

D-10886

OK

10/458

10 JUL 2015

hora 4:20 pm

Bogotá D.C., julio de 2015.

Honorables Magistradas y Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

**Ref.: Demanda de inconstitucionalidad en contra
del artículo 190 de la Ley 1448 de 2011 (Parcial).**

Contenido

I. NORMA DEMANDADA.....	2
II. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS Y SÍNTESIS DE LA DEMANDA	3
III. COMPETENCIA DE LA CORTE	4
IV. LA PROBLEMÁTICA DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS DESVINCULADOS DE LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES POST-DESMOVILIZACIÓN.	5
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA.....	7
5.1 Primer cargo: El aparte acusado de la norma, al requerir el CODA, viola el derecho a la igualdad en dos escenarios.....	7
A. Establece un tratamiento diferenciado entre las víctimas de grupos armados y los grupos armados ilegales post-desmovilización.	7
B. Establece un tratamiento diferenciado entre las víctimas de reclutamiento ilícito respecto de las víctimas de otras violaciones.....	10
5.2 Segundo cargo: El aparte acusado de la norma viola el derecho a la restitución que constituye un componente preferente y principal del derecho fundamental a la reparación integral.....	12
5.3 Tercer cargo: El aparte acusado de la norma viola el principio del interés superior del niño y la niña.	14
5.4 Cuarto cargo: El aparte acusado de la norma viola el principio de buena fe porque exige una acreditación adicional para que una persona sea tenida como víctima de reclutamiento ilícito para efectos de la restitución de sus derechos.	17
VI. PRETENSIÓN.....	19

Bogotá D.C., julio de 2015.

10 / 4 5 8

Honorables Magistradas y Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

**Ref.: Demanda de inconstitucionalidad en
contra del artículo 190 de la Ley 1448 de
2011 (Parcial).**

Honorables Magistradas y Magistrados:

- 1.- Jorge Armando Otálora Gómez, en mi condición de Defensor del Pueblo, con fundamento en el numeral 6° del artículo 40 y el numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, respetuosamente, presento ante ustedes, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 190 de la Ley 1448 de 2011 (parcial) "*[p]or la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*", por establecer un trato diferencial, injustificado y discriminatorio respecto de los niños, niñas y adolescentes que se han desvinculado de un grupo armado ilegal post-desmovilización.
- 2.- De acuerdo con la norma, cuando estos niños y niñas cumplen su mayoría de edad se les exige un certificado expedido por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (en adelante CODA), como requisito previo para acceder a los programas ofrecidos por la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas (en adelante ACR), sin embargo, este documento no es entregado a niños, niñas y adolescentes que se han desvinculados de grupos armados ilegales post-desmovilización, por considerarse que dichas estructuras criminales no forman parte de los actores armados del conflicto. En consecuencia, el certificado CODA únicamente es entregado a la niñez y adolescencia desvinculada de grupos armados guerrilleros y/o paramilitares.

I. NORMA DEMANDADA

- 3.- A continuación se transcribe el aparte de la norma que se demanda, tal como fue publicada en el Diario Oficial No. 48.096 del 10 de junio de 2011, subrayando las expresiones que considero contrarían la Constitución Política de Colombia.

707458

Artículo 190 de la Ley 1448 de 2011.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DEL RECLUTAMIENTO ILÍCITO. Todos los niños, niñas y adolescentes víctimas del reclutamiento, tendrán derecho a la reparación integral en los términos de la presente ley. Los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de reclutamiento ilícito podrán reclamar la reparación del daño, de acuerdo con la prescripción del delito consagrada en el artículo 83 del Código Penal.

La restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes estará a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Una vez los niños, niñas y adolescentes cumplan la mayoría de edad, podrán ingresar al proceso de reintegración social y económica que lidera la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, siempre que cuenten con la certificación de desvinculación de un grupo armado organizado al margen de la ley expedida por el Comité Operativo para la Dejaración de las Armas.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS Y SÍNTESIS DE LA DEMANDA

4.- Esta demanda pretende demostrar que el aparte acusado de la norma viola el derecho de los niños, niñas y adolescentes que se han desvinculado de un grupo armado ilegal post-desmovilización, a la igualdad (art. 13 CP), a la restitución -como componente preferente y principal del derecho a la reparación integral- cuyo fundamento se encuentra en el principio de dignidad humana (art. 1 CP) y la consagración de los derechos de las víctimas como derechos de rango constitucional (art. 250 núm. 6 y 7 CP) y el derecho a acceder a la justicia (art. 229 CP). Así mismo, sostiene que el aparte acusado del artículo 190 de la Ley 1448 de 2011 contraría los artículos 44 y 83 de la Constitución Política que estipulan el principio del interés superior de la niñez y el principio de presunción de buena fe, respectivamente.

