

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE
RECLUTAMIENTO EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO**

ROSA VIRGINIA ROJAS DUQUE

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal Penal
2016**

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE RECLUTAMIENTO EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO¹

Rosa Virginia Rojas Duque²

Resumen

El presente artículo, fue motivado por la pluralidad e inestabilidad en la legislación penal de Colombia, en cuanto al criterio de determinación del límite de edad de los menores de edad infractores de conducta penales, cuando estos desde temprana edad han sido reclutados forzosamente a integrar diferentes grupos al margen de la ley, de tal forma que no existe una causal que los exonere de responsabilidad penal, ya que estos han actuado bajo presión o una insuperable coacción, de tal forma que para su realización se confrontó diferentes posiciones jurídicas que abordan el enfrentamiento de los menores en conflicto con la Ley penal, analizándose razones que justifican la inimputabilidad y exención de la responsabilidad penal en éstos, y la existencia de contradicciones en la esfera penal al proteger sujetos de edad mayor que a los que se les exige responsabilidad por actos delictivos, todo para comprender que en Colombia no hay una normatividad vigente que proteja a los menores de edad infractores de la ley penal, pero que se espera que estos sea exonerados de responsabilidad penal, sea a través de una causal de justificación o se obre por proteger un derecho propio o ajeno, o simplemente porque también son víctimas por las mismas circunstancias del conflicto.

Palabras Clave: pro homine, menor de edad, conflicto armado interno, reclutamiento forzado, responsabilidad penal, víctimas.

¹Artículo de reflexión, es realizado para acceder al título de Maestría en Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

²Abogada Universidad Antonio Nariño de Neiva (Huila).

CRIMINAL LIABILITY OF MINORS VICTIMS OF RECRUITMENT IN COLOMBIA INTERNAL ARMED CONFLICT

Abstract

The present article, it was motivated by the plurality and instability in the penal legislation of Colombia, as for the criterion of determination of the limit of age of the inobservant penal minors of conduct, these when from early age they have been recruited necessarily to integrating the different groups to the margin of the law, in such a way that there do not exist a grounds that frees them from penal responsibility, since these have acted under pressure or an insuperable constraint, in such a way that for his accomplishment one confronted different juridical positions that approach the clash of the minors in conflict with the penal Law, there being analyzed reasons that justify the unimputability and exemption of the penal responsibility in these, and the contradiction existence in the penal sphere on having protected subjects of major age that from which responsibility is demanded by criminal acts, everything to understand that in Colombia there is no an in force normatividad that protects the inobservant minors of the penal law, but that waits that these is freed from penal responsibility, is across a justification or is worked for protecting an own or foreign right, or simply because also they are victims for the same circumstances of the conflict.

Key words: homine pro, child, internal armed conflict, forced recruitment, criminal responsibility victims.

INTRODUCCIÓN

En la legislación penal colombiana existe vulneración del principio *Pro Homine* por cuanto no existe en el ordenamiento procesal penal interno una casual eximente de responsabilidad para aquellos sujetos activos de conductas punibles violatorias de derechos humanos en el contexto del

conflicto armado interno cuando eran menores de edad y que al momento de ser llamados ante las autoridades judiciales tengan la mayoría de edad para cumplir las penas correspondientes que de forma previa han sido establecidas, se debe partirse de los siguientes conceptos: responsabilidad penal, imputabilidad e inimputabilidad, casuales de ausencia de

responsabilidad, con lo cual en desarrollo de la investigación permitirá caracterizar el alcance de la responsabilidad penal de menores de edad que han cometido hechos punibles en condiciones de reclutamiento, siendo este el último de los factores por tratar, aspectos que conllevaron a plantear como pregunta de investigación la siguiente: ¿Por qué el *Principio Pro Homine* representa la herramienta fundamental en la protección judicial de los niños, niñas y adolescentes que participaron en el conflicto armado interno?

El estatuto penal colombiano establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal: uno para los imputables, quienes pueden actuar con culpa ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y por tanto orientan su actuar conforme a dicha comprensión, caso en el cual, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva.

De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, quienes al momento del delito por distintos factores de orden psicológico y/o de desarrollo mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal de corte culpabilístico, sino que prevé medidas de seguridad, que no gozan de vocación sancionadora sino de protección, tutela y rehabilitación.

En lo que respecta al principio de igualdad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición; aspectos dentro de los cuales no se encuentra taxativamente la situación vulnerabilidad de Derechos Humanos en las que se encuentran inmersos los menores de edad

que son obligados a cometer hechos ilícitos en el marco del conflicto armado colombiano que cumple más de 50 años de existencia.

De lo expuesto se tiene que normativamente dicha causal tampoco se encuentra consagrada en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, teniendo en cuenta que si ellos han cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que este determine en desarrollo de su política criminal, sobre todo si se habla de que dichos victimarios actuaron bajo presión y con total desconocimiento tanto del significado y connotación de su actuación como de las consecuencias jurídicas a las que podrían verse afectados.

Es así como el objeto de estudio de la investigación se circunscribe a la vulneración al Principio Pro Homine en lo que respecta a los menores de edad llevados a juicio en una doble connotación de victimarios y víctimas dentro del

conflicto armado interno, por lo que se advierte que dentro de los elementos fundamentales para la solución de la problemática descrita se encuentra la inclusión de un nuevo criterio a la culpabilidad como elemento estructural del delito.

Metodología

Se realizó un análisis de contenido bajo un enfoque cualitativo, mediante el cual se describieron los conceptos históricos y jurídicos que se atribuyen al principio pro homine y en consecuencia al interés superior del menor. La metodología que se empleó se apoyó en un tratamiento esencialmente cualitativo, donde se aplicaron el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción como métodos generales de investigación científica, combinados con otros procedimientos como la observación, la comparación, la abstracción y la conceptualización, como métodos particulares.

Resultados

La ligereza con la que el Estado colombiano asume la tragedia humanitaria del reclutamiento de menores que en la actualidad afecta a más de 2 mil niños que se encuentran en poder de la guerrilla de las FARC, hace que se vislumbre un panorama judicial irrespetuoso de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes que serán investigados y condenados en tanto cumplan su mayoría de edad por conductas punibles cometidas bajo el yugo de la violencia.

El principio *Pro homine* se describe como (...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997, p. 63), es así como se tiene que si bien es claro que los derechos humanos no son absolutos en su mayoría, por lo que su ejercicio puede ser regulado y restringido, dichas limitaciones deben estar

justificadas y ser legítimas, razonables y proporcionales.

El fundamento de su argumento fue reconocer que en los sistemas jurídicos actuales coexiste una multiplicidad de normas de origen nacional –constitución, leyes, reglamentos– e internacionales –tratados, protocolos, declaraciones o incluso normas consuetudinarias– que reconocen los derechos humanos de las personas. Como afirma la autora, [s]in perjuicio de la autonomía de cada orden jurídico para determinar los modos de su integración, para establecer el orden jerárquico de sus normas y, por lo tanto, individualizar los criterios para resolver y superar los eventuales conflictos que puedan plantearse, la pluralidad de fuentes apuntada impone [la necesidad de desarrollar criterios específicos que deriven en] una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados (Pinto, 1997, p. 65).

