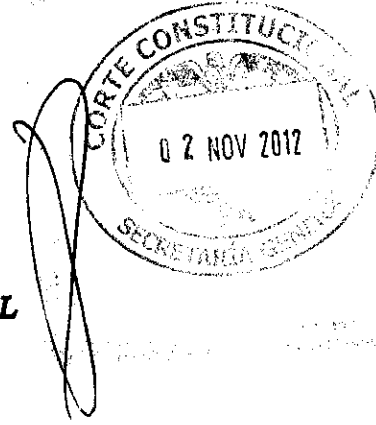


Popayán, 19 de octubre de 2012



Honorables

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Palacio de Justicia

Calle 12 N° 7 - 65

Bogotá D.C.

Referencia: Demanda de Inconstitucionalidad contra el párrafo único del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 (Ley de la Infancia y Adolescencia)

Honorables Magistrados,

Raúl Humberto González Flechas, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 7'177.113 de Tunja, domiciliado en la ciudad de Popayán, como ciudadano en ejercicio y laborando como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales para Adolescentes, en uso de los artículos 40, 241 y 242 Superior y del Decreto 2067 de 1991, a través de la presente demanda, acudo a Ustedes para que se estudie y declare la inconstitucionalidad del párrafo del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), fundamentado en los siguientes argumentos que se presentan conforme a lo ordenado por el señalado Decreto y por los lineamientos jurisprudenciales de la Digna Corporación a la que pertenecen, así:

1. OBJETO SOBRE EL QUE VERSA LA ACUSACIÓN:

La norma sobre la que versa la acusación de inconstitucionalidad en la presente demanda por ser contraria a la Constitución y a los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Estado Colombiano, **es el párrafo único del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006** que es del siguiente tenor:

"LEY 1098 DE NOVIEMBRE 8 DE 2006

'Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia'

El Congreso de Colombia
DECRETA:

LIBRO SEGUNDO

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES Y
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA CUANDO LOS NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS
ADOLESCENTES SON VÍCTIMAS DE DELITOS**

TÍTULO I

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES Y OTRAS DISPOSICIONES

CAPÍTULO III

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

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

- 1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.*
- 2. Se establezca que la situación de marginalidad social, económica y cultural no le permitan al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.*
- 3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.*
- 4. Por fuerza, amenaza coacción y constreñimiento.*

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

Parágrafo. *No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma.”* (Negrilla fuera del texto)

2. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Los preceptos Constitucionales vulnerados por la norma acabada de transcribir son los siguientes:

“Artículo 44. *Derechos Fundamentales de los Niños. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

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

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

“Artículo 45. Protección y Formación Integral de Adolescentes. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”

“Artículo 53. Protección del Trabajo y de los trabajadores. El Congreso expedirá el Estatuto de trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
(...)

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

“Artículo 93. Bloque de Constitucionalidad. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.” (Negrillas fuera de los textos normativos)

3. RAZONES POR LAS CUALES EL TEXTO NORMATIVO DEMANDADO VIOLA LA CONSTITUCIÓN.

Como quiera que la Corte ya se ha pronunciado profundamente sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente al proceso penal que se pueda adelantar en su contra (en vigencia del Código del Menor) en la sentencia C - 203 de 2005; decisión que abordó el tema del reclutamiento de menores al conflicto armado pero que se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2006 o Ley de la Infancia y la Adolescencia y que, obviamente, no abordó el tema del sistema de responsabilidad penal para adolescentes y de allí tampoco el tema del principio de oportunidad en dicho proceso penal especial, procuraré presentar los planteamientos que sustentan esta petición de la forma más puntual y concreta posible.

Desde la creación de la Constitución de 1991 en Colombia se ha tratado de adecuar la legislación a los requerimientos y obligaciones que a nivel internacional se han adquirido en procura de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes; empezando por establecer como derecho fundamental en el artículo 44 Superior el llamado *interés superior del niño*, brindándole una

categoría especial y distinta a los derechos de los menores de edad, pues los mismos son de carácter *prevalentes* sobre los derechos de los demás.

Y es precisamente en este aspecto en el que se vulnera de forma flagrante ese derecho fundamental consagrado a nivel constitucional y convencional en el que se establece un trato diferenciado y prevalente a favor de los menores.

Esa prevalencia y ese trato diferenciado en pocas palabras indican que las condiciones que cobijan a unos y otros (adultos y menores) son distintas primando, sobre los de éstos, los derechos de aquellos, es decir, primando los derechos de niños, niñas y adolescentes que poseen objetivos superiores de recuperar para la sociedad y a través de procesos educativos a jóvenes que han iniciado su vida por el camino de la delincuencia.

Es así que el objeto de la Ley de la Infancia y la Adolescencia radica básicamente en lograr ese fin de la prevalencia de los derechos de los menores de edad, establecido por la plenaria Naciones Unidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Además, en lo que respecta a la justicia penal juvenil, como los tratados internacionales orientadores de dicha jurisdicción encontramos las Directrices de Naciones Unidas para Prevención de la Delincuencia Juvenil y las reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores que, como expondré más adelante, están siendo vulneradas por la legislación nacional quebrantando así el bloque de constitucionalidad.

Por ello el estudio que haga la Corte Constitucional no solo es de constitucionalidad sino de convencionalidad para concluir que la norma demandada es, a todas luces, ajena a los derechos fundamentales de los y las adolescentes en Colombia.

Lo anterior por cuanto dentro de los objetivos de la Ley de infancia se determino establecer el uso del principio de oportunidad y darle al mismo dentro de este proceso penal especial la categoría de principio rector preferente.

Se conmina al operador judicial con dicha norma y de ser posible a buscar toda alternativa viable para que el menor no sea sometido a un proceso penal sino educativo y se indica expresamente que el uso del principio de oportunidad será principio rector de uso preferente dentro de este trámite judicial.

Además, señala la Ley 1098 de 2006 el trato preferente que deben tener los menores de edad, más aún cuando ellos no son los victimarios sino las víctimas y profundiza ese objetivo al establecer procedimientos especiales para los niños, niñas y adolescentes que hayan sido objeto de reclutamiento forzado o hayan hecho parte del conflicto armado perteneciendo a alguno de los grupos vinculados al mismo.

Evidencia de lo anterior es la simple lectura y origen de los artículos 1 a 16 de la Ley 1098 de 2006 que son enfáticos en establecer la garantía de derechos superiores de los menores de edad, su debida protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado (artículos 1 y 2); la naturaleza de las normas allí establecidas que son de carácter público e irrenunciable y que *“los principios y reglas en ellas consagradas se **aplicaran de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes**”* (artículo 5) e indica que *“Las normas 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,*

harán parte integral de éste Código y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al INTERÉS SUPERIOR del niño, niña o adolescente...

(artículo 6) y, explica que se entiende por interés superior de los niños, niñas y adolescentes, consagrado en el artículo 44 Superior, diciendo que se entiende como tal “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (artículo 8).

Establece además y muy importante que ***“En todo acto, decisión o medida administrativa o judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al INTERÉS SUPERIOR del niño, niña o adolescente.”***

Todos estos principios rectores de la Ley 1098 son de carácter Constitucional y Convencional, sin embargo, cuando hacemos referencia al parágrafo del artículo 175 de esta misma Ley que señala una prohibición expresa a la aplicación preferente del principio de oportunidad a favor de los menores de edad que hayan hecho parte del conflicto armado y que por esa situación hayan incurrido en conductas violatorias del DIH según lo señalado por el Estatuto de Roma, vemos una contradicción frente a todos estos principios rectores, a todas las obligaciones de Colombia frente a los Tratados y Convenios Internacionales sobre el tema, a la Constitucional Nacional y al bloque de constitucionalidad, pues la norma demandada no le da el trato preferente mencionado a los menores de edad, iguala su condición a la de los adultos, vulnera sus derechos sociales, familiares, rehabilitadores y pedagógicos; los obliga a ser objeto de persecución penal cuando ellos son víctimas de estos hechos, no los considera víctimas de una de las peores forma de trabajo (Convenio 183 OIT) sino victimarios y obliga al operador judicial no ha buscar el mecanismo idóneo para proteger sus derechos sino a judicializar unas acciones o conductas impulsadas por otros y los equipara a cualquier delincuente ordinario que ha sido motivado por situaciones completamente distintas.