5.- Para ello, el presente texto se divide en tres (3) secciones. En la **primera**, se realiza una presentación del contexto actual en materia de reintegración, para dar cuenta de la implicación que tiene exigir la certificación CODA a la niñez desvinculada de grupos armados post-desmovilización, como presupuesto para acceder a la reintegración social y económica, con el fin de ilustrar a la Corte sobre la problemática que motiva la demanda. En la **segunda** sección se formulan los cuatro (4) cargos de inconstitucionalidad por los cuales se está requiriendo un pronunciamiento de la Corte. En síntesis, los objetivos de este segundo apartado se pueden resumir de la siguiente manera:

- (i) Explicar las razones por las cuales se considera violado el derecho a la igualdad en dos escenarios, de una parte, al fijar un tratamiento



diferenciado e in justificado entre las víctimas de grupos desmovilizados y de grupos reconocidos como activos en el conflicto armado colombiano frente a las de los grupos armados post-desmovilización; y de otra parte, al establecer un tratamiento diferenciado e injustificado entre las víctimas de reclutamiento ilícito respecto de las víctimas de otras violaciones.

- (ii) Exponer cómo los motivos que llevan a plantear que la exigencia del certificado CODA como requisito para que la niñez víctima de reclutamiento ilícito por parte de grupos armados ilegales post-desmovilización puedan ingresar al proceso de reintegración social y económica liderado por la ACR, vulnera el derecho a la restitución que constituye un componente del derecho a la reparación integral, y desconoce que la condición de víctima es constitutiva y no declarativa, esto es, que no es posible solicitar una prueba especial para el reconocimiento de tal condición y limitar con ello el acceso a la reparación integral, como lo hace la norma cuestionada.
- (iii) Demostrar que tal exigencia del certificado CODA transgrede el principio del interés superior del niño y de la niña, ya que al constituirse como un requisito para acceder a la reintegración social estaría prevaleciendo como una formalidad a que las víctimas de reclutamiento ilícito supeditan su derecho a acceder a la reintegración como medida de restitución.
- (iv) Señalar la violación del principio de buena fe por exigir una acreditación adicional para que una persona sea tenida como víctima de reclutamiento ilícito con el fin de solicitar la restitución de sus derechos.

6.- Finalmente, en la tercera sección de esta demanda, se presentan las conclusiones y solicitudes a la Corte Constitucional.

III. COMPETENCIA DE LA CORTE

7.- De acuerdo con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda dado que está dirigida contra una norma legal sobre la que no existe cosa juzgada, pues hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del enunciado normativo acusado, por lo cual procede un fallo de fondo al respecto.

IV. EL CONTEXTO DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS DESVINCULADOS DE LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES POST-DESMOVILIZACIÓN.

8.- Los procesos de desmovilización de los grupos armados al margen de la ley promovidos bajo la Ley 975 de 2005, conocida como "*Ley de justicia y paz*", han implicado una profunda transformación en torno al reconocimiento de los actores armados ilegales que se encuentran en disputa en el conflicto armado colombiano y por tanto, en el reconocimiento de sus víctimas. Así, mientras algunos sectores han sostenido que el paramilitarismo desapareció debido a su desmovilización y, por tanto, ya no es posible hablar de estos grupos como parte activa de las hostilidades ni estarían realizando hechos victimizantes, otros han encaminado esfuerzos para probar que las estructuras paramilitares se mantuvieron en algunas zonas del país, pues cierta parte de sus miembros continúan operando de la misma forma como lo hacían antes causando graves violencias en contra de la población civil y, en algunos casos, llevan a cabo acciones conjuntas con grupos de delincuencia común que suelen ser denominados genéricamente como "*Bandas Criminales al Servicio del Narcotráfico – BACRIM*", sin que pueda considerarse por ello que hacen parte exclusivamente de estos últimos, razón por la cual la Defensoría del Pueblo se aparta de esta denominación y prefiere referirse a estos como grupos armados ilegales post-desmovilización².

9.- Esta distinción –entre los grupos desmovilizados y post-desmovilización- ha tenido serias implicaciones en relación con la legislación aplicable y, en particular, frente al tratamiento que las políticas públicas dan a los hechos violentos que cometen. El asunto reviste la mayor importancia si se tiene en cuenta, entre otros asuntos, que de la determinación de la calidad como actores armados en el contexto del conflicto depende que les sea exigible observar las normas del derecho internacional humanitario y por tanto, les sea reprochable su infracción. Así por ejemplo y para el caso que nos ocupa, pese a que estos grupos armados incurren en la infracción al derecho internacional humanitario de reclutamiento forzado de menores, tipificada en el ordenamiento jurídico

¹ Al respecto ver Human Rights Watch, *Herederos de los Paramilitares. La Nueva Cara de la Violencia en Colombia*, febrero de 2010.