Así las cosas, el uso efectivo del principio *pro persona* requiere que los operadores judiciales hagan uso de los elementos constitucionales internos en donde se detallan los alcances y

particularidades de la interpretación de los derechos humanos en ciertos contextos, como por ejemplo el conflicto armado interno colombiano en lo atinente al reclutamiento de menores para la guerra.

En tal sentido, la Corte Constitucional advierte que la legislación internacional establece unos parámetros mínimos de protección que se deben desarrollar por los Estados en su legislación interna, de forma tal que no es posible que se establezcan limitaciones o restricciones a esos mínimos legales, dado que lo que es posible es que los Estados amplíen el ámbito de protección de los derechos humanos establecido por el derecho internacional, es decir, siempre se debe dar cumplimiento estricto al principio de interpretación más favorable a los derechos humanos, según la cual, “el legislador puede ampliar pero no restringir el ámbito de protección de los derechos referidos” (CConst, Sentencia C-148 de 2005, MP. A. Tafur), por tal motivo, para un escenario futuro de posconflicto, debe quedar claro cuál será el tratamiento jurídico que se dará a los menores víctimas del delito de reclutamiento de menores que en tal virtud hayan cometido delitos.

Ahora bien, en lo que respecta al respeto por los derechos fundamentales de los menores se tiene que con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 el sistema internacional de protección de derechos humanos adoptó disposiciones expresas para la prohibición del reclutamiento y la utilización de niños y niñas menores de 15 años por los grupos armados.

En febrero de 2002, una vez que entró en vigor el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños y niñas en los conflictos armados, la edad de vinculación a grupos armados estatales y no estatales fue elevada a 18 años. El Protocolo, ratificado por Colombia el 25 de mayo de 2005, prohíbe el reclutamiento obligatorio de niños y niñas menores de esa edad en las fuerzas armadas estatales. En relación con los grupos armados distintos a las fuerzas armadas estatales, prohíbe reclutar o utilizar en hostilidades, bajo cualquier circunstancia, a cualquier menor de edad.

Es importante señalar que Colombia, al ratificar la Convención el 28 de enero de 1991, hizo una reserva por la

cual consideró que la edad mínima para que las personas pudieran participar directamente en hostilidades sería de 18 años, con lo cual se adelantó a la restricción de mayor protección del Protocolo. No obstante, la utilización de niños y niñas en conflictos armados sigue siendo una triste realidad en varios países del mundo, entre ellos Colombia, y un motivo de gran preocupación para la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Guerras como las de Ruanda, Congo y Sierra Leona, en el continente africano, empezaron a poner de presente la gravedad de la situación de los niños y niñas soldados, utilizados para el beneficio de grupos armados que operaban en el marco de estos conflictos. Conforme fueron avanzando las primeras investigaciones y se conformaron los tribunales especiales para juzgar a los comandantes responsables de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, fueron conociéndose relatos y casos acerca de la atrocidad de los actos cometidos por niños y niñas combatientes, así como los terribles vejámenes a que fueron sometidos durante su vinculación a las

agrupaciones armadas para llevarlos a cometer dichas acciones.

Si bien existían serias evidencias de la gravedad de la situación de estos niños y niñas, el crimen de reclutamiento continuaba siendo invisible. Las condenas por este delito en los tribunales nacionales de los países en situaciones de conflicto o posconflicto eran mínimas y la impunidad constituía la constante.

Recientemente, la justicia internacional empezó a asumir con seriedad dicha situación, y ya se han logrado avances significativos en cuanto al juzgamiento de altos mandos comprometidos en el delito.

Sin embargo, el Tribunal Especial de Sierra Leona fue la primera corte internacional que consideró cargos sobre reclutamiento de niños, emitiendo condenas en contra de Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, miembros de fuerzas armadas revolucionarias, y recientemente en contra de Allieu Kondewa, miembro de la defensa civil de las fuerzas armadas de la milicia, por el reclutamiento y el empleo de niños soldados, entre otros crímenes. El

Tribunal Especial está conociendo actualmente en La Haya el caso de Charles Ghankay Taylor, ex presidente de Liberia, acusado de once cargos de crímenes de guerra y lesa humanidad, incluidos los de reclutamiento y uso de niños (Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados, 2007, párr. 13-14).

Según estimaciones de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los niños y los conflictos armados, en la última década más de seis millones de niños y niñas del mundo resultaron heridos, lesionados, discapacitados o mutilados; dos millones perdieron la vida; 13 millones se convirtieron en víctimas del desplazamiento interno y 10 millones más en refugiados. Se estima que anualmente 10.000 niños son víctimas de minas antipersonal, que un número similar es víctima de delitos sexuales cometidos con ocasión de conflictos armados y que hay al menos un millón de menores huérfanos por causa de tales conflictos. La cifra de niños utilizados por los grupos armados ilegales no es menos escalofriante. Según estimaciones del Fondo de las Naciones

Unidas para la Infancia (Unicef) más de 10 millones de niños y niñas están vinculados a grupos armados en más de 30 países.

La situación de las niñas y los niños reclutados y utilizados por agrupaciones armadas ilegales en Colombia no escapa a dicha realidad. La Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (Oacnudh) ha señalado en varios de sus informes que los niños y las niñas han sido víctimas de reclutamiento ilícito, masacres, desplazamiento forzado, toma de rehenes, minas antipersonal y violencia sexual con ocasión del conflicto armado interno. El Secretario General de las Naciones Unidas, en sus informes anuales, ha manifestado su preocupación por la gran cantidad de niños y niñas que son incorporados a las filas de los grupos armados ilegales que operan en el país.

Dado el contexto anterior, se tiene que el Estado colombiano está llamado a darle aplicación al principio de convencionalidad, de donde surge la obligación de los Estados de asumir un compromiso frente a los tratados y convenciones que suscriben, incluida aquella obligación de adecuar su

ordenamiento legal a aquellos compromisos supranacionales (Gómez, 2014, p. 36), lo cual implica la materialización del bloque de constitucionalidad desde los artículos 93 y 94 Constitucional que ordena a los operadores judiciales en lo penal a realizar el control de convencionalidad, establecido en la norma rectora procesal penal del artículo 3, de manera que cualquier análisis problemático, debe ser pasado por el lente convencional de todos aquellos convenios o instrumentos que formen parte del bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, con el fin de no vulnerar dicha obligación internacional de adecuar el ordenamiento jurídico interno (CADH, art. 2) a las normas internacionales establecidas en los instrumentos que consagran el respeto a los derechos fundamentales, el Estado colombiano debe prever el marco jurídico que se aplicará a los menores de edad que participaron de forma forzosa en las hostilidades propias del conflicto armado interno, en aras de no vulnerar el principio pro homine y las garantías judiciales.