Y si se toman referentes internacionales actuales, la vulneración constitucional de la norma demandada se hace más evidente; referentes como los ocurridos en los Tribunales Internacionales para Timor Oriental y Sierra leona, en donde uno de los principales crímenes juzgados fue el de reclutamiento de menores de edad al conflicto armado.

Dicho reclutamiento hizo partícipes directos a niños, niñas y adolescentes de las hostilidades armadas y muchas otras acciones que, en cabeza de estos menores de edad, agredieron o atacaron flagrantemente a la humanidad y al derecho internacional humanitario. Sin embargo, en estos Tribunales ad-hoc de Justicia Internacional no se vislumbró la posibilidad de Juzgar acciones cometidas por éstos menores de edad ni siquiera cuando sus conductas fueran consideradas como de lesa humanidad.

Ello por cuanto estos menores de edad siempre fueron considerados como víctimas de dichos conflictos y no partícipes de los mismos.

Su presencia en los juicios se debió únicamente a la necesidad de escucharlos de viva voz, como testigos y que relataran cuál fue su participación en el conflicto, cómo fueron reclutados y bajo el mando de quién se encontraban;

considerándoseles en todo momento como víctimas reclutadas a la fuerza o bajo engaño y manejo de sus mentes inmaduras.

Situación que no es ajena a la realidad nacional que enfrente una grave situación de reclutamiento de menores de edad y de comisión de delitos gravísimos ejecutados materialmente por dichos jóvenes.

Sin embargo, y pese a los múltiples documentos emanados de naciones Unidas en las reuniones del Comité de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), la respuesta legislativa colombiana luego de arduos debates, fue la de incluir un parágrafo en el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 en el que se señaló expresamente la prohibición ya mencionada.

Dicha prohibición expresa en la Ley penal juvenil atenta contra el interés superior del niño del artículo 44 de la Carta Política ya que no le da esa relevancia y lo iguala a cualquier delincuente menor o mayor de edad que haya incurrido en conductas punibles ordinarias, dándoles el mismo trato.

Además sobrepasa lo indicado por el artículo 93 Constitucional sobre bloque de constitucionalidad frente a los Convenios internacionales debidamente ratificados por Colombia ante Naciones Unidas y la OIT entre otros Tratados multilaterales.

Y no ha sido una idea personal, pues tanto la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el ICBF, organizaciones no gubernamentales y los mismos textos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” para la capacitación en la ley de responsabilidad penal para adolescentes han señalado lo inconveniente de dicha norma pues obligaría a la judicialización de los adolescentes que deben ser tratados como víctimas y no como victimarios.

El hecho que se prohíba la aplicación del principio de oportunidad indica la obligación para el operador judicial de actuar conforme a sus competencias en contra de estas víctimas, no a favor de ellas. Y así se viene haciendo pues cuando estos jóvenes son capturados pasan por el rasero de la Fiscalía General de la Nación y de los Jueces para Adolescentes y, cuando éstos se entregan, el ICBF remite la documentación respectiva para el estudio judicial de las conductas de estos niños, niñas y adolescentes.

Es claro que ni siquiera la manifestación de voluntad del menor debe ser entendida como tal, pues siempre detrás de ella existe la equivocada influencia de un adulto; haciendo que esto jóvenes sean víctimas y no victimarios del conflicto.

El manejar este tipo de conductas igual como se manejan las del delincuente común, no es acorde con ese principio diferenciador e individual que debe tener la ley penal juvenil, pues es muy distinto atender el caso de un menor que incurre en conductas criminales comunes como el hurto callejero y lo hace dentro de un entorno social que le permite decidir, frente a jóvenes reclutados que no han tenido una opción distinta que empuñar un arma de fuego para evitar acciones contra sus familias, buscar una opción de vida distinta en la que no ha habido más que escoger o por simple lavado mental del reclutador.

Las normas constitucionales citadas son vulneradas de forma individual y conjunta, pues es a partir de Tratados y Convenios internacionales ratificados por Colombia que se incluyó en la Carta Política el concepto de interés superior del niño del artículo 44 y, dicho concepto, ingresa además por bloque de constitucionalidad, artículo 93 superior, con cada uno de los instrumentos internacionales generados de la CIDN, de las Reglas de Beijing y las Directrices

RIAD. Además del Convenio 183 de la OIT sobre las peores formas de trabajo, encuentra protección constitucional al en el artículo 53 ibidem.

Hacer especial énfasis en este párrafo del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, frente al tema de la aplicación preferente del principio de oportunidad como principio rector en el sistema de justicia penal juvenil tiene un sentido amplio y profundo pues uno de los objetivos de la Ley de Infancia y Adolescencia era crear una normatividad penal especial y **diferenciada** respecto de la ley penal ordinaria para adultos¹, sin embargo, se aprecia que en este aspecto se ha fallado con dicha norma.

Lo anterior por cuanto en la excepción establecida en el párrafo del artículo 175 del CIA se está igualando el trato judicial de los menores con el de los adultos, afectándose así derechos y garantías establecidas y protegidas por normas del orden nacional, constitucional e internacional a favor de los niños, niñas y adolescentes.

Esta Ley tiene una vocación de favorabilidad hacia el menor respecto de los adultos **dada sus condiciones especiales de orden físico, mental y social, pues las garantías a ellos ofrecidas son ampliamente superiores a la del sistema judicial ordinario, ello en aras de hacer de nuestra sociedad futura una sociedad mejor.**

No es así cuando al adulto, al mayor de edad con el pleno desarrollo de su mente y pleno dominio de sus acciones que incurre en delitos de lesa humanidad, se le persigue penalmente a nivel nacional e internacional, no admitiéndose en su favor ningún tipo de extinción de la acción penal ni por prescripción, ni por indultos, ni tampoco por aplicación del principio de oportunidad; llegándose al punto que si un Estado parte del Estatuto de Roma decide no juzgar sus conductas, será la Corte Penal Internacional la que lo haga.

Sin embargo, con los menores de edad vinculados al conflicto armado reclutados por fuerzas ilegales, se les está dando el mismo trato y ello está Convencional, Constitucional y normativamente prohibido.

La situación de un menor de edad que es objeto de protección y de reinserción social debe ser distinta y así lo señalan normas internacionales (que desarrollaré más adelante) también adoptadas por Colombia y que han ingresado por bloque de constitucionalidad a nuestra vida normativa.

Dichas normas han hecho que ni siquiera se considere la judicialización de menores de edad cuando han sido parte de conflictos armados siendo miembros activos del grupo armado, pero con la excepción demandada no sólo se esta cerrando la posibilidad de dar una oportunidad judicial a un menor de edad para que sea reintegrado a la sociedad, sino que también se esta obligando al operador judicial a investigar, acusar y sancionar al adolescente que haya sido responsable de delitos de lesa humanidad como miembro o como parte del conflicto armado.

La excepción taxativa a la aplicación preferente del principio de oportunidad, como principio rector dentro del sistema penal juvenil en Colombia, a primera vista, tiene fundamento en la obligatoriedad de la persecución penal por conductas que impliquen violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario o crímenes de lesa humanidad; tal y como ocurre en el sistema penal ordinario o para adultos, pero frente a los menores de edad la lectura no es igual y así ha quedado más que claro y múltiples documentos de Naciones Unidas.