² Esta posición ha sido producto de los ajustes de la gestión defensorial a estándares internacionales de derechos humanos, desde el memorando interno No. 004 de fecha 23 de febrero de 2007, a partir del cual se ha asumido la clasificación de actores armados ilegales post-desmovilización. Asimismo, en carta dirigida al Ministro de Defensa en el mes de noviembre de 2012, el señor Defensor del Pueblo ratificó que: "(...) *estos grupos armados ilegales, mal llamados Bacrim, cuentan con una organización armada, con mandos jerárquicos, con capacidad para reclutar y entrenar a los miembros del grupo armado ilegal, con la habilidad para coordinar operaciones de tipo militar y ejercer control sobre un territorio (...)*". Ver nota de prensa, Diario El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12376523>



interno como reclutamiento ilícito³, siguen sin ser reconocidos actores armados del conflicto.

10.- Así las cosas, dicha diferenciación ha resultado especialmente problemática para los niños y niñas que hacen parte de dichos grupos armados ilegales post-desmovilización porque al no comprenderse que estos grupos hacen parte del conflicto armado, estos niños y niñas no serán víctimas de reclutamiento forzado sino que se consideran como "pequeños infractores", es decir, victimarios, aun cuando en atención a su edad, y en concordancia con el Código de Infancia y Adolescencia, no sean objetos de las mismas sanciones que las y los mayores de edad. Sin embargo, no reciben el tratamiento jurídico como víctimas de reclutamiento como ocurre con quienes fueron reclutados, utilizados o usados por parte de las guerrillas y de los grupos paramilitares.

11.- La Defensoría del Pueblo a través del Sistema de Alertas Tempranas y de la Delegada para la Niñez y la Juventud ha documentado y denunciado el alto índice de niños y niñas que son vinculados a estos grupos armados post-desmovilización así como el incremento en esta práctica⁴ y por ello tiene una preocupación especial por el trato diferenciado que reciben para su atención, la cual resulta en detrimento de la garantía de sus derechos, en particular en el derecho a ser reparados integralmente por los hechos de los que han sido víctimas.

12.- En concreto, esta entidad advierte que por disposición del Decreto 128 de 2003⁵ a las personas desmovilizadas, y en este caso a los niños y niñas desvinculadas, se les exige, para ingresar a los programas ofrecidos para la reintegración social y económica, contar con el certificado de dejación de armas el cual es regulado por esta misma normatividad. Así, conforme al artículo 2 de la norma citada se considera como desmovilizado solamente: *"aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de*

³ Ley 599 de 2000. 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 noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*

⁴ El Sistema de Alertas Tempranas registró en 72 informes de riesgo y 40 notas de seguimiento elaboradas entre los años 2012 y 2013, esta práctica en 153 municipios de 28 departamentos en el territorio nacional y en 2014 publicó el Informe Defensorial *"Prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la Política pública con enfoque étnico"* en que constata la gravedad de esta situación. Para más información consultar la dirección electrónica: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informedefensorialreclutamiento.pdf>

⁵ *"Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil".*



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República”.

13.- De manera que las personas menores de dieciocho (18) años de los grupos armados post-desmovilización no tienen la posibilidad de recibir dicho certificado al considerarse que los grupos armados a los que pertenecían no hacen parte del conflicto armado, con lo cual quedan excluidos de la posibilidad de acceder a los programas de reintegración social y económica ofertados por la ACR.

14.- La disposición de la ley 1448 de 2011 que se acusa en este escrito establece que los niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento ilícito que cumplan la mayoría de edad solo podrán ingresar al proceso de reintegración social y económica de la ACR si cuentan con la certificación CODA, lo cual refuerza la exclusión de los menores de 18 años vinculados por los grupos armados post-desmovilización. Esto motiva a la Defensoría del Pueblo para interponer la presente demanda de inconstitucionalidad ya que el aparte de la norma además desconoce lo establecido por la jurisprudencia constitucional en relación al carácter constitutivo y no declarativo de la calidad de víctima⁶, atenta en contra del principio de buena fe, y conduce a la marginalización de los niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento, uso y utilización por parte de los grupos armados post-desmovilización, lo que en concepto de esta Entidad, resulta en un trato discriminatorio, violatorio del principio del interés superior de los niños y las niñas, además de constituirse en una barrera de acceso a la reintegración social y económica como medida principal y preferente del derecho a la reparación, tal y como será expuesto a continuación.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

5.1 Primer cargo: El aparte acusado de la norma, al requerir el CODA, viola el derecho a la igualdad en dos escenarios.

A. Establece un tratamiento diferenciado entre las víctimas de grupos armados y los grupos armados ilegales post-desmovilización.