Promover la inclusión en el ordenamiento procesal penal de una causal eximente de responsabilidad para aquellos sujetos activos de conductas punibles violatorias de derechos humanos en el contexto del conflicto armado interno cuando eran menores de edad y que al momento de ser llamados ante las autoridades judiciales tengan la mayoría de edad para cumplir las penas correspondientes previamente establecidas. Lo anterior, por cuanto, en virtud de la forma en que fueron inmersos en el conflicto, no les fueron respetados sus derechos fundamentales a la libertad e integridad física y psíquica, siendo ellos obligados a la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad en contra de su voluntad.

La existencia de dos normas penales vigentes que propenden simultáneamente por el establecimiento de conductas punibles relacionadas con el reclutamiento y utilización de menores en conflictos armados, responde al interés del legislador de asegurar a través de ellas, la tipificación de todas las conductas posibles y ajenas a la protección de los niños, niñas y adolescentes en tales circunstancias, que

se han sido reconocidas en el derecho internacional. De ahí que para la Corte Constitucional, tanto en el derecho interno como en el internacional, lo que se penaliza es que los niños, niñas o adolescentes sirvan (utilización) o tomen parte en esos grupos (participación), con independencia de las tareas que realicen en ellos, toda vez que la participación o utilización directa o indirecta de los menores en el conflicto, se subsume en el concepto de admisión o ingreso de los menores a los grupos armados irregulares, en que el ingreso significa la participación en las actividades del grupo, sin que se especifique si se hace en calidad de combatiente o no, lo que amplía aún más la protección que el derecho internacional plantea para los niños o niñas, ya que cualquier menor que forme parte de los grupos armados, independientemente del tipo de actividades que realice en ellos, esto es que actué directamente en las hostilidades o sirva de correo, mensajero, cocinero, etc., queda protegido por esta disposición (CConst., Sentencia 240 de 2009, MP. M. González).

De otra parte y atendiendo a los elementos del delito de reclutamiento

ilícito tipificado en los artículos 14 de la Ley 418 de 1997 y 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), la Corte considera que la conducta prohibida por las normas internacionales, de utilización de niños con ocasión de un conflicto armado, esto es, la participación directa o indirecta de los menores en hostilidades o en acciones armadas, aún de manera voluntaria, encaja perfectamente en las hipótesis previstas en los citados preceptos penales, pues el legislador, asegurando el interés superior del menor, penalizó el reclutamiento y la inducción al ingreso de los menores, independientemente de que tales conductas sean producto de una decisión voluntaria del menor o de una acción forzada, ya que tales elementos, ni están en el tipo penal, ni fueron tenidos en cuenta por el Congreso, por lo que no son necesarios para la tipificación del reclutamiento o la inducción referida, además que en la legislación nacional, los menores no tienen capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos, por lo que la voluntad de admisión o ingreso no puede ser considerada un motivo de atipicidad, menos cuando ni siquiera está previsto en

la norma (CConst., Sentencia 240 de 2009, MP. M. González).

Así también, se tiene que Colombia hace parte del grupo de países que ha ratificado el Estatuto de Roma el cual dio origen a la Corte Penal Internacional, institución que tiene como propósito determinar la responsabilidad penal individual de las personas que hayan cometido graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, por lo que puede investigar y enjuiciar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el de agresión, cuando los Estados Parte no hayan cumplido con su deber de perseguir, juzgar y castigar a los responsables de dichos crímenes dentro de sus respectivas jurisdicciones.

El Estatuto de Roma en su artículo 8 tipifica, entre los crímenes de guerra que implican responsabilidad penal internacional para los individuos que lo cometen, el reclutar, alistar o utilizar menores de 15 años en las hostilidades, y si bien en el Derecho Penal Internacional la conducta objeto de reproche internacional, por ser contraria al DIH, es investigable y enjuiciable por la Corte

Penal Internacional por estar tipificada en el Estatuto de Roma, siendo este Tribunal, competente para determinar la responsabilidad penal individual de cualquier ciudadano de cualquier País Parte en el que se cometan tales actuaciones ilícitas, por tanto, cabe aclarar que el papel de este órgano judicial internacional no es el de reemplazar la jurisdicción penal nacional, sino que su competencia es residual, lo que significa que únicamente puede actuar en los casos en que las jurisdicciones nacionales se hayan abstenido de perseguir estos delitos o no hayan podido hacerlo; aspecto que debe incluir por ejemplo, garantías de no repetición en un contexto de respeto por los derechos fundamentales a las garantías judiciales si deben ser judicializados, teniendo en cuenta que la participación de los menores en el conflicto no fue por voluntad propia, sino por razones obligatorias que devinieron de actores armados ilegales; motivo suficiente para establecer causales eximentes de responsabilidad penal a su favor en el ordenamiento jurídico penal.

EL PRINCIPIO PRO HOMINE DENTRO DEL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO

Para abordar el núcleo de la vulneración del principio *Pro Homine* por cuanto no existe en el ordenamiento procesal penal interno una causal eximente de responsabilidad para aquellos sujetos activos de conductas punibles violatorias de derechos humanos en el contexto del conflicto armado interno cuando eran menores de edad y que al momento de ser llamados ante las autoridades judiciales tengan la mayoría de edad para cumplir las penas correspondientes previamente establecidas, se debe partirse de los siguientes conceptos: responsabilidad penal, imputabilidad e inimputabilidad, casuales de ausencia de responsabilidad, con lo cual en desarrollo de la investigación permitirá caracterizar el alcance de la responsabilidad penal de menores de edad que han cometido hechos punibles en condiciones de reclutamiento, siendo este el último de los factores por tratar.

Así, para empezar, es de anotar que durante el siglo XX, los derechos humanos se convirtieron en el fundamento de un

sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas sin discriminación, pasando a ser concebidos como el contenido esencial del sistema democrático pues de un lado son el límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social (Bidart-Campos, 1993, p. 6). Por lo anterior, tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad.

Sin embargo, es claro que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso a los mecanismos de protección; claramente, uno de estos grupos es la infancia y/o adolescencia.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir

a la satisfacción de dichos derechos. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los menores de edad como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

Es así como el reconocimiento jurídico del interés superior del niño actuará como principio que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que

reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales; por consiguiente en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad, la aplicación del principio pro homine se ve enmarcado dentro de lo que se conoce como interés superior del menor.

En consonancia con lo anterior y tomando en cuenta que el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal: uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión, caso en el cual, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva

en materia punitiva (CConst., Sentencia C-297/02).

De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación; de allí que el estatuto penal no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente (CConst., Sentencia C-370/02).

Ahora bien, en lo que respecta al principio de igualdad, se tiene que por aplicación directa en lo atinente a la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra

minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición; aspectos dentro de los cuales no se encuentra taxativamente la situación vulnerabilidad de derechos humanos en las que se encuentran inmersos los menores de edad que son obligados a cometer hechos ilícitos en el marco del conflicto armado colombiano que cumple más de 50 años de existencia.

De lo expuesto se tiene que normativamente dicha causal tampoco se encuentra consagrada en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* que se define como aquel conjunto de normas o reglas de comportamiento, actividades, instituciones y personas que trabajan en equipo para investigar y decidir las acciones a seguir con los menores entre 14 a 18 años que han realizado algún delito, teniendo en cuenta que si ellos han cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y

resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que este determine en desarrollo de su política criminal.

