

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR

**GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PARA MENORES DE EDAD
DESVINCULADOS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA**

Tesis para optar por el título de Magister en Derecho Público Militar

CLAUDIA JULY DÍAZ BERMUDEZ

Código: 3000673

Director:

WALTER GERARDO VALENCIA JIMÉNEZ

BOGOTÁ D. C., OCTUBRE 2017

Tabla de Contenido

1. Introducción	1
1.1. Contexto.....	2
1.2. Problema.....	4
1.2.1. El Problema de Investigación.....	6
1.2.2. Descripción del Problema.....	7
1.2.3. Pregunta de Investigación.....	8
1.2.4. Palabras Clave.....	8
1.3. Objetivo General.....	9
1.3.1. Objetivos Específicos.....	9
1.4. Marco referencial.....	10
1.4.1. Antecedentes.....	10
1.4.2. Estado del Arte.....	10
1.5. Marco Teórico y Conceptual.....	12
1.6. Hipótesis.....	19
1.7. Metodología.....	19
2. Garantías Constitucionales en Menores de Edad Desvinculados del Conflicto Armado en Colombia.....	21
2.1. Establecer cuáles son los procedimientos para el restablecimiento de Derechos y el Marco Legal aplicable a los Menores de Edad que se han visto sometidos a permanecer en un Grupo Armado al Margen de La Ley.....	21
2.2. Contrastar en el ordenamiento Jurídico Colombiano si los Menores de Edad pertenecieron a un Grupo al Margen de la Ley, que estuvieran inmersos en Delitos al ser excluidos de Responsabilidad Penal en razón de su papel de víctimas del Conflicto Armado, se contraponen con lo regulado en el Código de Infancia y Adolescencia.....	30
3. Los menores de edad en la Justicia Especial para La Paz.....	36

3.1. Ley 1820 de 2016.....	36
4. Responsabilidad del estado en el reclutamiento forzado de menores de edad en Colombia.....	41
4.1. Responsabilidad Internacional del Estado Colombiano.....	45
5. Conclusiones.....	48
6. Referencias.....	50

1. Introducción

El presente trabajo de grado, busca indagar la pertinencia de catalogar dentro de nuestro ordenamiento jurídico a los menores desvinculados de los grupos armados organizados al margen de la Ley, como víctimas y victimarios de delitos que se hayan ocasionado durante y con ocasión de su vinculación en estos grupos, para saber si se encuentran acorde con la normatividad internacional e incluso la nacional.

Se busca con el presente trabajo, mirar a este grupo tan vulnerable de niños, niñas y jóvenes, como víctimas del conflicto armado interno, y no como actores del mismo, en razón que se vieron forzados por diversos grupos al margen de la ley a realizar prácticas en contra de su voluntad, que vulneraron los derechos de los menores de edad que son objeto de reproche penal.

Pero también, se analizar las diferentes tesis jurídicas que la doctrina, y la jurisprudencia tienen respecto al tema para enfocarlo en el caso colombiano, más si éstas se encuentran en sintonía con una justicia restaurativa.

De igual manera, como en la actualidad se habla de un escenario de posconflicto con uno de los grupos guerrilleros, es importante observar, si la justicia transicional permitirá que los menores de edad desvinculados a los grupos al margen de la ley, sean declarados responsables penalmente o por el contrario se excluya de responsabilidad y de esta forma permita una mejor protección de sus derechos. Es por ello, que el trabajo se centrará en observar las diferentes tesis que respecto de la materia se han expuesto.

Es importante destacar, que en miras de un posconflicto con alguno de los grupos al margen de la ley, se hace indispensable que se estudie la forma como los menores que no

pertenezcan a esos grupos, van a ser reinsertados a la sociedad civil, y como se buscará restablecer sus derechos; en razón que a pesar de las políticas estatales en esta materia, este nuevo escenario, incluso dentro de la justicia transicional debe tomar un nuevo enfoque.

1.1. Contexto

En investigaciones de campo respecto de la situación de los menores de edad en el conflicto armado interno, se observa como en los centros especializados para la atención de estos jóvenes, niños y niñas; se busca ante todo el restablecimiento de sus derechos antes que una sanción, por este fin, existen centros encargados de llevar programas especializados en modelos terapéuticos y psicológicos que les permiten tratar de reintegrar a los menores a la sociedad civil, sin embargo estos programas no son de largo plazo, y en entrevistas con trabajadoras sociales y psicólogos que están a cargo de los CAE “nueva luz”, CAE “semillas del mañana”, en la ciudad de Bucaramanga, que indican la necesidad de un acompañamiento a largo plazo de los menores que salen de estos centros de atención y que son desmovilizados de grupos al margen de la ley (Gómez Orrego, 2013).

En otro aspecto, existen programas que el Estado ha contratado con el ICBF y diferentes ONG, para tratar de ayudar a la población de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes desmovilizados a través de programas enfocados en diferentes líneas de desarrollo, tanto social, de hogar, entre otras, así lo ha indicado estudios de la Universidad Nacional de Colombia, a través de su Observatorio e Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (Universidad Nacional de Colombia, 2009).

Sin embargo, para algunos otros investigadores a pesar de la existencia de estos programas, la visión del Estado colombiano, en relación con la visión de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes; es muy ambigua, ya que si bien los mira como víctimas del conflicto armado interno, en muchas de sus políticas también los observa como victimarios, dado que se los hace participar en entrevistas que en principio sólo son para los adultos para

que indiquen la verdad sobre los hechos en los cuales han participado dentro del grupo al margen de la ley o que sean testigos en un proceso judicial, en el cual puede endilgarse algún tipo de responsabilidad (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2014).

También es importante destacar que otras investigaciones, tesis y artículos en relación con los menores desvinculados del conflicto armado interno, presentan en relación con su grado de escolaridad una gran deficiencia, y esto evidencia la incapacidad estatal de hacer cumplir las normatividades internacionales en lo referente a los conflictos armados internos, como es el caso de Colombia.

En ciertas organizaciones, han demandado un artículo de la Ley 1448 de 2011, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, las cuales pretenden lograr un referente en relación con los menores que se desmovilizan de los grupos al margen de la Ley, en este sentido, es importante destacar:

En nuestro concepto, esa norma viola la obligación del Estado colombiano de reparar y restituir los derechos de las víctimas de reclutamiento forzado e ilícito desvinculadas, en igualdad de condiciones. Esta obligación comprende, entre otras medidas, los programas de reintegración social y económica. En ese aspecto, los programas de reintegración a favor de las víctimas de reclutamiento forzado e ilícito desvinculadas se diferencian de aquellos que se dirigen a los desmovilizados en general. Ello, por cuanto éstos últimos son beneficiarios de los programas de reintegración por su calidad de combatientes en el conflicto armado y, por tanto, se entiende que dichos programas hacen parte de la política de Desarme, Desmovilización y Reintegración (en lo que sigue DDR) Por el contrario, respecto de las víctimas de reclutamiento forzado e ilícito desvinculadas, los programas de reintegración hacen parte de sus derechos a la reparación y restitución, por lo que son beneficiarias de los mismos en su calidad de

víctimas más allá de su condición de combatientes. (Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, 2015).

Ante lo expuesto, se observa que todavía existe diferenciación entre los menores desvinculados del conflicto armado interno, en relación con el grupo que hayan pertenecido, es decir, otorgar un trato diferente a cada uno de los que fueron reclutados forzosamente, porque se manifiesta que el Estado colombiano, todavía se encuentra en deuda en relación con este tipo de reparaciones y restituciones.

En esta misma línea, organizaciones internacionales tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destaca dentro de su informe del año 2013, que es una obligación del Estado Colombiano, resarcir a las niñas, niños y adolescentes que se desmovilizan de los grupos al margen de la Ley, sin ninguna distinción, es decir, sin hacer diferencia de si provienen de un grupo guerrillero, paramilitares u otras organizaciones (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013, párrafo 710).

1.2. Problema

Según la doctrina Constitucional sentada por la Honorable Corte Constitucional de Colombia, se tiene que los menores de edad desvinculados de grupos al margen de la ley, deben ser vistos en su doble categorización, es decir, en su rol de víctima como sujetos que merecen especial protección pero también deben ser vistos en su papel de victimarios, porque no se puede excluir la responsabilidad que les cabe por las conductas punibles que hayan desplegado en el transcurso de su permanencia, en estos grupos.

Al analizar los argumentos de la Corte en relación, con la responsabilidad penal de los menores de edad que pertenecen a un grupo al margen de la ley y que se desvinculan del

mismo, se debe tener en cuenta, si dicho análisis del máximo órgano Constitucional Colombiano, se orienta a las pautas que a nivel internacional, en especial los diferentes tratados internacionales de derechos de los niños, niñas y adolescentes que ha suscrito la República de Colombia, ha establecido para este tipo de casos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203 de 2005).

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como una de las entidades estatales encargadas del bienestar de los menores, señala que:

“(…) la condición de víctima del conflicto armado debe entenderse de forma amplia, siempre que el hecho generador de vulneración tenga relación con el contexto del conflicto. Para sustentar la anterior afirmación, hizo mención a la Sentencia C-781 de 2012, en la que se señaló que como hechos acaecidos en el marco del conflicto armado deben tenerse, entre otros, “las (v) amenazas provenientes de actores desmovilizados”, y los “[...] (viii) hechos atribuibles a grupos armados no identificados...”. A partir de lo anterior, se permitió concluir que de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, en el caso de los niños, niñas y adolescentes que han sido reclutados por grupos ilegales, “su condición de víctimas de reclutamiento ilícito, no puede estar condicionada al grupo armado ilegal que perpetró esta grave violación a sus derechos humanos” (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

Por otro parte la Fiscalía General de la Nación, señala respecto al tema que la responsabilidad penal para los menores de edad que se desvinculan de grupos al margen de la ley se considerará dependiendo de la gravedad de sus conductas, y de igual forma la sanción punitiva estará orientada al restablecimiento de sus derechos como menores en los diversos centros especiales que se tienen para ellos.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta las implicaciones que dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene la responsabilidad penal de los menores de edad desvinculados de grupos al margen de la ley, y confrontarlo con la normatividad internacional, en especial dentro del contexto del derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario y si la aplicación de una eventual responsabilidad penal, vulnera los derechos de los menores, incluso si las sanciones punitivas buscan restablecer sus derechos en la misma condición que lo hacen los menores infractores que no se encuentran inmersos dentro del conflicto armado interno.