15.- La Defensoría del Pueblo encuentra que el aparte acusado de la norma, al requerir el certificado CODA como presupuesto para acceder al programa de reinserción a cargo de la ACR, viola el derecho a la igualdad porque establece

⁶ La Corte Constitucional ha sido clara en señalar que el acto constitutivo de la condición de víctima tiene como fundamento circunstancias fácticas, mientras que las inscripciones o registros que emiten las autoridades administrativas son actos declarativos cuya razón de ser es facilitar el acceso de las víctimas a los beneficios contemplados en la ley, más nunca obstaculizarlo.



un trato diferenciado entre las víctimas de grupos armados al margen de la ley y los grupos armados post-desmovilización por cuanto estos últimos, resultan excluidos de la entrega del certificado por efecto del artículo 2° del Decreto 128 de 2003 "[p]or el cual se reglamenta la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y la ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil", que estipula que se considera como desmovilizado: "aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República".

16.- La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental⁷. En relación al alcance del principio general de igualdad, se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: "por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes"⁸.

17.- De manera que se ha establecido que esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad, pueden ser descompuestos en cuatro mandatos que tienen sustento en el artículo 13 de la Constitución Política: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

18.- Además, la Corte ha especificado que cuando se pretende verificar una situación de trato igual o diferenciado, "la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación"⁹. Y específicamente en cuanto al derecho a la reparación integral de las víctimas,

⁷ Ver entre otras las sentencias T-406 de 1992 y T-881 de 2002.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

ha indicado que este impone al Estado la obligación de hacerlo sin establecer distinciones injustificadas¹⁰.

19.- Adicionalmente, este Alto Tribunal ha resaltado que la denominación del actor como parte del conflicto armado o de la delincuencia común, no puede ser definitoria para efectos de calificar si el daño causado a una víctima guarda o no conexidad con el conflicto armado:

"De todas formas, atendiendo a las consideraciones realizadas, ésta Sala Especial considera que el "rótulo" o denominación del actor como parte del conflicto armado o de la delincuencia común, no puede ser un argumento a priori y formal para definir de antemano si un determinado daño se enmarca o no dentro del conflicto armado, para efectos de definir el acceso de las personas desplazadas por la violencia a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. La calificación del actor como grupo organizado al margen de la ley tampoco deber ser un requisito para considerar que el daño guarda una relación cercana y suficiente con el conflicto. Y en el momento de evaluar si determinados daños ocasionados por el accionar de las BACRIM se presentan en el marco del conflicto armado, esta Sala Especial considera que no es necesario que confluyan todos los criterios que señaló la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos respecto a la determinación de la existencia de un conflicto armado, porque esos parámetros son a título enunciativo e indicativo"¹¹ (subrayado fuera del texto original).

20.- Recientemente el Alto Tribunal, al estudiar un caso en que la UARIV se negó a inscribir en el Registro Único de Víctimas a una mujer y su núcleo familiar quienes fueron víctimas de violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado por parte de un grupo armado post-desmovilización, reiteró lo establecido en el Auto 119 de 2013 y resaltó que con respecto a la aplicación de las medidas contenidas en la Ley 1448 de 2011 dicha providencia *"deja claro que es inconstitucional negar la inclusión en el Registro Único de Víctimas (RUV) de una persona que afirma ser desplazada, argumentando que los hechos no se dieron "con ocasión del conflicto armado"*¹².

21.- Así pues, como se observa, el requisito de aportar el certificado CODA para ingresar a los programas de reinserción ofrecidos por la ACR deviene en un trato diferenciado de los niños, niñas y adolescentes de los grupos armados al margen de la ley post-desmovilización dada su imposibilidad de obtenerlo, aun cuando la Corte Constitucional ha dado cuenta de la necesidad de aplicar las disposiciones de la Ley 1448 de 2011 en un sentido no restrictivo del conflicto armado sino comprensivo de la complejidad del mismo. En esa vía, la

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹¹ Corte Constitucional, Auto 119 de 2013. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-834 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



jurisprudencia constitucional respecto de la noción del conflicto armado ha sostenido que si bien existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto y hay extremos en donde, por el contrario, resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley 1448 de 2011, también existen zonas grises en las que se debe hacer una interpretación a favor de las víctimas. Con relación a dichas zonas grises, la Corte Constitucional ha señalado *"no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal, y que en el análisis de cada caso debe procederse, a tono con el objetivo mismo de la ley, con un criterio que tienda a proteger a las víctimas"*¹³.

22.- Por tanto, la Defensoría no encuentra una justificación constitucionalmente válida para dicha distinción excluyente de la niñez reclutada por grupos post-desmovilización, la cual -como se explicó anteriormente- por efecto de la aplicación del Decreto 128 de 2003 queda excluida de ser beneficiaria del certificado CODA, lo cual se termina traduciendo en el menoscabo de sus derechos por el simple hecho de ser víctima de reclutamiento ilícito por parte de estructuras criminales no reconocidas como actores del conflicto armado interno.