Responsabilidad penal de los adolescentes y la edad de imputabilidad.

Una de las cuestiones terminológicas más confusas es la diferencia entre culpabilidad, imputabilidad y responsabilidad, pues se trata de atribuciones jurídicas que permiten establecer el carácter de imputables, culpables o responsables a las personas a través del proceso penal si la ley así lo autoriza.

En principio, son imputables penalmente aquellas personas que el ordenamiento jurídico considera capaces de culpabilidad, ello quiere decir que son penalmente culpables quienes siendo capaces de culpabilidad les era exigible una conducta distinta a la que realizaron; y son responsables penalmente aquellas personas imputables y culpables frente a quienes existe necesidad de reaccionar con una consecuencia jurídica penal que se

materializa en una sanción, pena o medida; dicha distinción permite entonces distinguir fases de responsabilidad penal según la edad del autor del delito. Así, a un período de absoluta inimputabilidad (edad mínima de responsabilidad penal) le seguirá uno de imputabilidad disminuida (que es característico de los adolescentes) y, finalmente, habrá un período en que se supone una plena imputabilidad al alcanzar la mayoría de edad penal (18 años). En el primer período las personas están exentas de responsabilidad penal de adolescentes y de adultos; en el segundo son responsables penalmente como adolescentes si les era exigible otra conducta, pero están exentos de la responsabilidad penal de adultos; y en la tercera fase responden al Código Penal de adultos si les era exigible otra conducta, es decir, si su actuar es culpable (Muñoz Conde, 1985).

Mientras que a los imputables se los sanciona con penas, a los inimputables se les aplican medidas de seguridad, que fueron definidas por la Corte Constitucional de la siguiente forma:

La medida de seguridad es la privación o restricción del derecho

constitucional fundamental a la libertad, impuesta judicialmente por el Estado, con fines de curación, tutela y rehabilitación, a persona declarada previamente como inimputable, con base en el dictamen de un perito siquiatra, con ocasión de la comisión de un hecho punible. Es imposible desconocer que al igual que la pena, la medida de seguridad es, cuando menos, limitativa de la libertad personal, así se establezca que la medida de seguridad tiene un fin “curativo” no está sometida a la libre voluntad de quien se le impone. Ella es una medida coercitiva de la que no puede evadirse el inimputable por lo menos en relación con la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial (CConst., Sentencia C-176 de 1993).

De acuerdo con lo previsto por el artículo 5° del Código Penal, los fines de las medidas de seguridad son: protección, curación, tutela y rehabilitación. La Corte Constitucional, en el pronunciamiento referenciado, indicó en qué consisten los tres últimos:

1) Mediante el término “curación” se pretende sanar a la persona y restablecerle su juicio. Ello sin

embargo plantea el problema de los enfermos mentales cuya curación es imposible por determinación médica y por lo tanto se encuentran abocados a la pérdida de su razón hasta la muerte.

2) Cuando la ley habla de “tutela” se hace alusión a la protección de la sociedad frente al individuo que la daña. Así las cosas, si se llegare a establecer que un individuo ha recuperado su “normalidad psíquica” es porque no ofrece peligro para la sociedad y por tanto no debe permanecer por más tiempo sometido a una medida de seguridad.

3) Y por “rehabilitación” debe entenderse que el individuo recobre su adaptación al medio social. La rehabilitación es la capacitación para la vida social productiva y estable, así como la adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que se desenvolverá la vida del sujeto.

Por otra parte, las medidas de seguridad no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su

carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios (CConst., Sentencia C-176 de 1993).

Por la finalidad de protección entiende la doctrina que se trata de la salvaguarda de bienes jurídicos “tanto de la comunidad por razones de defensa social, como de la víctima para evitar nuevos ataques” (Barreto Ardila, 2011, p. 50), lo que en últimas termina siendo una forma de “sanción social” contra el inimputable (Gaviria Trespalacios, 2005), y por ende, las medidas de seguridad constituyen una manifestación de peligrosismo aun presente en el Código Penal. En palabras de Nodier Agudelo:

Descartada la finalidad retributiva de las medidas de seguridad, no veo qué otro fundamento puedan tener ellas distinto de la necesidad de protección de la sociedad frente a la peligrosidad del sujeto. La peligrosidad es el fundamento, pues, de la medida de seguridad, como también de la clase y duración de esta (Agudelo Betancur, 1984, p. 40).

Causales de ausencia de responsabilidad

La inexistencia de conducta, la atipicidad, justificación, inculpabilidad e incluso las situaciones de innecesaridad de la pena, al dejar sin efecto algunas de las condiciones para que exista la responsabilidad penal de imputables: conducta típica, antijurídica, culpable, necesidad de pena; o que no dejan configurar la responsabilidad de inimputables: conducta típica, antijurídica, inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad (causales de inculpabilidad e innecesaridad de la medida de seguridad), dan origen en el ordenamiento jurídico penal colombiano a lo que se denomina ausencia de responsabilidad penal. Así, las situaciones de ausencia de responsabilidad serán todas aquellas que niegan algunas de las condiciones imprescindibles para que exista la responsabilidad penal según la estructura propia de imputables o inimputables (Velásquez Velásquez, 2013, p. 563).

Ahora bien, la enunciación de las causales del artículo 32 del Código Penal no pueden entenderse como taxativa (Velásquez Velásquez, 2013, p. 225) por cuanto, como se puede deducir, en esa disposición no fueron agrupadas todas las

situaciones, ni tampoco se podía, de ausencia de conducta, atipicidad, justificación, inculpabilidad e innecesaridad de la pena o medida de seguridad.

Por tanto, de dicha normativa deberá entenderse como un instrumento que ayuda a entender cuando hay ausencia de responsabilidad penal, sin llegar a decir que allí se encuentra regulada toda la materia. Por consiguiente, habrá ausencia de responsabilidad penal en todas las situaciones que conlleven ausencia de conducta, atipicidad, justificación, inculpabilidad, innecesaridad de la pena, así no se encuentren señalados expresamente en las causales del artº32, preguntándose así: ¿Podría estimarse que los menores de edad reclutados por grupos armados ilegales que cometieron hechos punibles en medio del conflicto armado pueden estar inmersos en una causal de ausencia de responsabilidad no consagrada expresamente en el ordenamiento penal interno?

Piénsese, por ejemplo, en todas las situaciones que producen atipicidad por cuanto la conducta del mundo real no encaja en el tipo: no se da la calidad de los sujetos; no existen o no se dan las

condiciones del objeto material o de la vulneración al bien jurídico; no se cumplen exigencias de la conducta, de las denominadas usualmente circunstancias de modo, tiempo y lugar, las exigencias de circunstancias específicas de agravación o atenuación de pena o genéricas con base en el injusto; o de las llamadas estructuras típicas; no hay resultado o no se puede imputar éste objetivamente a la conducta del autor. En conclusión, al no cumplirse con los elementos del tipo habrá atipicidad, así no se encuentre la situación expresamente en el artículo 32.

