de la ley 975 de 2005 *Ley de justicia y paz*, y continuado por Juan Manuel Santos (2010-2018) con los diálogos en la Habana Cuba para la reincorporación a la vida civil de miembros de actores armados al margen de la ley, de los cuales con suficiente magnitud, son parte las y los menores de edad vinculados al conflicto armado del país como combatientes, no obstante, deben ser aplicables normas especiales como las referidas en este trabajo académico.

Además, la importancia radica en las urgencias que tiene el país para dar claridad a la situación judicial de las y los desmovilizados que se incorporaron a la vida civil; en las necesidades de establecer condiciones óptimas para el restablecimiento de los derechos de las víctimas, y dentro de ellas, de las y los menores, que en condición forzosa fueron reclutados por los actores armados; y con ello en las premuras políticas por establecer caminos sostenibles y duraderos de reconciliación y reconstrucción del tejido social y nacional.

VI. REFERENCIAS

Acuña, J. (2009) *El Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para los Adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá,

Aponte, D. (2010) *Principio de oportunidad y política criminal. De la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*. Módulo EJRLB, C.S de la J. Bogotá. Pág. 143.

13 *Ibíd.*

Cante, F. (2007) Poder Social Algunas Posibilidades en Colombia. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, pág. 127.

Ecp Escola de Cultura de Pau, (2006), *Alerta 2006! Informe Sobre Conflictos, Derechos Humanos y Construcción de Paz*, Editorial Icaria, Barcelona España Págs. 108 y 109.

Fondo de las Naciones Unidas para La Infancia (UNICEF 2009)- co-publicado por la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados-Naciones Unidas. “La Infancia Y El Conflicto En Un Mundo En Transformación, Examen Estratégico 10 Años Después Del Informe Machel” New York EEUU. Pág. 193

Hensel, F. (2005) Sociales Identidades 11. Editorial Norma S.A, Bogotá. Colombia p 253.

Informe Conflicto Armado en Colombia (2007) “Fronteras: la infancia en el límite”. Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia y la Coalición para Acabar con la Utilización de Niños y Niñas Soldados.. Pág. 8-9

Observatorio Legislativo y de Opinión. (2007) Nuevo Código de Infancia y Adolescencia: Antecedentes Análisis y Trámite Legislativo. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá Colombia p 224.

Santiago, L (2007) Nacido para triunfar. Testimonio de un adolescente desvinculado de un grupo. Editorial Universidad de Caldas, Manizales Colombia.

Universidad del Rosario. (2007) Nuevo Código de Infancia y Adolescencia: Antecedentes Análisis y Tramite Legislativo Pág. 224

Normatividad y Jurisprudencia

Ley 11 de 1992

Ley 171 de 1994

Ley 418 de 1997

Ley 833 de 2003

Ley 906 de 2004

Ley 975 de 2005

Ley 1098 de 2006

Ley 1448 de 2011

Corte Constitucional. Sentencia C-228/02: MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

_____ Sentencia C-916/02: M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

_____ Sentencia C-004/03: M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero 24 de 2010 la Sala de Casación Penal

Convenios de Ginebra de 1949

Convención de los Derechos del Niño (artículos 38 y 39), desarrollado por el artículo 20.6 de la ley 1098 de 2006

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

Resolución 1612 de 2005 del Consejo de Seguridad de la ONU

Recomendación 2 de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados de la Organización de las Naciones Unidas