1.2.1. El Problema de Investigación

Este trabajo de investigación está enfocado en la implementación de lineamientos normativos y políticas institucionales en relación con la responsabilidad penal que le es atribuible a los menores de edad desvinculados del conflicto armado interno en Colombia, los cuales conforme al derecho comparado son reconocidos como víctimas de la conducta punible del reclutamiento ilícito por parte de actores armados del conflicto armado interno, porque esta situación constituye en una violación al desarrollo del menor, a sus derechos de recreación, a tener una familia, de protección, a una vida digna, entre otros; derechos que tienen una especial protección tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.2.2. Descripción del Problema.

En Colombia existe un conflicto armado interno desde hace más de 52 años, cuando autodefensas liberales campesinas, que se defendían de la violencia bipartidista, se convirtieron en una guerrilla de tipo comunista, evolucionando con el tiempo en las denominadas “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo” (FARC-EP). Años después, surgieron otros grupos guerrilleros, algunos de los cuales se desmovilizaron en procesos de negociación política con el Gobierno nacional, otros desaparecieron y otros continúan tomando parte en las hostilidades.

La Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia (Coalición Colombia. 2007) funciona en el país desde octubre de 1999, como un espacio interinstitucional actualmente conformado por nueve Organizaciones No Gubernamentales de orden nacional e internacional, con años de experiencia en el área de los derechos de la niñez, y que han trabajado la afectación a esta población por el conflicto armado, así como temáticas de no violencia y construcción de la paz.

En Colombia no existen cifras verificables sobre la cantidad de niños que hacen parte de los grupos armados que toman parte en las hostilidades; los datos más conservadores afirman que pueden estar entre 8.000 y 13.000. Se cree que al menos uno de cada cuatro combatientes es menor de 18 años y, en ocasiones, esta población puede llegar a ser más del 30% en algunas unidades armadas. Sus edades de vinculación oscilan entre los 7 y los 17 años.

Actualmente, el fenómeno, lejos de disminuir, ha aumentado, en varios departamentos del País, afectados por el flagelo de la violencia, han sido escenario de estas confrontaciones donde principalmente los niños y niñas de zonas rurales o marginales urbanas, son utilizados por los grupos armados al margen de la Ley.

Lo que se pretende con esta investigación es precisar si es conveniente jurídicamente que un menor edad que se ha visto envuelto dentro del conflicto armado interno, y por lo tanto ha tomado participación de conductas punibles que en muchas ocasiones han atentado contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, sea declarado responsable penalmente dentro del ámbito de competencia del Código de Infancia y Adolescencia, así sea para ciertos casos o por el contrario deberían no ser declarados responsables penalmente y sólo ostentar la categoría de víctimas.

1.2.3. Pregunta de investigación

¿Qué procedimiento es el adecuado para el restablecimiento de los derechos de menores que se han desmovilizado de grupos al margen de la ley, para que se garantice la no revictimización y una adecuada reintegración?

1.2.4. Palabras clave

Código de infancia y adolescencia, reclutamiento y secuestro de niños, niñas y adolescentes que continúa realizando la guerrilla, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por mandato del Código del Menor y programas estatales para la reinserción de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado interno.

1.3. Objetivo General

Determinar los procedimientos de restablecimiento de derechos frente a menores que se han desmovilizado de grupos al margen de la ley, para que se garantice la no revictimización y una adecuada reintegración.

1.3.1. Objetivos específicos

Identificar cuáles son los procedimientos de restablecimiento de derechos y el marco legal a los que se han visto sometidos los menores de edad que con ocasión y durante la permanencia en un grupo al margen de la ley son responsables de conductas punibles.

Contrastar en el ordenamiento jurídico colombiano si los menores de edad pertenecieron a un grupo al margen de la ley, que estuvieran inmersos en delitos al ser excluidos de responsabilidad penal en razón de su papel de víctimas del conflicto armado, se contraponen con lo regulado en el Código de Infancia y adolescencia, los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto al restablecimiento de derechos.

Distinguir si existe dentro de la justicia transicional que opera en el escenario de un posconflicto, que se tenga establecido un procedimiento especial para el restablecimiento de derechos de los menores de edad que son susceptibles de responsabilidad penal.

Determinar procedimientos de restablecimiento de derechos de los menores que se han desmovilizado de grupos al margen de la ley, para se garantice la no revictimización y una adecuada reintegración.

1.4. Marco referencial

1.4.1. Antecedentes

Los centros de atención a jóvenes por ser instituciones cerradas, constituyen un reto para que los investigadores accedan a ellas, una de las principales limitaciones en este tipo de trabajos es obtener el ingreso a los centros y de igual manera, conseguir una entrevista con los jóvenes.

Para comprender mejor este fenómeno resultan oportunas las palabras de Gutiérrez cuando describe el esquema penitenciario,

Para todo este esquema hay una condición casi excluyente: que los de afuera no se metan. Que no vean lo que ocurre, porque con sus mentes bienpensantes nunca lo podrían entender. No pueden (y en general no quieren) saber lo que pasa porque no podrían manejarlo. Nadie de afuera debe ingresar a ver este trabajo cotidiano. Todo saber técnico que ingrese, como el de la salud, la educación, o el trabajo, sólo podrá hacerlo a costa de someterse a la lógica o a la supervisión penitenciaria, que una vez más será la única experta en administrarlo, conforme su esquema. (Gutiérrez, 2013, párr.1).

1.4.2. Estado del arte

Es importante tener en cuenta que con el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, lo que venía siendo tratado bajo la única forma de ver a los menores de edad que se desvincula de un conflicto armado como el colombiano, era como su papel de víctima pero al darle una doble categoría para aquellos que hayan realizado conductas punibles, pueden ser visto en su doble connotación, es decir, como víctimas y como victimarios.

Aunque ha sido en el contexto internacional donde más ha tenido el auge de la tesis de ver a los menores de edad involucrados en un conflicto armado interno, y que se han visto obligados en muchos casos a realizar crímenes, actuar como cómplices en muchos de ellos.

Es necesario, también ver el rol que han tenido las fuerzas armadas cuando tienen que afrontar esta situación, como es el caso de mirar al menor para su custodia y cuidado, o por el contrario, si se mira como otro combatiente más del cual se puede obtener información, tanto para obtener a los posibles o eventuales víctimas de delitos de lesa humanidad para que obtengan, la verdad, justicia y la reparación pertinentes.

Lo expuesto indica, que algunas prácticas por parte de los miembros de la fuerza pública, y del mismo Estado, se encaminan hacia la obtención de información y no precisamente al restablecimiento de los derechos del menor, tal como debería ser, la razón de ser de lograr una protección de los derechos de los niños, niñas y jóvenes que se ven envueltos dentro del conflicto armado interno.

Es así, como también las tesis en esta materia además de tener un componente involucra la concepción en que se mira a los menores de edad involucrados en el conflicto armado interno, también tiene otra arista que tiene su contenido en el papel de las víctimas de los menores de edad que han cometido delitos de lesa humanidad o incluso de los combatientes que fueron menores de edad y que al momento de su desvinculación obtuvieron su mayoría de edad.

También es importante tener en cuenta a los menores de edad y su papel en una eventual Justicia Transicional con los acuerdos de paz llegados con uno de los grupos armados, es decir, si dicha justicia tendrá en cuenta su situación de menor de edad o por si

el contrario, los mirara como otro combatiente más y será solo a través de la jurisprudencia de los jueces de esta jurisdicción donde se tendrá que resolver estas decisiones.

En estas circunstancias, y en vista que se acerca un eventual acuerdo entre una de las partes dentro del conflicto armado interno, es importante tener en cuenta la discusión de estas políticas en el escenario de un posconflicto, y el restablecimiento de los derechos que le han sido negado a los menores dentro de los grupos al margen de la ley.

1.5. Marco teórico y conceptual

La Defensoría del Pueblo ha seguido la tesis respecto a la cual a los menores desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley deben ser enmarcados o constituidos como víctimas del conflicto armado interno y por lo tanto es el Estado, quien debe brindar necesariamente su atención, protección y cuidado. (Defensoría del Pueblo, 2015).

Por su parte en concepto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, amparándose en la doctrina establecida por la Corte Constitucional de Colombia, ha tomado la tesis por la cual los menores de edad desmovilizados en el marco del conflicto armado interno, tienen una doble condición, es decir, de víctimas y de victimarios; pero no obstante esta doble connotación, se les debe tratar a toda costa de restablecer sus derechos que han sido vulnerados, aunque parezca un contra sentido, este concepto señala que los menores de edad, no se constituyen de forma exclusiva en víctimas (Concepto ICBF, 2013).

A pesar de existir, estas dos posturas que podrían decirse tan contradictorias entre sí, ambas tienen un punto de encuentro el cual se enfoca en el restablecimiento de los menores de edad, pero allí es donde se entra en un conflicto, en ambas posturas, porque al no judicializar las conductas punibles que hayan cometido, se los terminaría recompensando

por su actuar y si al contrario sensu, se los judicializa se estaría vulnerando sus derechos de víctima.

En este punto es importante, tener en cuenta que independientemente de las dos circunstancias antes anotadas, en materia de protección al menor desmovilizado de los grupos al margen de la ley dentro del conflicto armado interno se han realizado grandes avances, y no solo en la normatividad nacional, sino que ha existido un profundo análisis en la materia por parte del derecho comparado, pero:

A pesar de los importantes avances realizados desde el inicio de los procesos de atención a menores desvinculados, los programas del Estado aún no responden de manera suficiente a los impactos del reclutamiento ilícito. Ello es en parte resultado de la tendencia arriba mencionada de percibir a los jóvenes como víctimas pasivas, negándoles su sentido de agencia. Al no reconocer la complejidad de los roles e identidades de los jóvenes, los programas no proveen respuestas adecuadas para permitirles integrarse y ser activos miembros de la sociedad. (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2014. Pág. 22).