Del reclutamiento de menores.

Ahora bien, una vez analizados los conceptos anteriores, es menester que a partir de la caracterización del reclutamiento de menores, se pueda analizar la forma en que se deberá incluirse dentro del ordenamiento jurídico interno la causal de ausencia de responsabilidad propuesta, teniendo en cuenta el alcance y funcionalidad de dicha figura.

Miles de niños son utilizados como soldados en los conflictos armados en todo el mundo, muchos son secuestrados y sometidos a dar apoyo a grupos militares

para escapar a la pobreza o como medio para obtener venganza por lo vejámenes que soportaron en el pasado.

En un escenario de conflicto armado, a los niños, niñas y adolescentes, se les ha otorgado funciones riesgosas para su edad, pues desempeñan funciones como vigías, correos y cocineros; siendo importante resaltar que las niñas son particularmente vulnerables y a menudo son obligadas a servir de esclavas sexuales; mientras que los niños son utilizados para llevar a cabo actos de terrorismo.

Independientemente de cómo sean reclutados y de sus funciones, los niños soldados son víctimas, y su participación en los conflictos acarrea graves consecuencias para su bienestar físico y emocional, pues usualmente son obligados no solo a presenciar actos criminales sino también a cometerlos, motivo por el cual es indispensable que como víctimas sean incorporados a un proceso de reintegración social que les permita adaptarse a la vida civil.

En el caso colombiano el reclutamiento de niños y niñas se ha presentado al interior de las

organizaciones guerrilleras y paramilitares, así como también de las bandas criminales organizadas, en episodios como el que a continuación se señala:

En enero, en una vereda de Leticia, un comando de las FARC citó a padres de familia y líderes de la comunidad para notificarles que debían presentarse al día siguiente con sus hijos mayores de 15 años para prestar servicio obligatorio en el 'Ejército del pueblo'. Indignado, el cura de la zona reunió a los padres en la iglesia y les ordenó no entregar a sus hijos y esconderlos. Entonces les llovieron amenazas, y el sacerdote y algunas familias no tuvieron más opción que dejar el pueblo. Casos similares se han repetido en Guainía, Vichada, Meta, Caquetá, Putumayo y hasta en Bogotá, porque la guerrilla está empeñada en el reclutamiento de menores. Muchos padres, antes que entregar a sus hijos. Muchos padres, antes que entregar a sus hijos, prefieren huir y abandonarlo todo. Otros no han tenido más opción que dejarlos en poder de las FARC (Plan de las FARC para reclutar menores obligó a 113.000 personas a dejar sus hogares, 19 de junio de 2008).

En este escenario, tal y como ya se mencionó, los menores no sólo resultan siendo víctimas del crimen del reclutamiento, sino que, además, pueden ser considerados victimarios de delitos cometidos con ocasión del conflicto, ya sea como autores o partícipes de delitos relacionados con la violación de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y por supuesto, por la comisión de delitos comunes; es así como previendo dicha posibilidad, *Los principios de París del 30 de enero de 2007*, en su numeral 3.6, se refiere a la condición de victimarios de los niños y niñas reclutados por grupos armados en los siguientes términos:

Los niños o niñas acusados de delitos según el derecho internacional supuestamente cometidos mientras estaban vinculados con grupos o fuerzas armadas deberán ser considerados en primer lugar como víctimas de delitos contra el derecho internacional; no solamente como perpetradores. Por tanto, deberán ser tratados de acuerdo con las normas internacionales en un marco de justicia restaurativa y rehabilitación social, en concordancia con el derecho internacional que ofrece a la infancia

una protección especial a través de numerosos acuerdos y principios. En donde sea posible, se deben buscar alternativas a los procesos judiciales en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño y otros estándares internacionales para la justicia juvenil (*Principios de París sobre la participación de niños en los conflictos armados*, 2007, numeral 3.6).

En este orden de ideas, y con fundamento en la gravedad del reclutamiento de menores; el Estado colombiano en cumplimiento del deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales, debe consagrar en la legislación penal de un lado, sanciones ejemplarizantes para los responsables de este crimen; y de otro, una causal eximente de responsabilidad para los menores que al cumplir su mayoría de edad sean judicializados con miras a ser declarados autores o partícipes de la comisión de conductas punibles cometidas en desarrollo del conflicto armado interno.

Lo anterior, teniendo en cuanto las presiones, vejámenes y vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la integridad personal, la libertad, el libre

desarrollo de la personalidad y la igualdad; viéndose afectado el derecho a desarrollarse en condiciones dignas e idóneas, a tener una familia y a ser felices.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en repetidas ocasiones ha afirmado:

(...) en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas. Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en

práctica (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 59).

Así las cosas, la adaptación del Derecho interno a los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos no se agota en la obligación positiva de dictar nuevas normas para poner en vigencia los derechos internacionalmente reconocidos, ni en la obligación también positiva de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos; pues también comporta como es lógico, la obligación negativa o prohibición de dictar leyes contrarias al Derecho internacional de los Derechos Humanos:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra

él, es indiferente para estos efectos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1993, párr. 26).

La sola expedición de una ley violatoria o incompatible con la Convención Americana, aunque la misma no sea aplicada, constituye, per se, una infracción del Derecho internacional, que compromete la responsabilidad del Estado, aun cuando sólo sea por la mera circunstancia de que considere lícita en el ámbito doméstico una agresión contra los derechos humanos proscrita por el Derecho internacional:

La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, párr. 50).

En este orden de ideas, es indispensable que dentro de este deber se promueva el respeto por el principio Pro

homine que se describe como (...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997, p. 63), es así como se tiene que si bien es claro que los derechos humanos no son absolutos en su mayoría, por lo que su ejercicio puede ser regulado y restringido, dichas limitaciones deben estar justificadas y ser legítimas, razonables y proporcionales.

El fundamento de su argumento fue reconocer que en los sistemas jurídicos actuales coexiste una multiplicidad de normas de origen nacional –constitución, leyes, reglamentos– e internacionales –tratados, protocolos, declaraciones o incluso normas consuetudinarias– que reconocen los derechos humanos de las personas. Como afirma la autora, [s]in perjuicio de la autonomía de cada orden

jurídico para determinar los modos de su integración, para establecer el orden jerárquico de sus normas y, por lo tanto, individualizar los criterios para resolver y superar los eventuales conflictos que puedan plantearse, la pluralidad de fuentes apuntada impone [la necesidad de desarrollar criterios específicos que deriven en] una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados (Pinto, 1997, p. 65).

Así las cosas, el uso efectivo del principio pro persona requiere que los operadores judiciales hagan uso de los elementos constitucionales internos en donde se detallan los alcances y particularidades de la interpretación de los derechos humanos en ciertos contextos, como por ejemplo el conflicto armado interno colombiano en lo atinente al reclutamiento de menores para la guerra.