¹ Exposición de motivos Proyecto de Ley 085 de 2005. Gaceta del Congreso 551 de 2005.

Muy distinto a los objetivos de las normas sobre responsabilidad penal juvenil a nivel mundial, es decir, no aplica el trato diferenciado, preferencial y preferente que le da primacía a las soluciones alternativas y ubica la sanción penal como el ultimo recurso al que se puede acudir en esta jurisdicción que no sería, de manera alguna, procedente para quien ostenta la calidad de víctima de estas acciones.

Es claro que en Colombia existe una problemática grave de reclutamiento de menores de edad al conflicto armado y estos menores han participado directamente de las hostilidades. Se han realizado varios estudios sobre el tema destacándose los de Natalia Springuer, y también la comunidad internacional ha presentado estudios y extensos informes sobre la problemática del reclutamiento de menores de edad que se presenta en Colombia que, en su mayoría, resulta ser forzado por los actores del conflicto armado².

Así las cosas, Colombia dio un primer paso insertando en el Código Penal el delito de reclutamiento ilícito³ y les dio a los menores de edad vinculados al conflicto armado la condición de víctimas, con el objetivo de perseguir penalmente con una conducta punible específica a los responsables de dicha actividad y darle el trato respectivo a las mencionadas víctimas.

En 1999 se decidió implementar el “programa para la atención de menores vinculados al conflicto armado” dirigido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para acoger a estos adolescentes, brindarles protección y buscar su recuperación y reinserción a la sociedad bajo la mencionada categoría de víctimas a ser amparadas obligatoriamente en el mencionado programa como sujetos objeto de protección especial.

Sin embargo, y paradójicamente, con la entrada en vigencia de LA Ley para la infancia y la adolescencia en 2006, se cambió dicha sistemática y se le dio una categoría distinta a los jóvenes en esta situación de reclutamiento, pues, se reitera, se obliga normativamente a su judicialización.

Dentro de las exigencias internacionales sobre el tema se produjeron dos muy importantes instrumentos jurídicos los cuales le solicitaban a Colombia hechos que reflejaran su interés en el tema y en el cumplimiento de sus obligaciones. El primero de ellos, es el Protocolo Facultativo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño de Naciones Unidas acordado en el año 2005, el cual hace referencia específica a la participación de los niños en conflictos armados. El segundo de estos, es el Convenio 182 de 1999 de la Organización Internacional del Trabajo, que definió la conducta de reclutamiento y utilización de menores en conflictos armados como una de las peores formas de trabajo y explotación infantil. Dichos instrumentos ordenan a los Estados implementar acciones inmediatas para la erradicación de estas prácticas.

Por otro lado, en las observaciones que se presentaron en el documento de Naciones Unidas referente a Colombia, se plasma una fuerte crítica por la poca efectividad del Estado para implementar las normas y presupuestos necesarios para combatir el problema de los menores en la guerra.

² UNICEF y ACNUDH. (2002). En documento avances legislativos frente a la infancia en América Latina. Sección recomendaciones en: *Capítulo Colombia. Puntos 80 y 81. Niños en situación de conflicto armado*. Menores vinculados al conflicto armado. Colombia.

³ Artículo 162 Código Penal: “El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de 18 años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de 6 a 10 años y multa de 600 a 1000 smmlmv.”

Entonces, en respuesta a la anterior crítica el primer paso emprendido para brindar soluciones a esta problemática fue la creación del mencionado programa de protección y restablecimiento de derechos de los menores reclutados por grupos armados al margen de la Ley en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y también se modificó la edad mínima para ingresar al servicio militar obligatorio y voluntario en 18 años y, después de varios años de atraso frente a la creación legislativa exigida por la CIDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing - 1985), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices RIAD - 1990) y los múltiples llamados de atención de Naciones Unidas sobre la inmediata necesidad de derogar el Código del Menor y establecer una nueva y útil normatividad sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, su protección y los procedimientos especiales y diferenciados cuando deban ser judicializados por ser autores o partícipes de conductas delictivas, se crea el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia a través de la Ley 1098 de 2006.

La aparente claridad del camino a seguir con los y las adolescentes en la condición referida, es decir, vinculados al conflicto armado como actores del mismo, pasó a ser un tanto más compleja cuando, por una misma conducta, con la Ley 1098 de 2006 se les dio una doble condición jurídica: La de víctimas y la de victimarios; la de víctimas como objeto de protección y la de victimarios como objeto de sanción penal.

Siempre ha sido claro que la relación de estos menores de 18 años con el conflicto armado no ha sido bajo su plena autonomía, en primer lugar por su falta de madurez plena que les permita tomar decisiones con la total conciencia de las mismas y, en segundo y más evidente, por que en su mayoría han sido reclutados a la fuerza, obligados a recibir entrenamiento militar y ha ser actores principales del conflicto.

Una mirada objetiva a ello se hace evidente en investigaciones de campo con estos jóvenes realizadas por distintas ONG's, la Defensoría del Pueblo, el ICBF y el Ministerio Público entre otras, en las cuales se relaciona como, la vida de estos muchachos al interior de los grupos armados rayan con la tortura física y psicológica y sus acciones son siempre orientadas por un adulto al que no tienen el derecho ni la posibilidad de contradecir.⁴

Dicha dicotomía, víctima/victimario contradice las normas internacionales y que, por bloque de constitucionalidad, agrede derechos fundamentales constitucionales pues el interés superior del niño no es un concepto de nuestra Constitución, sino que llegó allí por las exigencias internacionales a las que Colombia adhirió así estos hayan cometido delitos de lesa humanidad.

En el proyecto original de la Ley 1098, se hablaba que cuando el delito fuera de especial gravedad se hablaba de la posibilidad de usar la conciliación en cambio del principio de oportunidad como medio para asegurar, no una renuncia a la persecución penal sino el acuerdo entre las partes para cerciorarse que existiera reparación integral efectiva a favor de las víctimas por parte de estos menores, sin dejar de ser ellos objeto de especial protección por parte del Estado.

⁴ Ver documento: Springer, N. (2005). *Prisiones Combatientes. Datos del primer informe exploratorio sobre el uso de niños, niñas y adolescentes para los propósitos del conflicto armado en Colombia*. Colombia: Fundación Maya Nassa.

Adicional a lo señalado, dentro del marco jurídico internacional presentado en la exposición de motivos⁵ de la Ley, como fuente normativa que exigía un imperativo cambio legal para la infancia y la adolescencia en Colombia, se hizo especial énfasis al Estatuto de la Corte Penal Internacional con el objetivo de reforzar la protección que requieren los jóvenes en cada uno de los Estados pero, finalmente, se leyó equivocadamente imponiendo límites procesales dentro del sistema penal juvenil.

Se señaló especialmente en el numeral 7, sub numeral 4 de la exposición de motivos, la consideración que se hace en el Estatuto de Roma clasificando como crimen de guerra y de lesa humanidad el reclutamiento de menores de 15 años para participar en conflictos armados⁶, especificando su calidad de víctimas de especial protección, lo que contradice lo establecido en el mencionado parágrafo. Varias intervenciones en el proceso legislativo señalaron la inconveniencia de agregar la excepción atacada, como las siguientes:

- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

“Respecto a lo que concierne a los grupos y a los niños vinculados a los grupos armados irregulares, existe una duda acerca del programa al cual deben ser remitidos, ya que aunque la Corte señala que estos niños deben ser remitidos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a un programa especializado, en este momento se cuenta con dos, no hay claridad sobre cuál es el indicado para atenderlos, si ¿el creado para las víctimas de la violencia política, o el de reeducación, que es para infractores de la ley penal?⁷

- La Defensoría del Pueblo:

“Los niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto deben tratarse como víctimas. La Defensoría avala la posibilidad contenida en el proyecto de ley consistente en la aplicación del principio de oportunidad en estos casos con lo cual la autoridad encargada se abstiene de iniciar la investigación penal.