En esta línea conceptual es importante resaltar la Comisión Intersectorial para la Prevención del Reclutamiento y Utilización de Niños, Niñas y Adolescentes por Grupos Organizados al Margen de la Ley, dicha comisión se encuentra integrada por los Ministerios de Relaciones Exteriores, Defensa, Interior, Justicia y del Derecho, Salud y Educación, la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración, Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Vicepresidencia de la República, la cual sentó su política en:

El enfoque de la política parte del concepto de protección integral y está en el horizonte de la “garantía de derechos, la proyección de políticas públicas de infancia y adolescencia y el fortalecimiento de los entornos en los que transcurre la

vida cotidiana de los niños y las niñas” (Comisión Intersectorial, 2009, p. 9). Sus premisas son: i) la articulación de acciones del Estado nacional y local, de las organizaciones sociales y de la cooperación internacional; ii) la transformación cultural para prevenir las violencias y la explotación de niños y niñas; iii) la construcción de sujetos de derechos que participen en la construcción de su proceso de vida y de sujetos responsables de ejercer sus derechos; protección integral y garantía efectiva de derechos; iv) las políticas públicas adecuadas e incluyentes; y vi) la movilización de la sociedad como vigía de derechos (Comisión Intersectorial, 2009, p.15). (Conpes 3673, 2009).

Lo anterior, hace entender que la problemática de la desmovilización de los menores, si bien, requiere de unas pautas normativas, también requiere que dichas directrices tengan en cuenta una postura interdisciplinaria que permita comprender la línea media entre la protección del menor y la imputación de una responsabilidad penal con miras a la protección de unos derechos fundamentales del menor.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, también denominadas Directrices de Riad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, en relación con el tema de los menores excombatientes, estableció:

56. A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.

De igual manera, se debe tener en cuenta lo regulado por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, las cuales fueron

adoptadas por la Asamblea General mediante la resolución 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985), en la que también se indicó que:

16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

Es por ello, que la discusión tanto en el ámbito del derecho nacional como internacional, no está definido si es pertinente, prudente e incluso lógico determinar que los menores desmovilizados de un grupo al margen de la ley, deban tener exclusivamente una connotación de víctima ya que de otro modo se afectarían sus derechos fundamentales, porque no se mirarían las circunstancias que rodearon este asunto y que si ellos se encuentran en esa situación se debe en gran parte a la omisión del deber de protección de cuidado que el Estado debe tener con los menores.

Pero tampoco se puede determinar que la judicialización penal de un menor afecte sus derechos, teniendo en cuenta que la sanción penal tiene como objeto la resocialización del infractor de unas normas de orden público, y en este punto es donde se centra la forma como el derecho debe determinar con las herramientas idóneas como debe darse ese doble concepto de sanción conjugado con el restablecimiento de los derechos que debe prevalecer, ante todo.

Sin embargo, es importante tener en cuenta el origen de la conducta punible de los menores de edad, y esta obedece ciertamente a que ellos fueron reclutados de manera violenta a las filas de estos grupos al margen de la ley, y de allí también se deriva una responsabilidad de los Estados frente al reclutamiento forzado, por lo cual se ha elaborado la recomendación 2

de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados de la Organización de las Naciones Unidas, en la que se establece que:

Todos los Estados miembros deben adoptar medidas destinadas, concretamente, a poner fin a la impunidad por las violaciones cometidas contra los niños en los conflictos armados. Esas medidas deben incluir, entre otras cosas, la adopción de disposiciones extraterritoriales para los delitos relacionados con niños; asegurar que las disposiciones nacionales se ajusten a las normas y providencias de la Corte Penal Internacional; aplicar el principio de universalidad cuando proceda; hacer que la legislación nacional tipifique como delito el comercio de armas a países donde se sabe que existe reclutamiento ilegal y utilización de niños soldados; adoptar medidas para combatir el lavado de dinero; y congelar los activos de las personas o las entidades legales acusadas de graves violaciones contra los niños en los conflictos armados. (UNICEF. 2009. Pág. 193)

Lo anterior, es un punto importante y en el cual la justicia ordinaria en colombiana centraba su atención, al referirse que:

Ciertamente los menores de dieciocho años no pueden hacer parte del conflicto armado porque tal situación constituye un atentado contra el menor, contra la institución de la familia, contra la cultura, contra la sociedad, por no mencionar lo más evidente, contra la libertad y la vida. (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sentencia de febrero 24 de 2010)

También es importante, tener en cuenta la visión actual de la Corte Constitucional que, desde su pronunciamiento del año 2005, ha repercutido hasta nuestros días, en relación con la doble connotación de los menores de edad que se desvinculan de grupos al margen de la Ley y han cometido conductos punibles, al respecto, esto mencionó la alta Corporación:

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. (...) 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 objeto 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 como instrumentos de organizaciones de poder de la que no pueden negarse a participar? (Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 2013)

En este punto es importante, tener presente que el ordenamiento jurídico colombiano confrontado con el internacional, existe una gran tensión, entre buscar un restablecimiento a las víctimas de los grupos al margen de la ley, y la reincorporación de las personas vinculadas a estos grupos, en especial a lo que refiere a los menores de edad, así lo indica una tesis doctoral respecto del tema que expone:

El panorama normativo estudiado, pone de presente, ciertas tensiones entre los derechos de las víctimas de los grupos armados ilegales que con ansias se pretenden constituir en los procesos de justicia y paz para la búsqueda de reparación y verdad; y las garantías constitucionales recogidas por la ley de infancia y adolescencia, con las que se demanda la protección integral propia consagrada en el derecho internacional de los derechos humanos de los niños, y a partir de las cuales predomina la función pedagógica de las sanciones y procedimiento, trato o debido

proceso diferenciado, especial con marcada filosofía de justicia restaurativa, y con cabida de principio de oportunidad de obligatorio cumplimiento en todo momento, por parte de las autoridades judiciales. (Floriano-Escobar, Ronald. pp. 217-235)

Es tema de la responsabilidad penal de los excombatientes menores de edad, tiene muchas posiciones encontradas, desde las que afirman que nuestro ordenamiento jurídico, tiene los elementos indispensables para no ejercer la acción penal, hasta los que ven necesario este tipo de responsabilidad con el fin que no se deje en la impunidad miles de delitos por grupos al margen de la Ley, por lo cual, hacen indispensable que dentro del marco penal la existencia del principio de oportunidad, el cual según la normatividad penal, no es aplicable para delitos de lesa humanidad.

Pero existen, muchos delitos cometidos por ex combatientes menores de edad que son delitos de lesa humanidad, en dicho caso, es necesario e indispensable garantizar a las otras víctimas del conflicto que sufrieron el rigor de las conductas punibles de estos actores, la necesidad de una responsabilidad penal o por el contrario estas víctimas deben ceder en pro de los derechos fundamentales de los menores de edad, al respecto algunas investigaciones sobre la materia han manifestado:

El tema de la responsabilidad penal del menor infractor en el conflicto armado, muy a pesar de su actualidad y prolijidad de argumentos a la hora de debatirlo, ha sido fuente de múltiples disputas que principalmente giran alrededor del límite cronológico de la inimputabilidad, la procedencia de penalizarlo o no, y la atención puesta en el constante aumento de cupos necesarios para la institucionalización de los jóvenes procesados, sin que se haya manifestado un real interés por la comprensión del fenómeno en sí y de la realidad social, psicológica y cultural de sus protagonistas. Negligencia que podría incorporar el argumento facilista que, en el precario contexto vital de estos menores, configura las principales causales de

ausencia de responsabilidad penal. (Universidad Libre Seccional Barranquilla. 2010. Págs. 15 – 25)

1.6. Hipótesis

Tomando como base que los menores de edad que se desvinculan de grupos al margen de la ley, que han participado directamente o indirectamente de conductas punibles, deben ser vistos en su papel principal de víctimas y no como las personas adultas que dependiendo de las circunstancias que rodearon su situación, si determinar si existen elementos de juicio para declarar una responsabilidad penal, porque si se los toma en su doble de connotación de víctima y victimario, se estaría vulnerando los derechos de los niños, niñas y adolescentes que fueron utilizados como un instrumento, sin tener en cuenta que en el contexto internacional, a los menores desvinculados de grupos al margen de la ley, el Estado genera sobre ellos un sistema protector y no necesariamente a través de un sistema que establezca responsabilidad penal, por ello inicialmente la respuesta tentativa conforme los postulados internacionales y en comparación con la normatividad interna, señala en primer lugar que debería excluirse de responsabilidad penal a los menores de edad y buscar mecanismos de restablecimiento de sus derechos que no busquen responsabilizarlos por conductas en las que fueron utilizados como instrumento.

1.7. Metodología

Se trata de una investigación socio-jurídica, cuyo enfoque teórico específico facilita clasificarla como un estudio de tipo descriptivo, que propende por desarrollar una fiel caracterización del fenómeno que constituye su objeto de indagación y análisis. Se trata de establecer si los menores de edad desmovilizados del conflicto armado y que han cometido unas conductas punibles, son tratados como víctimas o victimarios, o en el evento que se denoten estas dos categorías, se deberá entender si existen los procedimientos adecuados con el fin de evitar una revictimización de los niños, niñas y adolescentes.

Por este motivo, en este trabajo se tratara de analizar a la luz de la normatividad y de la jurisprudencia si nuestro derecho los trata como víctimas o como victimarios y especificar en qué circunstancias lo hace, para este fin es indispensable conocer la normatividad que rige en el caso de los menores, las normas penales, y la legislación que en relación con el conflicto armado interno en el que ha estado sometida la población colombiana.