En tal sentido, la Corte Constitucional advierte que la legislación internacional establece unos parámetros mínimos de protección que se deben desarrollar por los Estados en su legislación interna, de forma tal que no es posible que se establezcan limitaciones o

restricciones a esos mínimos legales, dado que lo que es posible es que los Estados amplíen el ámbito de protección de los derechos humanos establecido por el derecho internacional, es decir, siempre se debe dar cumplimiento estricto al principio de interpretación más favorable a los derechos humanos, según la cual, “el legislador puede ampliar pero no restringir el ámbito de protección de los derechos referidos” (CConst, Sentencia C-148 de 2005, MP. A. Tafur), por tal motivo, para un escenario futuro de posconflicto, debe quedar claro cuál será el tratamiento jurídico que se dará a los menores víctimas del delito de reclutamiento de menores que en tal virtud hayan cometido delitos.

Ahora bien, en lo que respecta al respeto por los derechos fundamentales de los menores se tiene que con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 el sistema internacional de protección de derechos humanos adoptó disposiciones expresas para la prohibición del reclutamiento y la utilización de niños y niñas menores de 15 años por los grupos armados.

En febrero de 2002, una vez que entró en vigor el Protocolo Facultativo de

la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños y niñas en los conflictos armados, la edad de vinculación a grupos armados estatales y no estatales fue elevada a 18 años. El Protocolo, ratificado por Colombia el 25 de mayo de 2005, prohíbe el reclutamiento obligatorio de niños y niñas menores de esa edad en las fuerzas armadas estatales. En relación con los grupos armados distintos a las fuerzas armadas estatales, prohíbe reclutar o utilizar en hostilidades, bajo cualquier circunstancia, a cualquier menor de edad.

Es importante señalar que Colombia, al ratificar la Convención el 28 de enero de 1991, hizo una reserva por la cual consideró que la edad mínima para que las personas pudieran participar directamente en hostilidades sería de 18 años, con lo cual se adelantó a la restricción de mayor protección del Protocolo. No obstante, la utilización de niños y niñas en conflictos armados sigue siendo una triste realidad en varios países del mundo, entre ellos Colombia, y un motivo de gran preocupación para la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Guerras como las de Ruanda, Congo y Sierra Leona, en el continente africano, empezaron a poner de presente la gravedad de la situación de los niños y niñas soldados, utilizados para el beneficio de grupos armados que operaban en el marco de estos conflictos. Conforme fueron avanzando las primeras investigaciones y se conformaron los tribunales especiales para juzgar a los comandantes responsables de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, fueron conociéndose relatos y casos acerca de la atrocidad de los actos cometidos por niños y niñas combatientes, así como los terribles vejámenes a que fueron sometidos durante su vinculación a las agrupaciones armadas para llevarlos a cometer dichas acciones.

Si bien existían serias evidencias de la gravedad de la situación de estos niños y niñas, el crimen de reclutamiento continuaba siendo invisible. Las condenas por este delito en los tribunales nacionales de los países en situaciones de conflicto o posconflicto eran mínimas y la impunidad constituía la constante.

Recientemente, la justicia internacional empezó a asumir con

seriedad dicha situación, y ya se han logrado avances significativos en cuanto al juzgamiento de altos mandos comprometidos en el delito.

Sin embargo, el Tribunal Especial de Sierra Leona fue la primera corte internacional que consideró cargos sobre reclutamiento de niños, emitiendo condenas en contra de Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, miembros de fuerzas armadas revolucionarias, y recientemente en contra de Allieu Kondewa, miembro de la defensa civil de las fuerzas armadas de la milicia, por el reclutamiento y el empleo de niños soldados, entre otros crímenes. El Tribunal Especial está conociendo actualmente en La Haya el caso de Charles Ghankay Taylor, ex presidente de Liberia, acusado de once cargos de crímenes de guerra y lesa humanidad, incluidos los de reclutamiento y uso de niños (Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados, 2007, párr. 13-14).

Según estimaciones de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los niños y los conflictos armados, en la

última década más de seis millones de niños y niñas del mundo resultaron heridos, lesionados, discapacitados o mutilados; dos millones perdieron la vida; 13 millones se convirtieron en víctimas del desplazamiento interno y 10 millones más en refugiados. Se estima que anualmente 10.000 niños son víctimas de minas antipersonal, que un número similar es víctima de delitos sexuales cometidos con ocasión de conflictos armados y que hay al menos un millón de menores huérfanos por causa de tales conflictos. La cifra de niños utilizados por los grupos armados ilegales no es menos escalofriante. Según estimaciones del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) más de 10 millones de niños y niñas están vinculados a grupos armados en más de 30 países.

La situación de las niñas y los niños reclutados y utilizados por agrupaciones armadas ilegales en Colombia no escapa a dicha realidad. La Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (Oacnudh) ha señalado en varios de sus informes que los niños y las niñas han sido víctimas de reclutamiento ilícito, masacres, desplazamiento forzado, toma

de rehenes, minas antipersonal y violencia sexual con ocasión del conflicto armado interno. El Secretario General de las Naciones Unidas, en sus informes anuales, ha manifestado su preocupación por la gran cantidad de niños y niñas que son incorporados a las filas de los grupos armados ilegales que operan en el país.

Dado el contexto anterior, se tiene que el Estado colombiano está llamado a darle aplicación al principio de convencionalidad, de donde surge la obligación de los Estados de asumir un compromiso frente a los tratados y convenciones que suscriben, incluida aquella obligación de adecuar su ordenamiento legal a aquellos compromisos supranacionales, lo cual implica la materialización del bloque de constitucionalidad desde los artículos 93 y 94 Constitucional que ordena a los operadores judiciales en lo penal a realizar el control de convencionalidad, establecido en la norma rectora procesal penal del artículo 3, de manera que cualquier análisis problemático, debe ser pasado por el lente convencional de todos aquellos convenios o instrumentos que

formen parte del bloque de constitucionalidad.

EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO PRO HOMINE

Con el fin de dilucidar la vulneración que presenta el principio Pro Homine en el juzgamiento de adultos que participaron en la comisión de conductas punibles cuando eran menores de edad como víctimas del reclutamiento de menores en el marco del conflicto armado vivido en Colombia, a continuación se proyectará su concepto y alcance.

Para empezar el centro del derecho es la persona humana y por tanto, para lograr su promoción, debe este convertirse en el medio por cual el ser humano pueda alcanzar mayores grados de perfección con el fin de materializar un conjunto de bienes que le ayuden a resolver sus necesidades tanto en su dimensión individual como social. Es por lo anterior que tanto la persona humana como su dignidad, deben ser el fin supremo de la sociedad y de cualquier comunidad política, lo que significa que toda la actividad estatal debe estar orientada a realizar tal fin (Castillo, 2008, p. 266).

Se hace referencia ahora al artículo 38.1.c que establece como fuente subsidiaria del derecho internacional los principios generales del derecho, y que se definen como normas de justicia objetiva de las que el derecho puro saca su fundamento (Novak y García, 2000, p. 345); resaltándose además que los principios pueden encontrarse dentro de normas de naturaleza positiva o pueden estar consagrados consuetudinariamente (Álvarez, 2004, p. 187); y advirtiendo que en virtud de ello, la Asamblea General de la ONU expidió la resolución 2625 de 1970 en la cual se emplazan algunos de los principios del derecho internacional, uno de los cuales asevera que:

Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidas.