Existe un desequilibrio entre los sujetos activos del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas y los sujetos pasivos del mismo, pues según la ley de justicia y paz los beneficios de aquellos son superiores a los de las víctimas del delito, aspecto que se hace más evidente ahora que los niños y niñas han sido considerados infractores de la ley penal según pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Frente a la utilización de niños y niñas en actividades de inteligencia militar, la Defensoría avala la prohibición de la entrevista militar y su vinculación en dichas actividades por parte de la fuerza pública (autoridades militares, de policía y de seguridad).”⁸

- La Comisión Colombiana de Juristas:

“Artículos 42 (6), (30). Con relación a los niños y niñas vinculados del conflicto armado, sujetos pasivos de delito de reclutamiento ilícito, la respuesta estatal debe ser perseguir, investigar y sancionar a los adultos autores de este delito, y

⁵ Ibídem nota 7.

⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. Artículo 8, Crímenes de Guerra; Numeral 2, a los efectos del presente Estatuto, se entiende por crímenes de guerra...; literal b: Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes...; numeral XXVI Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

⁷ Ibídem.

Frente a ese dilema, se pronunciaron representantes de organizaciones de derechos humanos y la Defensoría del Pueblo, indicando lo inconveniente que sería tener en un programa destinado a infractores dolosos de la Ley penal a los jóvenes víctimas del conflicto, pues el tratamiento es y debe ser totalmente distinto, para aquellos las reglas de las sanciones de SRPA y para éstos el trato psicológico y afectivo que requieren para recuperarse de la experiencia desastrosa de la guerra.

⁸ Ibídem.

no judicializar a los niños y niñas, por hechos que se vieron forzados a cometer como víctimas de este delito. (Derecho a no participar en la guerra)”⁹

- La Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia:

“Preocupaciones sobre las propuestas de criminalizar a los niños y niñas desvinculados del conflicto. En diversas ocasiones las instituciones del Estado se han opuesto a la judicialización de la niñez víctima del conflicto (Alcaldía de Bogotá, Defensoría del Pueblo). El ICBF ha afirmado que no deben juzgarse bajo ningún régimen penal sino protegidos integralmente.

- La Procuraduría General de la Nación:

“Niños no deben ser sometidos a proceso de responsabilidad penal juvenil, por delitos como rebelión, asonada, porte ilegal de armas, participación en secuestros, torturas, masacres, etc.”¹⁰

- El Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo:

“Se plantean diferencias frente a la judicialización de los niños en el conflicto armado. Si bien bajo la redacción de este proyecto habría 2 mil niños privados de la libertad (bajo el actual Código habría 18 mil), habría 11 mil vinculados al conflicto. El Estado debe adoptar medidas para impedir su reclutamiento y prestar asistencia para su recuperación. Hacen referencia a dos artículos: 1. Artículo 166 exonera de la medida de privación de la libertad sólo por los delitos estrictamente políticos (Título XVIII C. Penal: Rebelión, sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación o retención ilegal del mando), y 2. Artículo 184 sobre aplicación del principio de oportunidad. Concluyen que cometan infracciones al DIH no serán objeto de finalización a la persecución penal dado que el 184 no las estipula explícitamente; y en tanto que el 184 excluye del principio de oportunidad las acciones cometidas en contra del DIH, se entiende que sus autores no son beneficiarios de la remisión a un programa de atención especializada al ICBF.

El proyecto contempla en su lista de delitos de especial gravedad una serie de conductas que en muchas ocasiones los niños vinculados se ven forzados a cometer. Por lo tanto es necesario insistir en el enfoque sobre la situación de niños en el conflicto como víctimas no para subvalorarlos o descalificarlos, sino para señalar la responsabilidad del Estado y grupos armados. En conclusión: Frente a niños y niñas desvinculados, sujetos pasivos del delito de reclutamiento ilícito, la respuesta debe ser perseguir, investigar y sancionar a los adultos autores del delito y no judicializarlos por hechos que se vieron forzados a cometer. Deben ser atendidos independientemente de los hechos que hayan cometido por un programa especializado del ICBF.”¹¹

- Senador Gustavo Petro.

“Otra recomendación aprobada el 2 de junio dice: El Comité recomienda que el Estado parte, o sea Colombia, incorpore plenamente el principio de interés superior del niño en todos los programas, políticas y procedimientos judiciales administrativos, la pregunta que nosotros nos hacemos es: En el sistema penal para menores, que establece este Proyecto de ley, se ha colocado como prevalente el interés superior del niño, en las palabras del Senador Germán Vargas Lleras, podemos descubrir acaso este principio del que Colombia se hizo parte obligada para acatarlo, cuando dice: Que si un niño, así tenga 16 o 17 años, comete un delito de lesa humanidad debe recibir un castigo, por lo menos similar al de los adultos, aquí está el interés superior del niño

⁹ Congreso de Colombia. (2006). *Gaceta del Congreso* N° 234. Colombia.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

expresado como principio, en ese tipo de concepción que entre otras cosas, está en el Proyecto de ley, y me explico.

Si a un niño lo llevan los Paramilitares o la Guerrilla y comete una masacre, él tiene 16 o 17 años, como el que asesinó a Carlos Pizarro, ¿La sanción y la condena que se le impone, es superior a la que efectivamente quienes mandaron al niño a cometer el delito, reciben hoy en Colombia?¹²; por ejemplo, en el caso de Carlos Pizarro, el niño que lo asesinó, si no lo hubieran matado ahí mismo, hubiera recibido una condena inferior que quien ordenó su asesinato que es Carlos Castaño o Salvatore Mancuso, ¿Así se expresa el principio del interés superior del niño?¹³.

Entonces, ¿qué motivó al legislativo a agregar dicha salvedad a la aplicación preferente del principio de oportunidad en nuestro actual sistema de responsabilidad penal para adolescentes?

Acudiendo nuevamente a las actas de discusión de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, podemos observar que en definitiva lo que llevó a incluir dicha excepción fue un temor infundado sobre las consecuencias de no juzgar delitos de lesa humanidad, así hayan sido cometidos por menores de edad vinculados forzosamente al conflicto armado.

Se dijo en las diversas discusiones que el principio de oportunidad como se presentaba en el proyecto, *“ocultaba una especie de amnistía o indulto”* para delitos de especial gravedad y que la opinión tanto a nivel nacional como internacional sería de rechazo y hasta sancionatoria de permitirse un *“vacío”* de esa magnitud en la norma, permitiendo al Estado renunciar al ejercicio de la acción penal olvidando la obligatoriedad para él, conforme al Estatuto de Roma, de judicializar cualquier conducta violatoria del DIH so pena de la intervención de la Corte Penal Internacional.

En el informe de ponencia para primer debate del proyecto de Ley¹⁴, ahora con el número 215 en Senado, se señaló por los ponentes –senadores Héctor Elí Rojas Jiménez, Germán Vargas Lleras, Juan Fernando Cristo Bustos, Claudia Blum de Barberi y Carlos Holguín Sardi– lo siguiente:

“El principio de oportunidad no puede ser para delitos graves o de especial gravedad, a menos que concurren otras de las causales previstas en la Ley 906 de 2004; también hay que tener en cuenta que el principio no es solo para extinguir la acción penal sino que el juez además puede interrumpirla o suspenderla. Por eso proponemos excluir del proyecto el inciso 2° del artículo 180.