B. Establece un tratamiento diferenciado e injustificado entre las víctimas de reclutamiento ilícito respecto de las víctimas de otras violaciones.

23.- En el caso en estudio, la Defensoría del Pueblo considera además que el aparte de la norma acusada también establece un tratamiento diferenciado e injustificado entre las víctimas de reclutamiento ilícito respecto de las víctimas de otras violaciones para acceder a una de las medidas de restitución básicas en su reparación integral, como lo es el poder ingresar al proceso de reintegración social y económica que lidera la ACR luego de cumplir los 18 años. Este aspecto constituye una medida específica para el tipo de violación a los derechos humanos que han sufrido y contribuye de manera determinante en el restablecimiento de sus proyectos de vida, por lo cual resulta tan gravosa su exclusión.

24.- Si se observa el articulado de la Ley 1448 de 2011, no se encuentran disposiciones similares en el sentido de exigir un documento especial para probar haber sido víctima de una u otra violación a los derechos humanos y por tanto, en el caso de las víctimas de reclutamiento ilícito, supeditar su posibilidad de acceso con determinado certificado expedido por una autoridad particular constituye una distinción injustificada respecto de las víctimas de otro tipo de violaciones que pueden acceder directamente a las medidas de restitución sin

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-087 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



aportar prueba alguna adicional a su declaración y al estudio que haga de esta la UARIV.

25.- La falta de justificación para la exigencia del certificado CODA además se evidencia en el hecho de que, por disposición del artículo 22 del Decreto 128 de 2003 "[p]or el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil", se cuenta con otros documentos y evidencias de que dan cuenta de la desvinculación de los niños o las niñas de los grupos armados. Así este artículo señala que: (i) quien constate la desvinculación debe dar a conocer el a la autoridad judicial competente (ii) hacer la entrega de un acta en la cual consten los datos iniciales de individualización del niño o niña, su huella dactilar y las circunstancias de su desvinculación del grupo armado, la cual será entregada a la autoridad competente del lugar donde esta se efectúe para que inicie la respectiva actuación, y (iii) el ICBF, una vez reciba al niño o niña, debe dar aviso al Ministerio de Defensa Nacional para que verifique su vinculación al grupo armado y a la ACR para su seguimiento y posterior reconocimiento de beneficios.

26.- Asunto contrario ocurre en otros casos, por ejemplo, con la inscripción de tierras exigida como requisito de procedibilidad por el inciso 5 del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, ya que la Corte Constitucional consideró que *"la exigencia de este registro no constituye un requisito irrazonable o desproporcionado, que no tiene un manejo discrecional o arbitrario por parte de la administración y que no es una exigencia de imposible cumplimiento por parte de las víctimas, y es un trámite que no tiene la gravosidad de provocar una revictimización de los despojados, usurpados o de quienes abandonaron forzosamente sus tierras; sino que por el contrario, con ello se pretende racionalizar la actividad de la administración pública con el fin de lograr una efectiva y eficaz restitución de tierras como componente preferente de la reparación integral"*¹⁴. En el caso de la niñez víctima de reclutamiento por parte de los grupos post-desmovilización, la exigencia del certificado CODA representa un verdadero obstáculo dada la imposibilidad que tienen las víctimas de conseguirlo, tal y como se expuso con antelación¹⁵ (ver *supra* acápite A del presente apartado).

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ En el Informe Defensorial *"Prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la política pública con enfoque étnico"*, la Defensoría del Pueblo encontró que con respecto a los niños y niñas desvinculados del conflicto armado, *"al indagar sobre la tenencia de documentos de identidad y otros documentos legales observó que la posesión y el trámite para obtenerlos, es otra de las dificultades que enfrenta esta población en su proceso de inserción social: un 23,8% manifestó no tener el registro civil en el momento del estudio; casi la mitad de las y los entrevistados manifestaron no tener tarjeta de identidad; y el 43,2% de los niños, niñas y adolescentes desvinculados manifestó no poseer el certificado CODA"*. Página 59.

5.2 Segundo cargo: El aparte acusado de la norma viola el derecho a la restitución que constituye un componente preferente y principal del derecho fundamental a la reparación integral.

27.- De acuerdo con la Corte Constitucional¹⁶, los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición, encuentran fundamento en el principio de dignidad humana (Art.1° CP), el deber de las autoridades de proteger los derechos de todas y todos los residentes en Colombia (Art. 2° CP), las garantías del debido proceso judicial y administrativo (art. 29 CP), la cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que causen los servidores con dolo o culpa grave (art. 29 CP), la consagración de los derechos de las víctimas como derechos de rango constitucional (art. 250 núm. 6 y 7 CP), la integración del bloque de constitucionalidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP), el derecho a acceder a la justicia (art. 229 CP), y en el artículo transitorio 66, (Artículo 1 del Acto legislativo 01 del 31 de julio de 2012), que contempla el deber de adoptar instrumentos de justicia transicional que garanticen en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y que establece que en cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas, por lo cual el Estado debe observar la mayor diligencia en su garantía.