Este trabajo se propuso, entre otras metas, el análisis de la normatividad concerniente a la responsabilidad penal de los adolescentes excombatientes y el examen de algunas de las causales de ausencia de responsabilidad penal, consagradas en el Art. 32 del C.P. y en la Ley 1098 de 2009 – Código de Infancia y Adolescencia, como premisa de lo que puede llegar a señalar el procedimiento en este tipo de situaciones.

2. Garantías constitucionales en menores de edad desvinculados del conflicto armado en Colombia

2.1. Establecer cuáles son los procedimientos de restablecimiento de derechos y el marco legal de los mismos a los que se han visto sometidos los menores de edad que con ocasión y durante la permanencia en un grupo armado al margen de la ley

En este aspecto es importante precisar qué tipo de menores de edad, han sido objeto de reproche por parte del derecho penal, y cuál es la legislación que sobre la materia a tratado estas circunstancias; teniendo en cuenta que los menores de edad que han hecho parte de un grupo al margen de la ley, como es el caso de los grupos guerrilleros han sido autores de conductas punibles y/o cómplices de las mismas.

Es importante tener en cuenta que a finales del siglo XIX e inicios del XX, se comenzó a transformar la figura del menor como el integrante de un grupo vulnerable y se lo inició a ver la responsabilidad que en el ámbito penal puede tener la conducta que fuera desplegada por estos.

Desde el año 1919 hasta inicios de 1990 en América Latina, se empezó a emplear un sistema represivo, en relación con la responsabilidad penal de menores, el cual consistía en determinar “situaciones irregulares”, en los que se podía encontrar los menores de edad, entre estas situaciones, se encontraba la de haber sido autor o participe de conductas punibles.

Ahora bien, en relación con Colombia, el Código del Menor en consagró como postulado dichas situaciones irregulares en las que podía encontrarse los menores de edad, pero también determinó para ese momento, cuál era el rango de edad en la que un menor de

edad podía ser tenido en cuenta como infractor de la ley penal, para este fin, determinó que los menores de edad entre 12 hasta antes de cumplir los 18 años de edad, podían ser denominados como infractores penales.

Actualmente, el Código del Menor ha sido derogado por la Ley 1098 de 2006 denominado “Código de Infancia y Adolescencia”, esta normatividad busco adoptar las diferencias directrices y parámetros que a nivel internacional en el cual contemplaban el interés superior del menor y su protección integra, tal como lo expone la Convención General de los Derechos del Niño de 1989, también existieron otro tipo de normatividades a nivel internacional que trataron el tema entre ellas las que más se destacan son las Reglas de Beijín constituyen una normativa internacional de necesaria observancia en la justicia de menores, en la cual se presenta como orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención.

En este mismo sentido y en el ámbito del derecho penal se debe tener en cuenta en Colombia que con la expedición de la Ley 599 de 2000 – Código Penal Colombiano, se tiene que los menores de (18) años se encontrarán sujetos a un sistema de responsabilidad penal especial, a su tenor literal, la norma estableció:

Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en el marco de la acción de constitucionalidad de la anterior norma, respecto al sometimiento de los menores de edad a un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, expresó:

La institucionalización de una justicia de menores no constituye, per se, un atentado contra los derechos de los menores, ni va en detrimento del deber de protección que recae en la sociedad y el Estado. Antes bien, podría decirse que la comunidad internacional ha reconocido ampliamente la necesidad de crear un sistema judicial especializado que permita resolver el problema de la delincuencia juvenil desde la perspectiva de la resocialización, la tutela y la rehabilitación, evitando que el menor desvíe su proceso de adaptación y trunque su desarrollo físico y moral, base del desarrollo de la sociedad moderna. Mientras la ley se ajuste a los principios constitucionales que guían el juzgamiento de los menores y conserve los objetivos que marcan su derrotero, la existencia misma de esta jurisdicción no merece reproche de constitucionalidad alguno; por el contrario, ésta debe ser avalada como el mecanismo propicio para armonizar los derechos de los menores infractores y la conservación de la seguridad pública. (Corte Constitucional, Sentencia C-839 de 2001).

En los mismos términos, se pronunció la Corte Suprema de Justicia:

se cambió el concepto de inimputabilidad, por el de la titularidad de derechos y en contraprestación una responsabilidad penal, aunque disminuida en comparación con la de los adultos; de suerte que en tal comprensión los jóvenes con edades entre 14 y 18 años, son capaces de culpabilidad y son imputables, y por tanto responsables penalmente aunque dentro de una dimensión eminentemente pedagógica, específica y diferenciada. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de febrero 24 de 2010).

Teniendo en cuenta lo expuesto, la normatividad consagrada en la Ley 1098 de 2006, estableció un sistema de responsabilidad penal para los menores de edad, en el que se señaló que la edad para que un menor sea responsable penalmente es a partir de los 14 años de edad, y no desde los 12 años como estaba establecido en el Código del Menor, al respecto la Ley 1098 de 2006, estableció:

Artículo 139. *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes.* El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible. (Ley 1098 de 2006).

De igual forma se alude a la exclusión de responsabilidad penal para adolescentes en el artículo 142:

Artículo 142. Exclusión de la responsabilidad penal para adolescentes. Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible. (Ley 1098 de 2006).

Con lo anterior se tiene que el Sistema de Responsabilidad Juvenil, señaló un margen de responsabilidad para los mayores de 14 años y hasta los 18 años, que se

diferencia de los adultos, razón por la cual se hace necesario una serie de medidas que se deben adoptar en virtud de su “situación particular”, es decir, de conformidad al caso particular, se adoptarán las medidas necesarias, entre las cuales se tiene como la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semi-cerrado y la privación de libertad en centro de atención especializado.

También es importante destacar que el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, señala que serán objeto de medidas de detención preventiva en centros especializados los mayores de 16 años y hasta los 18 años, cuya medida no será mayor de 5 años, salvo los casos establecidos para la norma, así lo consagra la normatividad al decir:

Artículo 187. La privación de la libertad. La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho años (18) que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión.

En estos casos la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde un (1) año hasta cinco (5) años, salvo lo dispuesto en los incisos siguientes.

La privación de libertad en Centro de Atención Especializada se aplicará a los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas.

En los casos en que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores de edad para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito no se aplicará privación de la libertad.

Parte de la sanción de privación de libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 de este Código por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de la sanción sustitutiva podrá acarrear la aplicación de la privación de la libertad impuesta inicialmente o la aplicación de otra medida. En ningún caso, la nueva sanción podrá ser mayor al tiempo de la sanción de privación de libertad inicialmente previsto.

Parágrafo. Si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumpliera los dieciocho años de edad continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada de acuerdo con las finalidades protectora, educativa y restaurativa establecidas en la presente ley para las sanciones.

Los Centros de Atención Especializada prestarán una atención pedagógica, específica y diferenciada entre los adolescentes menores de dieciocho años de edad y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del Centro, así como las demás garantías contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño. (Ley 1098 de 2006)

En relación con la privación de la libertad en centro de atención especializado, es importante tener en cuenta que clase de medida se adoptarán en estos centros, y que connotación van a tener los mismos, si van a ser centros parecidos a un centro penitenciario y carcelario similar a la de los adultos, o por si el contrario este tipo de centros tendrán una categoría especial que permita la resocialización del menor y no que se lo vuelva victimizar, toda vez, que para el caso particular de los menores de edad que son susceptibles de responsabilidad penal y que han sido objeto de reclutamiento forzado en un grupo al margen de la Ley, se debe tener en cuenta que estos menores han sido víctima de

un delito y que si les cabe otro tipo de responsabilidad durante su estancia en estos grupos, se debe velar por su no revictimización.

Como se observa del Código de Infancia y Adolescencia, los menores de edad que no son objeto de reclutamiento forzado no serán susceptibles de privación de su libertad, sin embargo, no se señala que tipo de reparación a sus derechos se seguirá con estos menores, y mucho menos no se consagrará que tipo de medidas se adoptará.

Teniendo de presente los diferentes mecanismos que los menores de edad que son susceptibles de responsabilidad penal tienen dentro del marco de la legislación colombiano, y los procedimientos que se encuentran a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se hace necesario saber si estos mismos procedimientos son aplicables a los menores de edad que han sido parte de grupos al margen de la Ley dentro del conflicto armado interno que ha vivido Colombia.

Al respecto, se ha manifestado por parte de la Corte Constitucional de Colombia, el papel relevante que tienen las víctimas de las conductas punibles en que hayan incurrido los menores de edad en el marco de un conflicto armado interno, al respecto en una de sus sentencias manifestó:

“6.3. Es en este contexto que se plantea el principal interrogante que ha de resolver la Corte en el caso presente, a saber: dada su calidad de víctimas del conflicto armado y de beneficiarios de la actividad protectora del aparato estatal, así como las diversas garantías que les rodean en tanto sujetos de protección jurídica reforzada, ¿es constitucional que a los menores de edad que han formado parte de grupos armados al margen de la ley se les procese judicialmente por motivo de los delitos que hubiesen podido cometer en el curso del conflicto armado? (Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2005)

Para dar respuesta al interrogante, la Corte Constitucional manifestó que el proceso de responsabilidad penal que se le puede seguir a un menor de edad susceptible de este sistema no significa que vayan a ser excluidos per se, de ser procesados bajo estos parámetros, sino que estas circunstancias obedecerán a las circunstancias particulares de cada caso en los cuales, con ocasión del conflicto armado interno, se vea involucrado el menor de edad.

Lo anterior, significa que no existe una exclusión para este tipo de casos que si bien tiene a los menores de edad que han participado en el conflicto armado interno como protagonistas, por lo cual se debe buscar las garantías necesarias para restablecer sus derechos, también es importante tener en cuenta el papel relevante que tienen las víctimas del conflicto armado y que han sido las perjudicadas con el actuar de estos menores de edad, por lo cual, también se hace indispensable que a estas personas se les garantice los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

La Corte Suprema de Justicia también se pronunció sobre procedencia de juzgar a los adolescentes actores del conflicto armado en que hayan incurrido en la comisión de una conducta punible, bien sea como autores o partícipes, pero señalando que puede ocurrir un eventual conflicto entre el principio de oportunidad y la no victimización de los menores, al respecto señaló:

De reconocerse conflicto entre la Ley 975 de 2005 y la 1098 de 2006, éste se resuelve subordinando la primera ante la segunda, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 140 de la normatividad que consagra los derechos de los niños y adolescentes, que claramente advierte:

...“En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán

siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.”