De otra parte proponemos eliminar el artículo 181 de la propuesta de la honorable Cámara de Representantes pues contiene una amnistía disfrazada y, por lo demás, la materia está suficiente y mejor regulada en la Ley 975 de 2005.”

Dicha excepción se debatió como la posibilidad de mantener la aplicación preferente del principio de oportunidad para los jóvenes injustamente vinculados a grupos al margen de la Ley pero, frente a los delitos de lesa humanidad, finalmente se acogió agregar un parágrafo que hiciera claridad sobre el tema y que dejara expresamente señalado que los delitos de lesa humanidad deben ser castigados así hayan sido cometidos por menores de edad.

Los cuestionamientos presentados en los debates no han perdido vigencia luego de aprobada la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, pues continuamos planteándonos si realmente el menor de edad vinculado al conflicto

¹² Hacía referencia a las penas señaladas dentro del proceso de justicia y paz en el marco de la Ley 975 de 2005.

¹³ Gaceta del Congreso 398 de 2006.

¹⁴ Congreso de Colombia. (2006). *Gaceta del Congreso* N° 128. Colombia.

armado que haya participado de las hostilidades debe ser excluido del trato preferente a los jóvenes considerados víctimas por esta misma condición o se les debe dar un trato como infractores de la Ley penal y, por consiguiente, ser objeto de persecución y sanción penal, superando así el denominado interés superior del niño consagrado en las normas internacionales y en la Constitución Política.

Los interesantes trabajos de Natalia Springuer nos ponen a tono con la situación real de estos jóvenes y encontramos testimonios como estos:

“Un día me escape durante el día. Había dejado todas mis armas atrás. Estaba haciendo centinela y me huí. Me cogieron después de una hora. Los milicianos me reconocieron, incluso con la ropa de civil que me había puesto. Lloré cuando me cogieron. Les rogué que me dejaran ir. Me amarraron con una cadena de metal. No podía mover mis brazos. No me dejaron hablar con el consejo de guerra. Afortunadamente votaron por no matarme. En cambio me hicieron cavar veinte metros de trinchera, me mandaron veinte veces por leña y me amarraron a un palo por dos semanas. Me tocó hablar al frente de todos explicándoles por qué había tratado de desertar, por qué había hecho ese error”¹⁵.

“Ser Capturado me devolvió la libertad”¹⁶.

La situación de los menores vinculados al conflicto armado en Colombia tiene una trascendencia tal que requiere del diseño concienzudo de las normas que van a buscar soluciones a dicha problemática. Es tan alta la importancia que tiene el tema de los menores en la guerra a nivel mundial que se han expedido en las dos últimas décadas más de 80 instrumentos internacionales que buscan protegerlos y recuperarlos para integrarlos a una sociedad a la que nunca han pertenecido o de la que han sido rechazados por la situación que han tenido que vivir y de la que seguro, si hubiesen tenido la oportunidad, hubieran elegido no hacerlo.

La vulneración a los artículos 44, 53 y 93 de nuestra Carta Política se encuentran precisamente en esa situación ya regulada. Los tratados sobre derechos de los niños como derecho internacional y derecho internacional humanitario son los que más adiciones y ratificaciones tienen a nivel global. Luego de la Declaración de los Derechos del Niño¹⁷, La Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁸ fue suscrita y ratificada por todos los países miembros de la Organización de Naciones Unidas¹⁹ a excepción de Somalia y Estados Unidos.

Dentro del marco normativo internacional podemos encontrar múltiples instrumentos que amplían y/o complementan la Convención acabada de citar, instrumentos de los cuales Colombia participa activamente. Las normas internacionales que han dado origen a la Ley de Infancia en Colombia, por sus características protectoras de Derechos Humanos, sobre todo en lo concerniente al reclutamiento de menores, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y, por lo tanto, se conciben como de obligatorio cumplimiento para nuestro Estado, según lo acordado en la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, los protocolos I y II de Ginebra y su desarrollo jurisprudencial en el Consejo de Estado y la Corte Constitucional

¹⁵ Relato de “Adriana”, niña guerrillera reclutada por las FARC a los 12 años de edad. Tomado del documento: Brett, S y Springuer, N. “*Aprenderás a no llorar*”: Niños combatientes en Colombia. Colombia: División de las Américas de Human Rights Watch.

¹⁶ Relato de “Hernán”, Reclutado por las AUC a los 11 años de edad. Capturado por el ejército que los entregó al programa de atención de menores vinculados al conflicto armado en Colombia. Tomado del documento: Brett, S y Springuer, N. “*Aprenderás a no llorar*”: Niños combatientes en Colombia. Colombia: División de las Américas de Human Rights Watch.

¹⁷ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 a través de Resolución 1386 (XIV).

¹⁸ Proclamada el 20 de noviembre de 1989, adoptada mediante Resolución 44/25 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹⁹ Ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

Como primer antecedente normativo internacional sobre derechos del niño, dentro de marcos generales de protección a los derechos humanos, encontramos la Declaración de Ginebra de 1924 aprobada por la Sociedad de Naciones en su 5ª Asamblea General. Declaración que en cinco puntos presenta, básicamente, la obligación de darles a los niños un trato primordial y de calidad frente a sus derechos, con prevalencia de los mismos sobre los derechos de los demás. Pudiendo ser este último aspecto el primer referente histórico del concepto de interés superior del niño²⁰ introducido en nuestra Constitución en el artículo 44.

En 1948 se creó y aprobó por la Asamblea General “*La Declaración Universal de los Derechos Humanos*” en la que se destaca la importancia de la protección a la infancia, señalando el inciso 2º del artículo 25 que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 20 de noviembre de 1956, la “*Declaración de los Derechos del Niño*” a través de Resolución 1386 (XIV).

Ahora, frente al artículo 53 Superior, en 1973, la Organización Internacional del Trabajo también le dio importancia a la situación laboral de los menores de edad y, por ello, expidió la Convención N° 138 relativa a la edad mínima de admisión al empleo que no puede ser inferior a los 15 años y bajo condiciones distintas a las de un mayor de edad, en trabajos con menos horas diarias y que no impliquen esfuerzos físicos desmedidos ni riesgo para su vida e integridad personal planteando, además, la importancia de fomentar el estudio como actividad principal para estos jóvenes.

Y en 1999, la OIT expidió la Convención 182 sobre las peores formas de trabajo, estando allí incluido el reclutamiento de menores de edad y su actividad militar. En dicha Convención se conmina a los Estados parte a suprimir de cualquier forma esta actividad y darle **protección** a los menores que han debido sufrir esta acción, así como la consecuente judicialización de las personas que hicieron posible su reclutamiento.

Es en 1989 que se marca la diferencia en la legislación sobre derechos del niño y puede separarse, a partir de ese momento, los conceptos que fundan ahora la protección, garantía y respeto por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esto con la aprobación de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (CIDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989.

A partir de la Convención se cambió el antiguo modelo tutelar por el de la protección integral que otorga al niño la posición de sujeto de protección reforzada y establece el concepto de interés superior del niño como imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; los cuales son universales, prevalentes e interdependientes y les concede la condición de sujetos de derechos con deberes y obligaciones que los hace responsables por sus actos.

Se establece así la prevalencia de los derechos del niño sobre los derechos de los demás y se indica que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de éstos en especial si existe conflicto entre sus derechos y los de los demás (interés superior – art. 44 CP).

²⁰ Llobet, J. (2003). *Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil*. San José, Costa Rica: ILANUD.

La CIDN reconoce en el tema de los menores de edad responsables de infringir la ley penal, el derecho que tienen a recibir un trato acorde con su dignidad y el valor superior que debe tener su futuro como objetivo primordial para el Estado, la sociedad y la familia, a fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, tener en cuenta su edad y la importancia de promover su reintegración total a la sociedad y que, además, el niño asuma su función constructiva en la misma.