28.- Específicamente en cuanto al derecho a la reparación, este Alto Tribunal, en armonía con el derecho y la jurisprudencia internacional sobre la materia, ha fijado parámetros y estándares constitucionales para la verificación de su satisfacción, entre los que se encuentra el determinar que la reparación es integral "(...) en la medida en que se deben adoptar distintas medidas determinadas no solo por la justicia distributiva sino también por la justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas"¹⁷.

29.- Así, ha establecido que constituyen componentes del derecho a la reparación integral: (i) la restitución de los derechos y bienes jurídicos y

Así mismo destaca que "con respecto al certificado CODA, se observó como uno de los principales obstáculos evidenciados, la desinformación que existe entre operadores y operadoras de servicios, así como entre niños, niñas y adolescentes, respecto al procedimiento y las garantías que el mismo certificado ofrece. La no expedición de dicho documento genera en los y las menores de edad, confusión e incertidumbre, afectando negativamente la percepción que poseen con respecto a su propio proceso de inserción social". Página 60.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-942 de 2010, C-260 de 2011, C-651 de 2011 y C-250 de 2011, C-180 de 2014, entre otras.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



materiales de los cuales han sido despojadas las víctimas; (ii) la indemnización de los perjuicios; (iii) la rehabilitación por el daño causado; (iv) las medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; y (v) las medidas de no repetición.

30.- Concretamente ha destacado que “[e]n relación con el marco jurídico nacional, la restitución se ha reconocido como el componente preferente y principal del derecho fundamental a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado. Por tanto, el derecho a la restitución como componente esencial del derecho del derecho a la reparación y su conexión con los restantes derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a las garantías de no repetición (arts. 2, 29, 93, 229, 250 numeral. 6 y 7) son derechos fundamentales y por tanto de aplicación inmediata.”¹⁸ También ha explicado en cuanto a su contenido que, “la restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”¹⁹, por lo cual en el caso de las víctimas de reclutamiento ilícito la reintegración social y económica constituye una medida de restitución cuyo impedimento representaría una violación directa a la reparación integral.

31.- En tal orientación, es importante destacar que la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en relación con la distinción entre hecho constitutivo y hecho declarativo de la condición de víctima. De manera que ha afirmado que la condición de víctima se genera en un hecho constitutivo de tal condición, es decir, de una situación fáctica de violencia o coacción y que por tanto, no es necesario un reconocimiento administrativo de la condición de víctima para ostentar tal calidad²⁰. De manera que: “los registros de las víctimas son una herramienta técnica que permite identificar parte de esta población y determinar algunas de sus características, con el propósito de brindar herramientas para su atención y reparación. En este sentido, el registro no puede entenderse como el acto constitutivo de la condición de víctima, sino un acto declarativo de carácter administrativo que permite el acceso de las víctimas a los beneficios de la ley, no siendo por tanto un instrumento por medio del cual se constituya una calidad, como la de víctima, sino por medio del cual se declara administrativamente tal calidad, como requisito formal para el acceso efectivo, organizado y eficaz de las víctimas a los beneficios que plantea el derecho fundamental a la reparación integral”²¹.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU – 254 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Ibid.

32.- Así pues, ni las leyes, ni la administración, pueden imponer condiciones de imposible cumplimiento para las víctimas, teniendo en cuenta su especial condición de vulnerabilidad, ni tampoco están facultados para exigir requisitos de trámite o de procedibilidad que puedan derivar en una revictimización de las personas que han sido conculcadas, vulneradas o despojadas de sus derechos a causa de los graves delitos cometidos con ocasión del conflicto armado interno.

33.- Teniendo en cuenta que como ya se mencionó anteriormente, de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 128 de 2003 "*[p]or el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil*" en el caso de las personas menores de dieciocho (18) años que se desvinculen de organizaciones armadas al margen de la ley: (i) quien constate la desvinculación deberá dar a conocer el hecho a la autoridad judicial competente; (ii) hacer la entrega de un acta en la cual consten los datos iniciales de individualización del niño o niña, su huella dactilar y las circunstancias de su desvinculación del grupo armado, la cual será entregada a la autoridad competente del lugar donde esta se efectúe para que inicie la respectiva actuación; y (iii) el ICBF, una vez reciba al niño o niña, debe dar aviso al Ministerio de Defensa Nacional para que verifique su vinculación al grupo armado y a la ACR para su seguimiento y posterior reconocimiento de beneficios, la Defensoría del Pueblo observa que se cuenta con suficiente documentación para evidenciar la desvinculación del niño o niña al conflicto armado, y que a la luz de las consideraciones anteriores sobre el hecho de que la condición de víctima se genera en un aspecto fáctico constitutivo, exigir como requisito el certificado CODA para ingresar al proceso de reintegración socioeconómica constituye una medida que no es idónea, adecuada ni razonable y, por el contrario, resulta atentatoria a la restitución como componente fundamental del derecho a la reparación integral de estas víctimas.