Así, la forma apropiada que se ofrece para solucionar la primera parte del problema jurídico, es considerar que los derechos de las víctimas ceden frente a los de los menores, y por tal razón el escenario para discutir las consecuencias jurídicas de las conductas cometidas por el desmovilizado mientras era menor de edad, no es el de la Ley 975 de 2005, sino el espacio generado por el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia febrero 24 de 2010).

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - SRPA, no obedece a un castigo retributivo estatal al menor de edad delincuente, sino que busca resolver el conflicto que ocasionó el delito cometido por el adolescente, propendiendo por la reintegración del adolescente a la vida en comunidad y la reparación que este le debe brindar a la víctima, coadyuvando así al restablecimiento de las relaciones sociales, dentro del marco de la legalidad y la convivencia ciudadana, por este motivo, también según la concepción de las Altas Cortes, es importante el papel de la víctimas que generaron las conductas delictivas de los adolescentes inmersos en el conflicto armado interno.

En este sentido, la víctima dentro del proceso de responsabilidad penal de un menor que es susceptible de responsabilidad penal, busca no considerarse como un sistema exclusivamente represivo, sino que busca otras alternativas de solución para los menores y que garantice el derecho a las víctimas, en este sentido la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, lo ha expresado:

Ahora, el SRPA consagrado en el CIA se distingue por estar guiado por el principio de subsidiaridad en virtud del cual se consagran mecanismos alternativos al ejercicio de la acción penal y por otro lado adopta el modelo de

justicia restaurativa en el cual la intervención penal se orienta principalmente para lograr la toma de conciencia del adolescente sobre las consecuencias de sus actos; asimismo, la reparación de la víctima adquiere importancia bajo la finalidad de lograr la reconciliación entre el menor infractor y esta mediante la reintegración de ambos. Este enfoque restaurativo tiene dos funciones: función sustitutiva en relación a la acción penal que dependiendo del delito permite el uso de mecanismos como la conciliación y la mediación; y una función complementaria de la justicia penal formal mediante la acción pedagógica del juez. (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2010 pág. 37).

2.2. Contrastar en el ordenamiento jurídico colombiano si los menores de edad pertenecieron a un grupo al margen de la ley, que estuvieran inmersos en delitos al ser excluidos de responsabilidad penal en razón de su papel de víctimas del conflicto armado, se contrapone con lo regulado en el código de infancia y adolescencia.

En relación con el ordenamiento jurídico interno, es pertinente tener en cuenta que la Ley 975 de 2005, denominado “Ley de Justicia y Paz”, como uno de los mecanismos desarrollados por el Estado Colombiano con el fin de impulsar una desvinculación de los menores de edad que se encuentran formando parte de una Organización Armada Ilegal, con el fin de cumplir su deber de garante frente a los derechos de los menores.

En este aspecto es importante, tener en cuenta que dicha norma sólo se encargó del delito de reclutamiento de menores de edad a grupos al margen de la ley, pero no se especificó lo relacionado al menor que comete una conducta punible en el marco del conflicto armado interno que padece Colombia, por lo cual, los beneficios de los mayores se igualaron a la de los menores de edad.

Ahora bien, con el surgimiento de la Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, en esta normatividad contempla expresamente el artículo 3° Parágrafo 2° cuando señala que:

“(…) Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad (…)” (Ley 1448 de 2011).

Por lo expuesto, se tiene que la Ley 1448 de 2011 especifica como víctima a los miembros de grupos al margen de la ley, que hayan sido objeto de reclutamiento forzado cuando fueron menores de edad, razón por la cual, se tiene la concepción que los menores de edad que se encuentran formado parte de un grupo armado ilegal, se pueden constituir como víctima.

Teniendo en claro lo expuesto, se debe entender que los niños, niñas y adolescentes que han sido objeto de reclutamiento forzado y en el marco de la vinculación a estos grupos armados, se comenten conductas punibles, y que conforme a ello se les sigue un proceso especializado de responsabilidad penal, no serían objeto de entrevistas o de algún trato en el marco del principio de oportunidad para rebajar su sanción en materia penal, sin embargo, con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el cual expuso que los menores de edad que hayan cometido delitos dentro del conflicto armado interno deben ser judicializados con el fin de garantizar el derecho que tienen las víctimas a la verdad, justicia y reparación, y ha sido esta tensión entre estos dos escenarios lo que se ve envuelto nuestro ordenamiento jurídico.

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

Lógico resulta afirmar que los menores combatientes colombianos únicamente podrían ser investigados y sancionados al amparo de la legislación especial que regula dicha actividad judicial, vale decir, el Decreto 2737 de 1989 o la Ley 1098 de 2006, según sea el tiempo en que se cometieron las conductas investigadas (...) Así, la forma apropiada que se ofrece para solucionar la primera parte del problema jurídico, es considerar que los derechos de las víctimas ceden frente a los de los menores, y por tal razón el escenario para discutir las consecuencias jurídicas de las conductas cometidas por el desmovilizado mientras era menor de edad, no es el de la Ley 975 de 2005, sino el espacio generado por el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de febrero 24 de 2010).

Por lo tanto, lo expuesto en la Sentencia C-203 de 2005, en el cual manifiesta la obligación de judicializar a los menores infractores dentro del escenario de un conflicto armado interno, se debe entender sujeto a unos parámetros que la normatividad internacional ha dispuesto para este tipo especial de responsabilidad para adolescentes, en el cual se encuentran las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores llamadas “Reglas de Beijing”, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como “Directrices de Riad”, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, conocidas como “Reglas de la Habana”; instrumentos estos que proyectan sus principios en las normativas nacionales.

En el marco de la Justicia Ordinaria, es evidente el grave delito que se cometen con los menores de edad, niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado interno, pero también queda evidenciado que estos menores que han sido en muchos casos utilizados para perpetrar hechos hostiles, cuando son reincorporado a la sociedad dichas

medidas no son las más eficaces, así lo señaló el Tribunal Superior de Bogotá en una de sus providencias al manifestar:

Son pocos los menores que luego de su desvinculación, logran terminar el bachillerato, o pueden llegar a ser profesionales; hay problemas de aceptación en las mismas comunidades; igualmente se presenta estrés post traumático, pérdida de control que tiene una persona frente a un hecho violento; los olores e imágenes traen a la memoria terror y miedo, sufren de dolores de cabeza constantes y sin causa aparente, dolor de estómago y otros. Hay síntomas psicológicos como reviviscencia repetitiva del hecho lo cual perturba las actividades diarias, se dan conductas de evasión o insensibilidad emocional, traducidos en asumir actitudes de no importarles nada; no hay proyectos a futuro, solo existe el hoy y el ahora; despersonalización, no poder reconocerse así mismo; no pueden reconocer adecuadamente la realidad que viven; amnesia disociativa, es decir, separan el recuerdo del trauma de otros recuerdos como si no se hubiera vivido; pseudo alucinaciones sentidas como el estar dividido en dos: uno, quien sufrió el evento traumático y dos, quien no lo sufrió (Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia de agosto de 2013).

Conforme con lo expuesto, se debe tener en cuenta que la situación de los menores de edad que se vincularon al conflicto armado interno, y en el cual pudieron haber cometido una serie de delitos hace necesario señalar que se deben adoptar criterios jurídicos claros, reales garantías de protección que permitan un verdadero restablecimiento de derechos de los menores, y que no involucre una nueva victimización por parte del Estado, dado que si bien pueden ser objeto de una responsabilidad penal especial, este tipo de responsabilidad debe adoptarse con un marco diferenciado al que se sigue con los adultos, inclusive para los mayores de edad que fueron reclutados siendo menores.

Al respecto, el ex vice fiscal Jorge Fernando Perdomo, en relación con el tema de los menores de edad que se encuentran formando parte de los grupos armados, expresó:

(...) los guerrilleros que ingresaron a las FARC como menores de edad (y que hoy continúan en las filas de ese grupo armado) serían considerados víctimas del conflicto. El funcionario señaló que cada caso se tendría que examinar individualmente y que si se logra establecer que el guerrillero fue víctima de reclutamiento forzado podría tener beneficios judiciales. Indicó que frente a los delitos de esos guerrilleros se podría aplicar la figura de ausencia de responsabilidad o principio de oportunidad, por lo que no irían presos (Periódico El Tiempo, 2015).

En este aspecto, es importante destacar el papel que tendrán los menores de edad que se encuentren formando parte de los grupos que se desmovilicen producto de un acuerdo con el Gobierno, sin embargo, se debe tener en cuenta si las diferentes entidades estatales se encuentran en capacidad para afrontar su papel y mirar a los menores de edad como víctimas exclusivas del conflicto o si de todas formas seguirán mirándolos como victimarios.

Es muy difícil llegar a una conclusión final, teniendo en cuenta el tema tan sensible que esto afronta, tanto para el sistema de restablecimiento de derechos que se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico y que busca la protección del menor, contenido en la Ley 1098 de 2006.

También porque en cierto modo, se estaría negando a las víctimas ese acceso a la verdad, a la justicia y sobre todo a la reparación que tanto se les ha prometido, por lo tanto, esta estrecha dicotomía tiene un factor primordial en el caso de los menores de edad que son objeto de la justicia ordinaria y que pueden ser beneficiarios de la Justicia Especial, es decir, que aquellos menores sean visto en un papel exclusivo de víctimas y que sean aquellas personas a las cuales obedecían quienes sean los encargados de brindar aquella verdad sobre los hechos que estos menores cometieron, para que no se trate de una nueva victimización de los menores, y se trate de devolver un poco de

reestructuración de su infancia a aquellos menores de edad que perdieron algo más que su libertad, sino también el disfrute de sus derechos en un conflicto armado que lleva tanto tiempo.