Colombia ha venido suscribiendo los distintos Protocolos Facultativos a la CIDN que abordan casi todos los temas relativos a los ataques que sufren o pueden sufrir los menores de edad a nivel de identidad, laboral, libertad, sexualidad y, en general, cualquier tipo de violencia. Señalan las obligaciones del Estado respecto a estos menores y frente a los menores que incurren en conductas delictivas.

Sin embargo, antes de hacer referencia a ellos, debemos mencionar, por ser expedidas antes de la CIDN, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como las “Reglas de Beijing”²¹ que regulan la acción estatal y social respecto de los menores de edad vinculados como autores o partícipes de conductas delictivas, estableciendo, como su título lo dice, unos parámetros mínimos garantistas y protectores que deben tener en cuenta los Estados parte al momento de judicializar a este grupo social que, sin excusar nunca sus faltas, si les da un *plus* especial comparado con el sistema de judicialización de una persona mayor de edad.

Los parámetros expresados en estas reglas internacionales hacen parte de lo que es hoy el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, no sólo como sustento de este nuevo sistema penal diferenciado sino también como respaldo interpretativo para llenar los posibles vacíos que puedan presentarse al momento de aplicar la Ley 1098 de 2006.

Haciendo referencia a algunos de los instrumentos normativos internacionales en desarrollo de la CIDN, encontramos:

- “Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía”, firmado por Colombia el 6 de septiembre de 2000, ratificado el 11 de noviembre de 2003 y puesto en vigencia a partir del 11 de diciembre de 2003;
- **“Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados”**, firmado por Colombia el 6 de septiembre de 2000, ratificado el 25 de mayo de 2005 y puesto en vigencia a partir del 25 de junio de 2005²², en el que se indica que estos menores no pueden ser parte de las filas de los grupos en conflicto y, además, que los que ya han estado allí son objeto de protección y no de judicialización;
- “Protocolo Facultativo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños”, el que complementa a la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, ratificada el 4 de agosto de 2004;
- **“Convención N° 182” (1999) de la OIT** sobre la “Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación”, ratificadas el 2 de febrero de 2001 y el 28 de enero de 2005 respectivamente.

²¹ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.

²² Establece edad mínima para ser parte de las fuerzas armadas y a los grupos armados irregulares en la edad de 18 años, subiendo en tres la edad antes establecida por la Convención. Indica como concepto de niño a todos los menores de 18 años de edad y por ello la corrección a través del instrumento en estudio que igualó la edad a la señalada a la establecida en la convención como de 15 años para ser partícipe en situaciones de conflicto armado.

- Las Observaciones Generales del Comité de los Derechos de los Niños de Naciones Unidas, creado por la CIDN, especialmente la “Observación General N° 8” de 2006 respecto de los derechos del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes;
- La “observación N° 11” de 2009 sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención;
- La “Observación General N° 5” de 2003: Medidas generales de aplicación de la CIDN.

En cuanto a instrumentos Convencionales Internacionales en Derechos Humanos, Colombia acoge entre otros:

- “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos” y el “Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, aprobados por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.
- La “Convención Americana de Derechos Humanos”, aprobada por Colombia mediante Ley 74 de 1972.
- El “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”.
- El “Protocolo de San Salvador”, aprobado por la Ley 319 de 1996.
- La “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” – Ley 762 de 2001.
- “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” – Ley 765 de 2002.

Frente al tema específico de los menores de edad²³ en conflicto con la ley penal como autores, partícipes o cómplices de conductas delictivas, son dos los principales tratados internacionales que regulan la materia y obligan a los Estados parte a tomar todas las medidas necesarias para su cumplimiento, incluyendo las modificaciones necesarias en sus legislaciones internas conforme a ellos. Dichos Tratados son:

- “Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, conocidas como las “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985;
- “Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil”, conocidas como “Directrices RIAD”, adoptadas por la Asamblea General a través de su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990. Y, junto a ellos, respecto de nuestro tema,
- **“El Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados”.**

Colombia como parte de los Convenios de Ginebra de 1949 a partir del año 1963 y de su Segundo Protocolo Facultativo a partir del año 1996, se obliga al respeto irrestricto de su articulado. Específicamente para el caso referido encontramos el artículo 3°, común a los Convenios de Ginebra de 1949 que indica su aplicación durante los conflictos armados que no sean de carácter internacional, tal y como lo vivimos en nuestro país.

²³ Entiéndase como menores a los menores de 18 años de edad, según el Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, firmado por Colombia el 6 de septiembre de 2000, ratificado el 25 de mayo de 2005 y en vigencia a partir del 25 de junio de 2005.

El Protocolo II establece garantías fundamentales bajo la perspectiva del artículo 3° común, además, en el artículo 4° del mismo, se indica claramente que los niños menores de 15 años de edad no serán reclutados en las fuerzas armadas y no se permitirá que participen en las hostilidades.

Finalmente, es importante señalar como Colombia en aras del cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre la infancia y la adolescencia y, específicamente sobre los menores vinculados al conflicto armado que merecieron atención especial por parte de Naciones Unidas, expidió la Ley 782 de 2002 que implementó un sistema normativo especial que contempla el procedimiento que ha de seguirse en casos de víctimas de violencia armada y da tratamiento de víctimas a los niños actores del conflicto. Así lo dejó expresamente señalado en su artículo 15: ***“(...) se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”***. Es evidente como la excepción del artículo 175 cambia dicha situación.

Por otro lado, el Art. 17 indica que el ICBF diseñará y ejecutará un programa especial de protección para la asistencia a todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en las hostilidades o hayan sido víctimas de la violencia política, en el marco del conflicto armado interno. El ICBF prestará asistencia prioritaria a los menores de edad que hayan quedado sin familia o cuya familia no se encuentre en condiciones de cuidarlos, en razón de los actos a que se refiere la mencionada ley.

Estos Tratado y Convenios deben ser respetados y aplicados estrictamente, más aún cuando hacemos parte de la Convención de Viena que estableció el principio *Pacta Sunt Servanda* con el que se fundamenta que “(...) todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe” (art. 26) y, además, indica que todo “tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y fin” (art. 31).

Sobre le tema tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado profundamente y has señalado la obligatoriedad para Colombia en cumplir sus obligaciones internacionales sobre todo si las mismas implican protección de los derechos humanos indicándose, además, que no hay obstáculo alguno en nuestro ordenamiento para ampliar las normas internacionales en aras de una mayor protección de los derechos humanos.²⁴

Aunado a lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas al expresar que los menores de edad gozan a plenitud y de manera privilegiada, con relación a los mayores de edad, de todos los derechos cuyo ejercicio permite alcanzar su desarrollo armónico e integral; indicó en la **Observación General N° 5**, en su 34° periodo de sesiones que en cada uno de los Estados parte **“se deben excluir todas aquellas normas o institutos que contravengan al interés superior del adolescente”** y, además, especifica.

“Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción. El artículo 4 exige que los Estados Partes adopten “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole” para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 177 del 14 de febrero de 2001. Mg.P. Dr. Fabio Moron Díaz.

aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado toda una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de la Convención, entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles”

Todo lo anterior nos enseña el deber y la obligación para nuestro Estado en el cumplimiento de sus compromisos internacionales y más cuando se trata de derechos humanos que se incorporan automáticamente a nuestra Carta política, reforzando aún más estos compromisos cuando se trata de proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El reconocimiento del Bloque de Constitucionalidad está explícitamente señalado en la Constitución Política de 1991 en los artículos 9, 53, 93, 94, 102 y 214-2.

Entre las sentencias²⁵ de la Corte Constitucional que enunciaron que los convenios sobre derecho internacional tienen carácter prevalente en la legislación nacional, se encuentra la Sentencia C - 574 de 1992²⁶ y la Sentencia C - 225 de 1995²⁷ entre muchas otras.