Ahora bien, dentro de los principios generales del derecho se encuentra el principio Pro Homine como criterios hermenéutico propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que indica al operador jurídico acudir a la

norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Así pues, se puede afirmar que al emplear este principio a las instituciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se infiere que la aplicación de dicho principio se fundamenta en la persona, y que por lo tanto la interpretación en caso de oscuridad debe favorecer a la persona, así lo advierte Mónica Pinto:

(...) es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su

suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Tan relevante y significativo resulta la aplicación del principio *Pro Homine* que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la interpretación favorable a la persona humana a través de la lectura del numeral primero del artículo 31 de la Convención de Viena (Nieto Navia, 1994, p. 223-244), es decir, según el objeto y fin de tratado, quiere ello decir que, el principio pro homine emana además del objeto y fin de los tratados de protección de Derechos Humanos.

Álvaro Francisco Amaya Villarreal menciona que el uso del principio pro homine como recurso interpretativo del Pacto y de la Convención, ha sido invocado por diferentes vías, por parte del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a través de sus Observaciones generales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de sus funciones consultivas,

contenciosas y provisionales, así: por una parte ha sido llamado como principio general de derecho; por otra, se ha vinculado a las normas interpretativas que los mismos tratados de derechos humanos contienen, y; por último, se ha incluido a través de la interpretación de “buena fe”, según el objeto y fin del tratado, el cual encontramos, principalmente, en los preámbulos de los instrumentos internacionales de derechos humanos presentados. De esta manera cualquiera de estas argumentaciones puede ser empleada por el intérprete con la finalidad de materializar la regla pro homine en un caso particular (Amaya Villarreal, 2005, p. 374).

Concluye Amaya Villarreal que la aplicación del principio pro homine como norma de interpretación de los tratados de derechos humanos constituye además una garantía para la protección y promoción de los derechos fundamentales. Sin embargo, aclara que no puede ser usado, como lo hizo el Comité del Pacto en su Observación general 29, como medio para expandir el consentimiento de los estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial cuando se trata de naciones como la colombiana que ha vivido en un conflicto armado interno complejo.

Lo anterior no significa que de alguna forma se promueva la desprotección a las personas, pero tampoco imponerle obligaciones adicionales a los Estados por medio de la aplicación de los instrumentos internacionales. Por lo tanto, es necesario encontrar nuevos métodos por los que se protejan los Derechos Humanos en todo momento, sobre todo en los estados de excepción que las cláusulas de suspensión describen, ya que son en ellos en los cuales la persona se encuentra en mayor grado de vulnerabilidad.

El principio pro homine como solución a conflictos jurídicos en el Estado colombiano

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989 es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

La evolución paulatina en el reconocimiento de los Derechos Humanos, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los Derechos Humanos en general, pues los derechos de los niños, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los Derechos Humanos, de allí que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos, consagrándose el deber para todos los Estados de promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Desde esta perspectiva, el derecho de la infancia y la adolescencia pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia

son complementarios de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas, por tanto los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

La Convención contiene principios estructuradores entre los que se destacan: no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3); que como lo señala Dworkin, son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia (Dworkin, 1989).

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, así, conforme lo previsto en el artículo 3.1 de la Convención se comprueba que el interés superior del menor se sitúa como un límite a la discrecionalidad de las autoridades pues todas las medidas concernientes a los

niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como consideración primordial el interés superior del niño, porque antes de tomar una medida respecto de ellos, se deben adoptar aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los transgredan.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos principio, siguiendo a Dworkin, puede también denominarse, en el caso específico del interés superior del niño como garantía, entendida ésta última *"como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"* (Ferrajoli, 1995). Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

Así las cosas, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica tanto administrativa como judicial, lo que significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar

limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención consagra que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario, es decir, se tiene que una correcta interpretación del precepto conlleva a entender que en todas las decisiones, los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos.

Con fundamento en el interés superior del menor, a continuación se analizará el principio *Pro Homine* como otro de los criterios hermenéuticos propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual también indica al operador jurídico acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se

trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Para darle alcance a ello, cabe anotar que los Derechos Humanos son aquel conjunto de normas internacionales e internas contenidas en resoluciones de organismos internacionales y tratados universales con fórmulas susceptibles de generar el consentimiento de la mayoría de los Estados con propuestas colindantes a realidades que se acomodan en el orden jurídico vigente en un país al lado de normas internas de distinta data.

Así, sin perjuicio de la autonomía de cada ordenamiento jurídico para determinar los modos de la integración normativa e individualizar los criterios para resolver y superar los eventuales conflictos que puedan plantearse, se impone una labor de compatibilidad respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.

Lo anterior hace que el principio *Pro Homine* sea un criterio hermenéutico que permea los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma

más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, lo cual coincide con el rasgo fundamental de los Derechos Humanos que de estar siempre a favor del hombre.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como todo corpus jurídico, se nutre de reglas y principios. Algunos de estos últimos derivan en particular del derecho internacional público, y otros son propios de la disciplina, establecidos para hacer efectiva la aplicación de las normas. Sin duda, el más importante de ellos es aquel al que la doctrina llama "pro homine", al que nosotros preferimos mencionar como el "principio pro persona".

Acudimos a la definición de este principio como:

(...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la

interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997 p. 163).

José de Jesús Orozco Henríquez afirma que en cuanto al ámbito de los tribunales colegiados de circuito, es pertinente citar la siguiente tesis aislada:

El principio pro homine, que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados

forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria (2011, p. 91).

Álvaro Francisco Amaya Villarreal indica que el uso del principio pro homine como recurso interpretativo del Pacto y de la Convención, ha sido invocado por diferentes vías, por parte del Comité del Pacto (a través de sus Observaciones generales) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en ejercicio de sus funciones consultivas, contenciosas y provisionales), así: por una parte ha sido llamado como principio general de derecho; por otra, se ha vinculado a las normas interpretativas que los mismos tratados de derechos humanos contienen, y; por último, se ha incluido a través de la interpretación de “buena fe”, según el objeto y fin del tratado, el cual encontramos, principalmente, en los preámbulos de los instrumentos internacionales de derechos humanos presentados. De esta manera cualquiera de estas argumentaciones puede ser empleada por el intérprete con la finalidad de

materializar la regla pro homine en un caso particular.

La aplicación del principio pro homine como norma de interpretación de los tratados de derechos humanos, es una garantía para la protección y promoción de los derechos protegidos en estos instrumentos. Sin embargo, éste no puede ser usado, como lo hizo el Comité del Pacto en su Observación general 29, como medio para expandir el consentimiento de los estados parte en el PIDCP, ni en la CADH, para el caso colombiano, nación que se encuentra sumida en un conflicto armado complejo, el cual ha tenido que enfrentarse por medio de la declaración de estados de excepción.