De igual manera, se debe tener una política sobre la forma y manera que estos menores que se han visto envueltos dentro del conflicto armado y que han cometido delitos, sean tratados, no como delincuentes juveniles normales, sino atendiendo su situación particular y dadas las circunstancias en que fueron envueltos a este conflicto, para saber si el Estado colombiano, se encuentra en la capacidad de brindar una adecuada resocialización a estos menores de edad, que muchos de ellos fueron sometidos a hacer parte de los grupos armados y no conocen otra forma de vida que no sean el combate y las armas.

3. Los menores de edad en la justicia especial para la paz.

Es importante tener en cuenta que a partir de las negociaciones de Paz con la guerrilla de las FARC – EP con el Gobierno Colombiano, se ha propuesto de los acuerdos que han llegado un sistema de justicia que permita a los involucrados en este conflicto armado interno, que se tenga una Justicia Transicional que se encarga completamente de los delitos que pudieron con ocasión del conflicto armado y que se encuentren en conexidad con la conducta punible de rebelión, que puedan ser sometidos a una justifica diferente a la ordinaria, una justicia encargada de forma exclusiva de estas personas.

Con este fin enmarcado de los acuerdos de Paz que llegaron, se impulsó por parte del Gobierno Nacional, una Ley que permita establecer los parámetros que tendrá la denominada Justicia Especial para la Paz – JEP, por ello en su compromiso, impulso un proyecto que implementará la misma y fue así como el Congreso de la República de Colombia, expidió la Ley 1820 de 2016.

3.1. Ley 1820 de 2016

La Ley 1820 de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, que tiene por objeto las amnistía e indultos por los delitos políticos y conexos, adoptando para ello un tratamiento penal especial diferenciado, para todos aquellos que de alguna manera han intervenido en el conflicto armado interno.

Ahora bien, el ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016, en su artículo 3° estableció lo siguiente:

Artículo 3°. Ámbito de aplicación. La presente ley aplicará de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final. También cobijará conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

Además se aplicará a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos que en esta ley se indica.

En cuanto a los miembros de un grupo armado en rebelión solo se aplicará a los integrantes del grupo que haya firmado un acuerdo de paz con el gobierno, en los términos que en esta ley se indica. (Ley 1820 de 2016).

Por este motivo, teniendo en cuenta el alcance de aplicación de la Ley que implementa la Justicia Especial para la Paz, es importante tener en cuenta que en la norma general no se realizó alguna distinción entre los miembros involucrados en la misma, por tal motivo, se puede entender que esta distinción y aplicación de justicia penal especial, también es aplicable para los menores de edad e inclusive para aquellos que siendo menores de edad cometieron alguna conducta punible en el marco del conflicto armado interno.

Sin embargo, a pesar que dentro de los principios de la Justicia Especial para la Paz, se encuentra consagrado un principio de diferenciación, el cual podría ser aplicable a los menores de edad que cometieron algún delito y que se encontraban formando parte de un grupo guerrillero, pero dicho criterio especial de diferenciación y en el cual claramente se tiene en cuenta el papel de las víctimas del conflicto armado interno, no tiene mucho desarrollo normativo en cuanto al papel de restablecimiento de los menores de edad, o si el mismo al igual que los adultos se encuentre supeditado a que los victimarios expresen la verdad de todos los delitos que han cometido con ocasión del conflicto armado.

En esta medida también, es importante tener en cuenta que al someterse a una justicia transicional como es el caso de la Justicia Especial para la Paz, desarrollada en la Ley 1820 de 2016, es importante tener en cuenta que esta justicia se ampara en los estándares internacionales sobre esta materia, en especial aquella justicia penal que se ampara en el Estatuto de Roma, el cual dentro de su normativa contiene:

Artículo 26

Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte

La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Por lo tanto, conforme a lo regulado en el Estatuto de Roma se tiene que los menores de 18 años no serán juzgados por ese Tribunal, sin embargo, en lo relacionado a la Justicia Especial para la Paz, no se tiene involucrada esta circunstancia, por lo tanto, será necesario el desarrollo jurisprudencial sobre este tema relacionado con los delitos cometidos por menores de edad que son susceptibles de responsabilidad penal conforme a la normatividad interna colombiana.

Sin embargo, del estudio de la Justicia Especial para la Paz, no se encuentra un artículo concreto o expreso que indique la situación de los menores de edad, únicamente indica que existirían criterios para su diferenciación primando el derecho de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Como se observa de la normatividad que contiene la Justicia Especial para la Paz, no se evidencia que la misma, se excluya a los menores de edad que hayan cometido un delito, y como se indicó anteriormente, siendo susceptibles de ser juzgados por el Código de Infancia y Adolescencia que consagra el sistema de responsabilidad penal para

adolescentes, en este escenario se hace indispensable observar la situación en la que varios adolescentes que se encontraban formando parte de los grupos al margen de la ley como es el caso de las FARC – EP, y cometieron conductas punibles son necesariamente objeto de la Justicia Especial para la Paz.

Al respecto, se tiene tesis en contra que la Justicia Especial para la Paz vaya a conocer de los delitos que han cometido los adolescentes susceptibles de la acción de la justicia especial para adolescentes contenido en la Ley 1098 de 2006; en este sentido la Dra. Sinthya Rubio Escolar, manifiesta lo siguiente:

“Quizá la dimensión que presenta mayores retos para la justicia transicional es la de los NNA como responsables de la comisión de delitos, particularmente, los que habiendo sido reclutados por grupos armados pudieron haber cometido crímenes. A nivel internacional, existe un consenso acerca de la condición de víctimas de estos NNA y de su participación en los mecanismos de justicia transicional, únicamente, como víctimas y testigos. La discusión sobre juzgar o no a personas que cometieron delitos en contextos de conflicto armado siendo menores de 18 años ya se superó”. (Rubio Escolar, Sinthya. 2017).

En este sentido, la Dra. Sinthya Rubio Escolar menciona en su escrito el caso de la justicia transicional en Sierra Leona, con ocasión del conflicto armado que se originó en ese país y que, al momento de llegar a un acuerdo entre los combatientes, se tuvo que desarrollar un Tribunal Especial para juzgar aquellos delitos que se habían desarrollado durante aquella guerra; en relación con este tipo de justicia especial se expuso:

“La magnitud de los crímenes cometidos contra los NNA durante la guerra civil en este país, estableció las bases para que fuera el primer caso de un tribunal creado para juzgar crímenes de guerra, que evidenciara los abusos perpetrados contra esta población, y se

administrara justicia al respecto. El Tribunal buscó procesar las violaciones que se cometieron contra los NNA, principalmente el reclutamiento, secuestro y esclavitud sexual de niñas y adolescentes. Esta experiencia tuvo como consecuencia que los crímenes cometidos contra ellos empezaron a ganar un lugar en los asuntos de justicia internacional. Igualmente se estableció la práctica de no considerar a ninguna persona menor de 18 años penalmente responsable. El tribunal nunca ejerció su jurisdicción sobre NNA, a pesar de que en su estatuto, en el artículo 7, dispuso que los victimarios, entre 15 y 18 años, deberían presentarse ante la Corte. El fiscal David Crane, en el año 2002, tomó la determinación de que no serían juzgados jóvenes en ese rango de edad, puesto que sobre ningún adolescente podría recaer la mayor responsabilidad por los delitos que se cometieron en dicho conflicto armado”. (Rubio Escolar, Sinthya. 2017).

Como se puede evidenciar de la anterior narración que se hace del caso del Tribunal Especial de Sierra Leona, se dejó en claro el papel de esa justicia en relación con los menores de edad, excluyéndolos de la misma, pero no con el objetivo que se deba responsabilizar penalmente a este grupo poblacional, sino que en el ámbito internacional, aquellos menores que cometieron delitos durante su vinculación a un grupo al margen de la ley deben ser visto como víctima, y no como victimario; sin embargo, cabe recordar el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, en esta materia al vincularlos en un doble papel de víctima y victimario; razón por la cual se hace necesario que en la Justicia Especial para la Paz, se establezca el criterio de diferenciación de este grupo tan vulnerable y si es necesaria su participación en el escenario de testigos para que la víctimas, conozca la verdad de los hechos que fue objeto de los actos delictivos del adolescentes.

4. Responsabilidad del estado en el reclutamiento forzado de menores de edad en Colombia.

En el contexto del conflicto armado que se ha desarrollado en Colombia por más de medio siglo, se ha observado como varios grupos vulnerables han sido los más afectados con esta situación, en especial dentro de este grupo de víctimas se destacan los niños, niñas y adolescentes que han sido objeto de una serie de violaciones a sus derechos, ya que han sido arrojados inmisericordemente a esta guerra.

Durante el conflicto armado en Colombia, ha sido el mayor reproche tanto por organizaciones gubernamentales como no gubernamentales, el reclutamiento que los grupos al margen de la Ley han hecho de los menores de edad, pero este hecho no pone en tela de juicio el accionar de estos grupos sino que también vislumbra la responsabilidad que tiene el Estado en este escenario.

Por lo tanto, como es el Estado el que tiene la posición de garante el primero llamado a responder sobre la protección de los derechos de edad, y los programas estatales que realiza con el fin de garantizar que efectivamente los menores de edad en todas las regiones del país, puedan gozar plenamente de sus derechos y no sean objeto de reclutamiento por parte de las organizaciones inmersas en el conflicto armado.

Sin embargo, el Estado Colombiano no ha sido muy efectivo al momento de garantizar los derechos a los menores edad, en especial en aquellos lugares de la geográfica Colombiana donde la presencia de las autoridades y del mismo Estado es casi nulo; es por ello que este escenario ha sido en muchas ocasiones el argumento perfecto y muchas veces utilizados para que muchos menores de edad pasen a engrosar las filas de los grupos al margen de la Ley.