Por lo tanto, todo el ordenamiento interno en su contenido positivo y en su aplicación práctica debe adecuarse a las normas de jerarquía Constitucional, con ello se evidencia la verdadera fuerza y eficacia que la noción de bloque de constitucionalidad comporta en nuestra legislación y en el funcionamiento del Estado colombiano.

En conclusión, la excepción establecida en el parágrafo del artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia vulnera la categoría de principio del principio de oportunidad en dicha legislación, así como el bloque de constitucionalidad y la normatividad internacional.

Es totalmente contradictorio el darles a estos jóvenes trato de violadores del DIH según el Estatuto de Roma, pese a que el mismo Estatuto no abarca la judicialización de menores de edad vinculados al conflicto armado y sanciona el reclutamiento de los mismos a grupos armados en conflicto.

Como observamos, Colombia como Estado Social de Derecho se rige por unos principios legales y humanos que no pueden ser excluidos o prohibidos ni siquiera en los denominados estados de excepción; los compromisos adquiridos al suscribir los Tratados y Convenios Internacionales ya relacionados, nos obligan a su cumplimiento bajo el principio de buena fe internacional y el concepto de *pacta sunt ser banda* establecido por la Convención de Viena, del que somos parte y respecto del cual nos comprometimos a cumplir ya que, de lo contrario, las sanciones a nivel político y económico para el país serían extremadamente graves.

²⁵ Dentro de los fallos judiciales que acercaron la aplicación de normas supranacionales y que utilizaron el concepto de bloque de constitucionalidad están las sentencias de la Corte Constitucional T- 409 de 1992; T-426 de 1992; C- 4988 de 1993, C- 089 de 1994 y C- 555 de 1994.

²⁶ Sentencia que analizó la exequibilidad del Protocolo adicional de los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de la víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)

²⁷ En la referida sentencia la Corte Constitucional realizó el estudio de constitucionalidad del Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y a la Ley 171 de 1994 por medio de la cual se aprueba dicho protocolo.

La Constitución de 1991 señala de forma expresa que los tratados y convenios internacionales, debidamente ratificados, que reconocen derechos humanos y que no pueden ser limitados en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno tal y como ocurre con el denominado interés superior del niño que, además, está expresamente consagrado en el articulado de nuestra Carta Política.

El artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia en 1991, establece la norma básica sobre el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas indicando que la edad para ello es la de 18 años. La misma Convención desde el año 1989, cuando fue adoptada, ha generado la aprobación de múltiples normas internacionales que buscan un trato protector y diferenciado para los menores de edad bajo la situación en estudio, esto como reflejo del creciente interés internacional para que esta población débil y frágil no participe, ni sean obligados a hacerlo, en los conflictos armados, premisa que se elevó a principio jurídico internacional y que ha sido acogido en su plenitud por Colombia.

Además, nuestro País suscribió el **Protocolo Facultativo de la CIDN relativo a la participación de niños en conflictos armados (niños soldados)**, aprobado por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, en el que no solo se prohíbe el reclutamiento de menores de 18 años a grupos armados en conflicto, sino que insta a los Gobiernos a tomar todas las medidas necesarias, es decir, económicas, legales e institucionales para evitar que ello ocurra y a adelantar las acciones tendientes a rescatar a los menores que ya se encuentran vinculados, otorgándoles la calidad de sujetos de especial protección, de víctimas, pese a que hayan participado activamente en la ejecución de múltiples y graves delitos de los que no son directamente responsables.

En esta misma sintonía encontramos como ONG's de derechos humanos, como *Human Rights Watch*, en sus múltiples estudios de la situación colombiana sobre el tema, ha indicado al Gobierno y al Legislativo que esta protección normativa internacional no solo cubre a los reclutados en contra de su voluntad, sino también a aquellos jóvenes que, aparentemente, han sido parte del grupo de forma "voluntaria".

Dicha voluntad entendida bajo la fácil coacción mental que se puede ejercer sobre un niño, niña o adolescente que, además, no tienen la posibilidad, independientemente de su forma de reclutamiento, de desertar o retirarse del grupo sin represalias que van desde las amenazas, los tratos crueles y humillantes, pasando por la tortura y llegando hasta la muerte por ejecución.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, concluimos que el Estado Colombiano está imponiendo obligaciones y límites judiciales equivocados a los jóvenes vinculados a grupos armados al margen de la ley, y no está aplicando de forma correcta la normatividad internacional sobre el tema, al darles un trato no diferenciado o igual al de los mayores de edad que han participado de las hostilidades y en ellas han cometido delitos de lesa humanidad.

Tratar a éstos menores como cualquier otro miembro del grupo armado y no como víctimas del ilícito del reclutamiento y como sujetos de especial protección, vulnera cada uno de los Convenios y Tratados ya citados, pues el trato diferenciado que caracteriza los sistemas judiciales juveniles se transgrede de forma expresa al incluir la prohibición del parágrafo del artículo 175 del CIA que textualmente impide dar aplicación al principio de oportunidad en los eventos en

que se haya incurrido en conductas violatorias del derecho internacional humanitario o en delitos de lesa humanidad según el Estatuto de Roma.

Es decir, que se da el mismo tratamiento a los mayores y a los menores de edad que incurren en la comisión de dichas conductas punibles, igualándolos jurídicamente pese a saberse que estos jóvenes están allí de forma coactiva y que los niños, niñas y adolescentes deben contar con un sistema judicial y legal **diferenciado** del de los adultos, más aún en esta situación específica.

Lo anterior no por una cuestión de especialidad judicial sino por las características particulares que deben regir el trato a los menores de edad tomando en cuenta su inmadurez mental y su desarrollo primario, que nos obliga e impone un deber de protección y tratamiento especializado por fuera del ámbito punitivo ordinario y dentro de una órbita educativa y resocializadora.

Sin embargo, la multicitada prohibición establecida paradójicamente en la Ley que más debía tener en cuenta factores de utilidad pública, interés social y conveniencia, cercena estos objetivos sociales y político criminales orientadores de la jurisdicción penal para adolescentes y, sobre todo, el interés superior del niño del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia y contradice sus propios principios rectores al limitar o imponer una excepción que, contrario a sus conceptos, niega el principio oportunidad como principio de aplicación preferente.

No se olvide que a la luz del derecho internacional el Estado puede ser más responsable del reclutamiento de menores que los mismos menores que ha llegado a empuñar un arma, al no ser capaz de prevenir y corregir esta situación.

La judicialización de menores de edad vinculados al conflicto armado y que puedan estar incurso en delitos de lesa humanidad, desconoce la obligación corresponsable del Estado, la sociedad y la familia de otorgar las condiciones necesarias para que el niño se desarrolle armónicamente (art. 44 CN).

Estos jóvenes, en su mayoría, provienen del campo, de zonas rurales muy distantes, de sectores marginados y deprimidos de las ciudades, donde no han hecho “carrera criminal” sino, por el contrario, todo fue un choque en sus vidas, obligados ya sea por fuerza o engaños de los que luego no tenían la posibilidad de salir, por lo que son jóvenes que no pueden estar bajo los mismos programas de sanciones de los menores de edad que han delinquido pues, una amonestación o una privación de la libertad, o unas reglas de conducta, o cualquiera de las sanciones que tiene la Ley 1098 de 2006 no son congruentes con la situación de niños, niñas y adolescentes que han tenido que alejarse por completo de sus familias, ver morir a sus amigos y compañeros de grupo, que han sufrido torturas, tratos crueles e inhumanos, que han sido obligados a la servidumbre, a la esclavitud sexual y a empuñar un arma y usarla en contra de sus congéneres.