5.3 Tercer cargo: El aparte acusado de la norma viola el principio del interés superior del niño y la niña.

34.- Aun cuando para acceder a los programas de reintegración social y económica ofrecidos por la ACR, las víctimas de reclutamiento forzado ya deben tener más de dieciocho (18) años, la Defensoría del Pueblo encuentra que la exigencia a estas, que estipula el aparte demandado, de contar con el certificado CODA para ingresar a dichos programas, contraría el principio del interés superior del niño y la niña, ya que estas medidas de restitución responden al tipo de violación a los derechos humanos sufrida cuando eran menores de edad y tiene gran trascendencia para su reparación porque les brinda herramientas para recomponer sus proyectos de vida.



35.- El principio del interés superior del niño y la niña contemplado en el artículo 44 de la Carta estipula que los derechos de las personas menores de 18 años prevalecen sobre los de las y los demás, por lo que se constituye un principio orientador de toda interpretación del marco normativo relativo a la niñez y un estándar de aplicación de las normas, procedimientos y políticas públicas en materia de los derechos de esta población²².

36.- Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"²³ y, en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "[l]a prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad."²⁴

37.- En el ámbito interno, la jurisprudencia constitucional ha indicado que para poder justificar una decisión basada en dicho principio se requiere el cumplimiento de al menos cuatro condiciones fundamentales:

"1) En primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real; es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor"²⁵.

²² Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia y Comisión Colombiana de Juristas. *El Delito Invisible. Criterios para investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia*. Versión ampliada y actualizada. Bogotá, diciembre de 2013.

²³ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 3.1

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C Nº 130, par. 134, p. 59.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



38.- También ha aclarado que "(...) El sentido mismo del verbo 'prevaler implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor"²⁶. De manera que este principio impone a las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos del niño y la niña y observar la prevalencia del interés superior cuando se trate de asuntos que las o los afecten²⁷.

39.- Adicionalmente y en el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño a través de la Observación general 14 de 2013, "sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial"²⁸, esclarece, entre otros aspectos, el alcance del concepto del interés superior, desde tres dimensiones: (i) como derecho sustantivo; (ii) como principio jurídico de interpretación; y (iii) como norma de procedimiento.

40.- De acuerdo con este instrumento, sobre su alcance **como derecho sustantivo** el interés superior debe ser "(...) una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general"²⁹, que a su vez, se convierte en una obligación de aplicación inmediata por parte de los Estados; **como principio jurídico de interpretación**, demanda que, en aquellas circunstancias donde pueda ser admisible más de una interpretación respecto de la aplicación de un derecho, prevalezca aquella que reconozca de manera más efectiva el interés superior del niño y la niña; y **como norma de procedimiento**, establece que para en el evento en que se deban tomar decisiones que afecten a un niño o niña, el operador jurídico, juez, o autoridad administrativa debe considerar las consecuencias de la misma para él o ella, como también contar con la motivación y justificación del sentido de la misma.

41.- Así pues, a la luz de estas consideraciones, la Defensoría considera que la exigencia del certificado CODA obstaculiza el acceso de las víctimas a los

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

²⁷ Opus cit. Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia y Comisión Colombiana de Juristas.

²⁸ Convención de los derechos del niño. Artículo 3, párrafo 1.

²⁹ Comité de los derechos del niño. Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. CRC/C/GC/14 (2013). P.4.

programas de reintegración social y económica como medida de restitución, componente preferente y principal al derecho a la reparación integral, tal como se expuso en la sección anterior, (ii) constituye un requisito formal que no es idóneo, razonable ni adecuado para la verificación de su desvinculación al conflicto armado ya que existen otros medios para ese fin de acuerdo a los procedimientos que estipula el artículo 22 del Decreto 128 de 2003 cuando los niños y niñas víctimas de reclutamiento ilícito son recuperados, (iii) es un requisito formal para la entrega de beneficios y el control de estas por parte de la ACR que no puede anteponerse al derecho de las víctimas de reclutamiento ilícito a ser reintegrado social y económicamente, y (iv) desconoce que la reintegración económica y social constituye un derecho elemental para toda persona que haya sido forzada a participar en la guerra siendo niño o niña, y que requiere dentro de su proceso de reparación, como presupuesto básico, el estar posibilitado para restablecer sus proyectos de vida en sociedad.