Lo anterior, no quiere indicar que la ausencia del Estado en algunos territorios del país sea la única causa que ha generado el reclutamiento de los niños, niñas y adolescentes, en el conflicto armado colombiano, sino que puede indicarse que el mismo tiene otras razones que pueden dar lugar a este fenómeno, entre estas tenemos:

La modalidad de ingreso Voluntario (con o sin prueba): a) mecanismos de convencimiento política de reclutamiento) por: dinero, gusto a las armas y al uniforme, por tradición familiar o convencimiento a la causa, b) mediante decisión personal, por: aburrimiento, amor (en busca de), despecho (huyendo), aventurar (curiosidad), rechazo familiar, por amigos, por seguir un familiar, por amigo, por seguir un familiar, por prestigio (poder, mujeres) maltrato, huir de la justicia, ausencia de oportunidades o por venganza contra el mismo grupo armado o alguno de sus contrincantes. 2) Modalidad de ingreso forzado: a) Directo: presión sobre la familia (como cuota obligatoria de hijos entre

las familias de la zona), amenaza de muerte sobre el menor o la familia, retención forzosa en la casa, en el colegio, en el pueblo, curso de reclutamiento forzoso (presuntamente temporal), enamoramiento; b) Indirecto: captura en retén, decisión del menor bajo los efectos del alcohol. (Oliveros y Tirado, 2012, P. 21 – 22).

Como puede observarse, diferentes circunstancias han sido el factor desencadenante en la vinculación de los menores de edad en el conflicto armado en Colombia, siendo especialmente resaltarse el factor de tipo económico, el social, la coacción a la que se ven sujetos las familias de los niños, niñas y adolescentes.

NO obstante lo anterior, llama mucho la atención que dentro de los factores de la vinculación de los menores de edad al conflicto armado, se encuentre el ingreso voluntario y es en este punto donde se ha encontrado la mayor controversia, al respecto se ha expresado:

Igualmente, se ha discutido sobre la voluntariedad de los menores para ingresar a los grupos armados. Los informes de organizaciones nacionales e internacionales han desvelado situaciones como: el uso de la fuerza para ser llevado a la guerra; la atracción por las armas y el poder; la incursión como método de escape de la pobreza de ellos y sus familias, la violencia intrafamiliar, el desempleo, la inseguridad social; el temor, la intimidación y el miedo a perder la vida; las promesas de mejores condiciones de vida que terminan en engaños; entre otras, como causas que motivan el ingreso de niños y jóvenes a los grupos armados. (Montoya Ruiz. Ana Milena, 2008, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100002#00).

Por lo tanto, el nivel de discrecionalidad de la voluntad de los menores de edad, debe ser visto de forma relativa, es decir, hasta qué punto un menor de edad sobre todo de los menores de 14 años de edad, se puede indicar que ingresan de forma libre y espontánea a un grupo al margen de Ley, y si no es obligado por diferentes factores de orden económico por parte de sus familias, incluso de otras diferentes circunstancias.

El trato que genera el Estado de forma precaria y protectora a diferentes jurisdicciones del territorio concibe una regionalización de la violencia (BOLIVAR, 2003: 15 – 23), por el control y trato desigual entre los territorios que lo incorporan. En el Cauca, Caquetá, Meta, Cundinamarca, Santander, Arauca, Antioquia (Medellín), entre otros son lugares más afectados por el reclutamiento masivo de menores de edad para enlistar las filas del conflicto armado ya sea rural o urbano (Oliveros y Tirado, 2012: p 19).

Es así como por los diferentes factores que puedan motivar a un menor de edad a verse involucrado en el conflicto armado, en especial en zonas donde este flagelo ha sido más

notorio como es el caso del Departamento del Cauca, hace necesario saber la responsabilidad que sobre esta materia tienen los diferentes actores inmersos en este conflicto armado.

Por este motivo se hace necesario recalcar el rol que ha tiene el Estado Colombiano en relación con la protección de los niños, niñas y adolescentes contra la vinculación y reclutamiento de los grupos al margen de la Ley que se encuentran involucrados en el conflicto armado; para este fin es indispensable revisar la normatividad contenida en el Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia que al respecto establece:

ARTÍCULO 41. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

(...)

30. Protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley. (...) (Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia).

En esta misma línea señalada por el Código de Infancia y Adolescencia también se encuentra entre las obligaciones del Estado, la normatividad contenida en la Ley 1448 de 2011 - Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, que regula lo siguiente:

ARTÍCULO 181. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS. Para efectos de la presente ley se entenderá por niño, niña y adolescente toda persona menor de 18 años. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, gozarán de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, con el carácter de preferente y adicionalmente tendrán derecho, entre otros:

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

(...)

ARTÍCULO 190. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DEL RECLUTAMIENTO ILÍCITO. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Ley 671 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> 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. (...) (Ley 1448 de 2011).

En este sentido, se puede evidenciar que el Estado es el principal protagonista llamado a responder sobre la protección de las garantías y los derechos de los menores de edad, para ello deberán implementar una serie de programas destinados a que este fenómeno de la vinculación y reclutamiento de menores de edad, desaparezca del territorio colombiano.

También existe otras normas que consagran la obligatoriedad del Estado con relación a la protección de los menores, entre estas normas se encuentran: el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al derecho interno mediante la Ley 74 de 1976, y en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972.

En cuanto, a la participación de los niños, niñas y adolescentes en un conflicto armado está proscrita debido a su edad y a la falta de madurez física y mental. Esta garantía está regulada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12 de 1991, en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, ratificados por la Ley 171 de 1994 y en el artículo 38 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a su participación en los conflictos armados, ratificado por la Ley 833 de 2003.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado las directrices de la responsabilidad del estado en relación con el reclutamiento de los menores de edad en el conflicto armado, por lo tanto mediante providencia del año 2008, ha expresado en este respecto que:

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

(...)

Además, el Alto Tribunal cuestiona más adelante que como medida de prevención “... se adelanten campañas puntuales para que los niños y niñas digan “No” al reclutamiento forzado, pese a la naturaleza objetivamente coercitiva de este delito, en la cual la voluntad del niño o niña juega un rol jurídicamente inexistente. (Corte Constitucional (2008). Auto No. 251 de 6 de octubre de 2008. Pág. 41 y 71).

En este sentido, se puede evidenciar la responsabilidad que tiene el Estado con el fin de prevenir el reclutamiento forzado de los menores de edad, y para ello ha implementado una serie de instrumentos que le sirven de base para hacer cumplir la prohibición que en los instrumentos internacionales se ha establecido para prohibir este tipo de conducta y que los menores de edad participen de este tipo de conflictos armados.

4.1. Responsabilidad Internacional del Estado Colombiano.

A pesar de la serie de instrumentos que tanto por la norma positiva como por la jurisprudencia han sido adoptados para que pueda ejercerse un control y poder erradicar la conducta del reclutamiento de los menores de edad, es importante revisar la responsabilidad que el Estado en el contexto internacional ha tenido por este tipo de conducta relacionada con el reclutamiento forzado de menores por parte de los grupos al margen de la ley en el escenario del conflicto armado interno.

Respecto a la responsabilidad del Estado, tenemos que en la Declaración del presidente de la Comisión sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia (57º periodo de sesiones) Convenida por el Gobierno de Colombia y la Unión Europea el 24 de abril de 2001, en su numeral:

10. La Comisión condena enérgicamente todos los actos de terrorismo y todas las violaciones del derecho internacional humanitario por los grupos guerrilleros en particular las matanzas y los ataques contra población civil. En este contexto, la Comisión también condena firmemente el secuestro sistemático continuo, especialmente aberrante cuando se trata de niños. No deja de preocuparle profundamente que los guerrilleros sigan usando a niños soldados y minas terrestres antipersonal. También condena el reclutamiento y asesinato de civiles, hasta en la zona desmilitarizada creada como legítimo escenario para celebrar las negociaciones, así como la continuación de los secuestros de las FARC. Pide a los grupos guerrilleros que respeten el derecho internacional humanitario y participen efectivamente en conversaciones de paz serias y

concretas con el gobierno de Colombia y concierten un acuerdo general humanitario y derechos humanos para allanar el camino hacia una completa cesación del fuego como un primer paso hacia el logro de un acuerdo de paz” (Declaración del presidente de la Comisión sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia N°. 10).

La Corte Interamericana es uno de los Órganos competentes para sancionar por responsabilidad del Estado por esta clase de violaciones, pues la Comisión Interamericana también en diversos informes y solicitudes ha pedido la condena al Estado Colombiano, en este aspecto la Comisión ha manifestado:

1. Que se otorgue la debida importancia y prioridad al tema de los derechos del niño. A tales efectos, debe tomarse en cuenta que muchas de las medidas que requiere la niñez exigen no tanto inversiones económicas de gran envergadura sino más bien un reconocimiento sincero del problema y un compromiso serio, político y social, destinado a resolverlo, mediante políticas concertadas, planificadas a corto, a mediano y a largo plazo.

2. Que se adopten medidas para difundir extensamente los derechos del niño, especialmente entre los propios niños, los padres, los defensores de niños, los maestros, los jueces, los policías, los militares, los grupos de profesionales que trabajan con niños o para ellos y, en general, los demás funcionarios que tengan relación con el tema.

3. Que se cree un sistema que coordine la aplicación de los programas relacionados con la infancia y que se consolide el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con miras a lograr una buena coordinación entre las instituciones que se ocupan de los derechos del niño. A tales efectos, es importante que se reúna y analice sistemáticamente información cuantitativa y cualitativa para evaluar los progresos realizados.

4. Que se apoye, se reconozca y se otorgue debida importancia a la labor que en favor de los derechos del niño realizan las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y los demás integrantes de la sociedad civil, y que se incentive que los organismos del Estado les escuchen y permitan, en la medida de lo posible, su participación en el diseño, elaboración y ejecución de las políticas estatales en favor de los derechos de los niños.