Es un compromiso del Estado colombiano proteger a los niños, niñas y adolescentes de ser usados en el conflicto armado²⁸, desarrollar mecanismos estratégicos para prevenir el reclutamiento ilegal y desarrollar procesos para la reintegración de estos a la vida civil²⁹, pero ¿será que dichos objetivos se cumplen bajo el establecimiento de excepciones como la que se demanda?

²⁸ Resolución 1261 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 30 de agosto de 1999 y Resolución 48/157 de 1993.

²⁹ Resolución 1612 de 2005, Resolución 1539 de 2004, Resolución 1640 de 2003.

Conforme al Código de la Infancia y la Adolescencia, los niños tienen el derecho a ser protegidos del reclutamiento a grupos armados y de ser usados para cualquier actividad criminal; al tiempo que la sociedad debe responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben los derechos de los menores, por lo que no se podría pensar en soluciones que generen un agravio más a su situación o que los “revictimice”, es decir, no debería ni podría pensarse en una solución aplicando derecho penal.

La única opción es buscar las estrategias idóneas para la atención de los jóvenes, estrategias que permitan cumplir con el principio integral que ordenan la Ley y la Constitución sobre protección integral e interés superior del niño, niña o adolescente; como se ha procurado a través de los programas del ICBF, con la Ley 782 de 2002 y con el estricto desarrollo de la normatividad internacional que, como está claro en la jurisprudencia constitucional,³⁰ el derecho nacional puede ampliar pero no restringir el derecho internacional.

Sin embargo, la realidad es que estos menores son judicializados y, más allá de eso, la Ley impide tener por lo menos una opción a nivel judicial que vaya acorde a su situación y permita excluir a estas víctimas de un proceso penal.

Pronunciamiento anterior de la Corte Constitucional.

La Corte se pronunció extensamente en la sentencia C-203 de 2005 sobre la problemática de si procede la responsabilidad penal para menores vinculados al conflicto concluyendo afirmativamente a este interrogante. Sin embargo, dicho estudio se hizo antes de la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2006 y, obviamente, no se abordó el tema de la prohibición de aplicar el principio de oportunidad dentro de la **sistemática del sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia, frente a jóvenes vinculados al conflicto armado y su regulación en derecho internacional** y como parte del bloque de constitucionalidad.

Además, trató el tema de los menores vinculados al conflicto armado, su papel dentro de la organización, la responsabilidad sobre sus conductas y utilizó para ello estudios de la Defensoría del Pueblo, documentos de UNICEF y de ONG's de derechos humanos como el antes referido de Natalia Springuer y *Human Rights Watch*.

Este pronunciamiento hizo una clara relación de los convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Facultativos, la aplicación de los mismos frente al tema y presentó un estudio minucioso de los distintos tratados y convenios sobre derechos de los niños y, además, el rol de éstos como víctimas y victimarios de conductas punibles.

Se analizaron de forma profunda las Reglas de Beijing y las Directrices de RIAD, sin embargo, pese a los sólidos argumentos, se formula una contradicción al señalar que los jóvenes vinculados a grupos armados en el conflicto poseen una doble condición de víctimas y victimarios, como exentos de responsabilidad y a la vez objetos de persecución penal, por ello nos preguntamos si los menores a los que hemos venido haciendo referencia ¿deben sufrir la persecución penal? o, si por lo menos, ¿deberían tener la opción de ser beneficiarios del principio de oportunidad dada su condición, así hayan incurrido, como seguramente ha ocurrido en la mayoría de los casos, en delitos de lesa humanidad?, ¿no estarían exentos de responsabilidad bajo una posible autoría mediata, por ser usados

³⁰ Ver sentencias C-574 de 1992, C-408 de 1998.

como instrumentos de organizaciones de poder de la que no pueden negarse a participar?

Con base en estos argumentos, solicito de la Honorable Corte, se re estudie, a la luz de la ley 1098 de 2006 y, específicamente confrontando la prohibición señalada en el parágrafo del artículo 175 *ibidem* con las normas Constitucionales y Convencionales citadas y replanteando lo señalado en la sentencia constitucional referida, sobre todo en los puntos 5.4.5 y todo el capítulo 6, ya que allí, se deja abierta la puerta a la judicialización bajo los parámetros del sistema de responsabilidad penal para adolescentes sin diferenciación alguna con cualquier otro joven que ha incurrido, bajo otras circunstancias y razones, en conductas criminales y, lo más grave, se iguala su trato con el de los adultos, vulnerando así el interés superior del niño y las reglas de diferenciación judicial que deben tener.

Además, al igualar el trato de los adolescentes infractores de la ley penal con la de los menores vinculados al conflicto armado, resulta totalmente discriminatorio según sus particularidades, y no se compagina con la situación real de estos, que más que victimarios, son víctimas al igual que los muchos que han tenido que sufrir sus ataques.

Son varios los interrogantes y varias las posibles soluciones frente al problema de la judicialización o no, de estos jóvenes, pero limitar, de la forma como lo hace la ley para la infancia y la adolescencia estas opciones, agrede el interés superior del niño y por consiguiente nuestro ordenamiento constitucional.

La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en asocio con la Organización Internacional para las Migración OIM y USAID del Gobierno Americano, han expresado enfáticamente en varios estudios compilados en distintas cartillas y documentos académicos, inclusive de capacitación judicial, que es un error en el que ha caído nuestra legislación al prevalecer la judicialización de estos menores así hayan incurrido en conductas violatorias del derecho internacional humanitario.³¹

No puede, según el mismo estudio de la Corte señalarse esa doble condición de víctima y victimario y darle la categoría de sujeto de protección especial reforzada y, además, objeto de persecución penal, así sea bajo un estudio individual de circunstancias en las que deban respetar el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; pues ellos son merecedores también de esa verdad, de esa justicia y, sobre todo, de esa reparación tan anhelada que no se va a conseguir haciéndolos víctimas de un proceso penal nada acorde con su situación.

¿Quiénes son los verdaderos responsables de estos delitos?, ¿serán los jóvenes que debieron empuñar un arma de fuego sin tener la opción de decidir al respecto? o ¿serán esos sujetos que se los llevaron de sus casas, los esclavizaron y obligaron a cometer conductas crueles y de lesa humanidad?, ¿Quiénes deben responder ante las víctimas de las acciones armadas, estos jóvenes o las personas que los llevaron y obligaron a actuar como actuaron?

No es a nuestros jóvenes perdidos en la guerra a quienes se les debe endilgar responsabilidades frente a las víctimas, no son ellos a los que se les debe exigir verdad, justicia y reparación, son otros los que sí deben cumplir con estos objetivos de justicia.

³¹ Procuraduría General de la Nación. (2007). *¿Judicialización de niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto armado? Niños en la guerra: Protegiendo y Restituyendo sus Derechos.*

Pero queremos que se entienda que no estamos planteando impunidad u olvido, estamos planteando que, frente a los menores de edad debe existir la posibilidad para el operador judicial de encontrar la salida más conveniente a la situación de los menores vinculados al conflicto armado y, tal vez, la solución más adecuada, sea la aplicación del principio de oportunidad sin excepciones, pues si seguimos el lineamiento esbozado en la sentencia referida, igualmente se tendría que llevar adelante todo un proceso judicial valorando tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en cabeza de estos muchachos, poniéndolos así, cuando por fin son sacados de las manos de los verdaderos agresores, en una situación en la que van a ser objeto de persecución y no de protección, en la que se les va a juzgar sin diferenciación alguna y en la que, en definitiva, se van a vulnerar sus derechos fundamentales consagrados formalmente en múltiples normas internacionales. En definitiva, el interés superior del niño, como principio constitucional, debe estar por encima del interés de la administración de justicia como regla.

Respetuosamente,

RAÚL HUMBERTO GONZÁLEZ FLECHAS