5.4 Cuarto cargo: El aparte acusado de la norma viola el principio de buena fe porque exige una acreditación adicional para que una persona sea tenida como víctima de reclutamiento ilícito para efectos de la restitución de sus derechos.

42.- Finalmente, la Defensoría del Pueblo encuentra que el aparte acusado de la norma al exigir a las víctimas el certificado CODA, como presupuesto para el ingreso a los programas de reintegración social y económica, es inconstitucional porque desconoce los principios de favorabilidad³⁰; buena fe³¹; y prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho³².

43.- Así, la norma cuya inexecutable se demanda, pasa por alto que el Estado en desarrollo del deber de cumplimiento de sus obligaciones internacionales —entre las que cabe destacar la obligación de reparar a las víctimas mencionada anteriormente— y como parte del reconocimiento de la dignidad de toda persona que haya soportado las consecuencias del conflicto armado interno, no puede estipular requisitos formales que obstaculicen el acceso a cualquiera de las medidas de restitución de sus derechos como si partiera de presumir su mala fe.

44.- Por el contrario, el legislador dispuso en el capítulo II de la ley 1448 de 2011, una serie de principios generales que, en buena medida, promueven la efectividad de los derechos de las víctimas, tales como los de favorabilidad, buena fe, prevalencia del derecho sustancial y participación conjunta, entre

³⁰ Entre otras, Sentencias T-444 de 2008, T-025 de 2004; T-328 de 2007.

³¹ Corte Constitucional Sentencias T-1094 de 2004; T-328 de 2007.

³² Corte Constitucional Sentencias T-025 de 2004 y T-328 de 2007.



otros, de modo que cualquier disposición legal sobre la materia deba aplicarse y ser interpretada a la luz de dichos principios.

45.- Ahora bien, lugar especial ocupa la buena fe dentro de este conjunto de directrices dado que este principio releva a las víctimas de la carga de probar su condición, otorgando un valor particular a su declaración bajo la presunción de que lo afirmado es verdad y que, en caso de duda, le corresponde al Estado demostrar lo contrario³³. Por esta razón, la Corte Constitucional ha manifestado que en virtud del aludido principio se otorga un especial peso probatorio a la declaración de la víctima, con lo cual bastará sencillamente una acreditación sumaria del daño sufrido por ésta para tenerla como tal:

“Así, el principio de buena fe está encaminado a liberar a las víctimas de la carga de probar su condición. En la medida en que se dará especial peso a la declaración de la víctima, y se presumirá que lo que ésta aduce es verdad, de forma que en caso de duda será el Estado quien tendrá la obligación de demostrar lo contrario. En consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba”³⁴.

46.- De manera que si basta con probar sumariamente el daño sufrido, en este caso por el reclutamiento ilícito, para que se proceda a relevar a la víctima de la carga de la prueba (artículo 5 de la ley 1448 de 2011) resulta inadmisibile, desde el punto de vista constitucional, exigirle acreditaciones adicionales tales como el certificado CODA, con el fin de que se le permita el acceso a los programas de reintegración social y económica para efectos de la restitución íntegra de sus derechos, precisamente porque la presunción de buena fe cobija a las víctimas respecto de cualquier autoridad al momento de acceder a los programas administrativos de atención y reparación.

47.- De ahí que solicitar a las víctimas de reclutamiento ilícito el certificado CODA como presupuesto para acceder a los programas de reintegración social y económica, se constituye en un requisito formal que obstaculiza el goce efectivo de sus derechos a la atención y a la reparación, y a la vez vulnera el principio constitucional de buena fe que salvaguarda la efectividad de dichos derechos.

³³ De conformidad con las consideraciones de la Corte Constitucional la aplicación de la presunción de buena fe e conlleva a que los funcionarios encargados de recibir las declaraciones tomen como ciertos los hechos relatados por el declarante: “En consecuencia, ello indica que si se estima que el relato o las pruebas son contrarios a la verdad, debe ser demostrado por la autoridad, en razón a que la presunción de la buena fe supone una inversión de la carga de la prueba. En estos casos, corresponde a la autoridad demostrar que los hechos esenciales de la narración no son ciertos (...)”. Sentencia T-650/12. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-253A de 2012. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

10/458



VI. PRETENSIÓN

48.- Como se expuso, establecer como requisito el contar con el certificado CODA para que las víctimas de reclutamiento ilícito puedan ingresar al proceso de reintegración social y económica que lidera la ACR, viola el derecho de las víctimas a la restitución como componente preferente y principal del derecho a la reparación integral, así como el derecho a la igualdad, y los principios del interés superior del niño y la niña y el de presunción de buena fe, razón por la cual solicito a la Honorable Corte Constitucional que declare inexecutable el aparte acusado de la norma demandada por contrariar los preceptos contenidos en la Constitución Política de 1991, en los términos de este escrito.

Atentamente,



JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ
Defensor del Pueblo