5. Que se tomen medidas enérgicas para garantizar el derecho de todos los niños de Colombia a la vida. Esas medidas deben incluir medidas que garanticen la protección efectiva de los derechos de los niños contra los actos de asesinato y atentados contra su integridad física, y el aseguramiento de que dichos actos sean investigados de manera seria, imparcial y efectiva por tribunales civiles y sancionados severamente.

6. Que el Estado analice detenidamente su sistema de reclutamiento militar para las fuerzas armadas, teniendo en cuenta la protección especial que deben recibir los menores de edad.

7. Que se tomen las medidas apropiadas, hasta donde los recursos lo permitan, para que se asignen suficientes créditos presupuestarios a los servicios destinados a los niños, particularmente en el área de educación y salud.

8. Que, de manera urgente, se incluya en el sistema educativo a los niños que no estén recibiendo instrucción escolar, y se replanteen los objetivos, métodos y demás parámetros concernientes a la educación que se está impartiendo a los niños.

9. Que se respeten las disposiciones que protegen al niño trabajador colombiano.

10. Que se profundicen los programas para proteger a los niños de la situación con conflicto armado interno y se creen programas nuevos para proteger a dichos niños.

11. Que se pongan en práctica las reformas necesarias en la jurisdicción de familia. (<http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-13.htm> , Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

5. Conclusiones

Teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico en materia penal establece el doble rol que tienen los menores de edad que se desvinculan de un grupo armado al margen de la Ley, es decir, de su papel de víctimas y victimarios dentro del escenario del conflicto armado se considera que si bien el sistema penal especial creado para la infancia y adolescencia tiene contemplada unas garantías con el fin de restablecer los derechos de los menores de edad en especial el de reinserción a la sociedad civil como un menor más, existen muchas dificultades que impiden un efectivo restablecimiento de estos menores, que en algunas ocasiones pueden ser considerados en la misma categoría de infractores de la ley penal para adolescentes, sin hacer un sistema de diferenciación que permita un verdadero restablecimiento de derechos.

En igual modo, se puede evidenciar que en el contexto internacional a los menores que se desvinculan de un grupo al margen de la ley, no se lo cataloga como un victimario en ningún contexto y por el contrario siempre se lo considera como víctima, lo cual ha generado una contradicción entre nuestro ordenamiento jurídico y los pronunciamientos jurisprudenciales con las normas del derecho comparado, las cuales colocan como centro de partida para el restablecimiento la consideración de víctima del conflicto, así el menor haya cometido delitos de lesa humanidad en razón que este menor de edad fue usado como instrumento de otras personas.

Se puede denotar un vacío en la normatividad contenida en la Jurisdicción Especial para la Paz, relacionada con los menores de edad, es decir, con los menores que fueron objeto de judicialización penal por la justicia ordinaria y que pueden ser, al igual que los adultos obtener algún tipo de beneficio.

Otro aspecto que quedo totalmente sin regulación alguna y sin marco que implique un efectivo restablecimiento de derechos tiene que ver con los menores de edad que posteriormente durante su desvinculación a los grupos al margen de la ley tienen su mayoría de edad, a este tipo de personas no se sabe si los puede cobijar una actuación de

tipo penal especial o unas garantías mínimas que traten de restablecer a ese adulto que fue objeto del rigor del conflicto armado interno.

Se puede indicar que el sistema jurídico actual colombiano junto con las políticas públicas no es suficiente para lograr el restablecimiento de derechos de los menores de edad que se encuentran desvinculados de un conflicto armado, toda vez que el catalogarse como victimarios en un delito de índole penal le genera al menor por sí un conflicto que sin lugar a dudas con represión de tipo penal no es suficiente para solucionarla, ni mucho menos tratarlo como otro infractor más de la ley penal para adolescentes, por lo que se necesita y requiere un sistema que logre de manera efectiva identificar estos casos, darles un trato diferenciado en relación con otros, y tratar de restablecer unos derechos del menor que en gran medida se encuentran afectados por las instituciones del Estado.

6. Referencias

Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia (CEJIL). (2007). Informe sobre la situación de niños, niñas y jóvenes vinculados al conflicto armado interno en Colombia: falencias en el proceso de desvinculación de niños, niñas y jóvenes de los grupos paramilitares: Presentado a la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [versión electrónica]. Washington D.C. Recuperado el 01/11/2015 <http://www.coalico.org/archivo/coali00058.pdf>

Código de la Infancia y la Adolescencia. (2006). Ley 1098 de 2006. Imprenta Nacional de Colombia.

Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3673. POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL RECLUTAMIENTO Y UTILIZACION DE NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES POR PARTE DE LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS AL MARGEN DE LA LEY Y DE LOS GRUPOS DELICTIVOS ORGANIZADOS. Bogotá D.C., 19 de Julio de 2010.

Convenio entre el gobierno de la Republica de Colombia y la Secretaria General de la OEA para el acompañamiento al proceso de proceso de paz en Colombia, Bogotá, Colombia, 23 de Enero de 2004.

Consejo Nacional de Política Económica Social y Departamento Nacional de Planeación. S.f. Política de Prevención del Reclutamiento y Utilización de Niños, Niñas y Adolescentes por Parte de Los Grupos Armados Organizados al Margen

de la Ley y de los Grupos Delictivos Organizados”. Bogotá, Documento CONPES 3673. Recuperado el 01/11/15 de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3673.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Verdad, justicia y reparación. Cuarto informa sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Documento OEA/Ser.L/V/II Doc.49/13 del 31 de diciembre de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2005) Sentencia C-213 de 2005, Bogotá

Corte Constitucional de Colombia. Sala de Revisión. (2008). “Auto 251 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T- 025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 28 de junio de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión s.n., Bogotá.

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-318 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 24 de 2010 dentro del proceso N° 32889, Bogotá

Daza, María Fernanda y Valencia, Olga Lucía. 24 de marzo de 2010. Vinculación a grupos armados: un resultado del conflicto armado en Colombia. Universidad El Bosque, Bogotá, Colombia. Recuperado el 10/05/2016 de

http://www.usta.edu.co/otraspaginas/diversitas/doc_pdf/diversitas_10/vol.6no.2/articulo_14.pdf

Decreto 4690 de 2007. (2007) Por la cual se crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley. Diario Oficial No. 46.831. Bogotá.

Floriano-Escobar, Ronald. El Reclutamiento Ilegal De Los Menores En Colombia Y Su Responsabilidad Penal Dentro Del Conflicto Armado. Revista Principia Iuris, ISSN Impreso 0124-2067 / ISSN En Línea 2463-2007 Enero-Junio 2015, Vol. 12, No. 23 pp. 217-235

Garavito, César Rodríguez, Yepes, Rodrigo Uprimny, Güiza, Diana Isabel Gómez y Albarracín Caballero, Mauricio Albarracín Caballero, director e investigadores del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia. 21 de Octubre de 2015. Concepto sobre el expediente D-10886. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 190 (parcial) de la Ley 1448 de 2011. Bogotá. Recuperado el 10/05/2016 de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.771.pdf

Gómez Orrego, Isabel Génesis. 2013. REINTEGRACIÓN SOCIAL DE MENORES DESVINCULADOS DEL CONFLICTO INTERNO ARMADO EN BUCARAMANGA Y SU ÁREA METROPOLITANA. Bucaramanga. Recuperado el 10/05/2016 de <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2013/148690.pdf>

Human Rights Watch -HRW. (2003) Aprenderás a no llorar: Niños combatientes en Colombia”. s.n. Recuperado el 01/11/2015 de <http://www.acnur.org/t3/uploads/pics/186.pdf?view=1>

Informe sobre la situación de niños, niñas y jóvenes vinculados al conflicto armado en Colombia. (2007) “Falencias en el proceso de desvinculación de niños, niñas y jóvenes de los grupos paramilitares.” presentado a la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington D.C.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2010) Lineamiento técnico para el programa especializado y modalidades para la atención a niños, niñas y adolescentes que se desvinculan de grupos armados organizados al margen de la ley. Bogotá.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamiento Técnico Del Programa de Promoción y Prevención para La Protección Integral De Niños, Niñas y Adolescente. Bogotá: s.p.i. Consulta realizada en noviembre de 2015. Disponible en la página web: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas/GeneracionesConBienestar/LM2.MPM2%20Lineamientos%20Tecnico%20del%20PPINNA%20Generaciones%20con%20Bienestar%20v3.pdf>

Montalvo Velásquez, Cristina. El Niño, La Niña Y El Adolescente Desmovilizado Del Conflicto Armado: Víctima O Victimario. Advocatus, Edición Especial No. 15: 15 - 25, 2010 Universidad Libre Seccional Barranquilla. Págs. 15 – 25

OLIVEROS, C. TIRADO, M. (2012). La Niñez En El Conflicto Armado, Universidad Militar Nueva Granada Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y sociales.

Springer, Natalia. S.f. Prisioneros Combatientes. Datos del primer informe exploratorio sobre el uso de niños niñas y adolescentes para los propósitos del conflicto armado en Colombia” s.p.i. Recuperado el 01/11/15 de http://www.colombiasoyyo.org/docs/resumen_informe_Mayanasa.pdf

Torres Puentes, Elizabeth. S.f. narratividad y tiempo: niños y niñas desvinculados del conflicto armado colombiano. Capítulo tercero. Lenguaje, cultura e investigación. Problemas Emergentes en Educación. s.c. Recuperado el 10/05/2016 http://die.udistrital.edu.co/sites/default/files/doctorado_ud/publicaciones/narratividad_y_tiempo_ninos_y_ninas_desvinculados_del_conflicto_armado_colombiano.pdf

Vicepresidencia de la Republica de Colombia. (2010). Rutas para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por grupos organizados al margen de la ley y grupos delictivos organizados”. Bogotá. Recuperado el 01/11/2015 de <http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2014/140304-guia-ruta-prevencion-proteccion.pdf>

Whatch List on Children and Armed Conflict. “Colombia: La Guerra en los niños y las niñas”.s.n., 2004. Recuperado el 01/11/2015 de <http://www.watchlist.org/reports/pdf/colombia.report.es.pdf>