Con ello no quiere desprotegerse a las personas, pero tampoco imponerle obligaciones adicionales a los estados por medio de la aplicación de estos tratados. Por lo tanto, es necesario encontrar nuevos métodos por los que se protejan los derechos humanos en todo momento, sobre todo en los estados de excepción que las cláusulas de suspensión describen, ya que son en ellos en los cuales la persona se encuentra en mayor grado de peligrosidad.

Aquí nace un nuevo reto interpretativo, que puede ser tema de otro ensayo.

Ximena Medellín Urquiaga, indica que el principio pro persona es sinónimo de: *a) Principio de progresividad*. El principio de progresividad es, en términos amplios, un principio de aplicación de los derechos humanos que denota la idea de que la satisfacción plena de éstos requiere una evolución gradual, pero siempre progresiva. De esta forma, este principio contiene en sí mismo los criterios de la prohibición de regresión o el máximo uso de recursos disponibles para la satisfacción de los derechos humanos; *b) Test de ponderación*. La ponderación implica, en términos generales, un ejercicio normativo en virtud del cual se busca determinar, ante una colisión de derechos en un caso concreto, qué norma debe prevalecer a partir de su peso en las condiciones fácticas dadas; y, *c) Principio de favorabilidad general*. El principio pro persona es un principio de favorabilidad que obliga al intérprete de la norma a preferir siempre la opción normativa, jurídica y fácticamente posible que más proteja a la persona. Es un principio general pues, en contraste con otros

criterios específicos de favorabilidad – como el principio in dubio pro reo–, el pro persona se proyecta en todos los derechos humanos.

Ahora bien, afirma además que de conformidad con la doctrina, el Principio Pro Persona en su vertiente normativa implica:

- a) Resolver un caso concreto atendiendo a la norma de mayor jerarquía.

El principio Pro Persona, como mandato constitucional de favorabilidad general, no implica que se tenga que atender a la jerarquía de las normas al resolver un caso concreto, siempre y cuando se esté dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas del sistema –por ejemplo, que las normas con las que se resuelva un caso, cualquiera que sea su jerarquía, sean normas válidas y aplicables al éste.

- b) Resolver un caso concreto atendiendo a la norma que más proteja a la persona.

De acuerdo con distintos trabajos académicos, el principio pro persona, en su vertiente normativa, opera como un criterio de solución de antinomias en

virtud del cual se deberá aplicar al caso la norma más favorable para la persona, sin importar cuál sea su jerarquía o naturaleza (nacional o internacional).

- c) Resolver un caso dando preponderancia a la norma internacional frente a la norma nacional.

El principio pro persona implica la aplicación de la norma más favorable para la persona en el caso concreto, sin importar su naturaleza. Es imposible generar un criterio general en que se afirme que la norma internacional siempre será más protectora que cualquier norma nacional, ya sea constitucional o secundaria. De ser éstas las normas más protectoras, deberán aplicarse al caso concreto, aun frente a la norma internacional.

De conformidad con la doctrina nacional y comparada, el *Principio Pro Persona* en su vertiente interpretativa implica:

- a) Optar, en el caso concreto, por cualquier interpretación que esté conforme a las normas de derechos humanos,

constitucionales e internacionales.

Si bien la interpretación conforme ha sido identificada por la scjn como un ejercicio normativo mandatado por la reforma constitucional, es importante recordar que el principio pro persona opera como un último criterio de decisión en virtud del cual se debe optar por la interpretación más favorable para la persona, aun entre dos o más interpretaciones que formalmente están conformes con las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos.

- b) Optar, en el caso concreto, por la interpretación que mejor denote la intención del legislador, como órgano democrático de representación popular.

Si bien este criterio es aceptado en nuestro sistema jurídico y puede resultar aplicable en algunos casos, es importante recordar que, en su vertiente interpretativa, el principio pro persona opera como un mandato constitucional por el cual se debe preferir la interpretación que más favorezca a la persona, con base en las circunstancias del caso, la evolución

normativa del reconocimiento de los derechos humanos, su naturaleza especial y las condiciones sociales imperantes, entre otros.

- c) Elegir, en el caso concreto, la interpretación más favorable para la persona, de entre todas las opciones jurídica y fácticamente posibles.

En esta vertiente, el principio pro persona obliga al intérprete de la norma a optar por la interpretación que más favorezca a la persona, aun entre aquellas opciones que sean jurídica y fácticamente viables. En otras palabras, cuando el juzgador u órgano de decisión se enfrente ante dos o más interpretaciones conformes con las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos, deberá optar por aquella que más favorezca a la persona, a partir de las circunstancias específicas del caso.

Ahora bien, Jairo Alberto Martínez Idárraga, se encargó de analizar precisamente la aplicación de la Ley 1698 de 2006, oportunidad en la que hizo evidente la ausencia de esquemas conceptuales, fundamentos teóricos,

epistemológicos y teleológicos para los cuales fue creada la Ley de Infancia y Adolescencia, que se direccionan a ser procesos pedagógicos, específicos y diferenciados, razón por la cual, las políticas públicas hasta ahora implementadas giran en torno a problemáticas comunes como hurto, drogadicción y lesiones, pero no se ha desarrollado en cuanto a especiales realidades que actualmente se presentan (Martínez, 2012, p. 140).

Dicha situación tiene su razón de ser en el contenido de la política criminal colombiana que se encuentra dirigida al aumento desmesurado de las prisiones, a la creación de nuevas conductas penales, a la ampliación de interpretaciones judiciales que extienden el ámbito de la responsabilidad penal, a un relajamiento de los principios y límites del derecho penal a favor de la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves (violación de los derechos humanos, corrupción, terrorismo, violencia sexual, drogas) y al uso del derecho penal como remedio para todos los problemas sociales (Pastor, 2011), es decir, el sistema penal actual está determinado por la expansión

del poder punitivo caracterizado por una marcada deshumanización y un recrudecimiento sancionador creciente, lo cual tratándose de menores infractores de la ley penal en condiciones de conflicto armado interno, vulnera abiertamente los principios del Interés superior del menor y Pro Homine.

En este orden de ideas se tiene que a la fecha conjuntamente no se ha revisado el tema, es decir, se tiene estipulado el alcance del principio *Pro Homine*, los elementos que configuran la responsabilidad penal de menores y por supuesto las causales de ausencia de responsabilidad, sin que en conjunto se haya evaluado la posibilidad de consagrar un nueva causal que permita a los menores víctimas del conflicto tener un tratamiento diferente a la hora de presentarse ante las autoridades judiciales; motivo por el cual es indispensable ahondar en el tema con el fin de construir el tratamiento idóneo al que podrán ser sometidos los menores víctimas del reclutamiento por parte de grupos armados al margen de la ley en un escenario del posconflicto.

El Principio Pro Homine y la inimputabilidad de los niños, niñas y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 38 dispone:

(...) 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

De lo anterior se puede inferir que, aun cuando se vulnera el principio de interés superior del menor en lo que respecta a la protección especial que niños, niñas y adolescentes merecen, a nivel internacional es aceptado que aquellas

personas que hayan cumplido 15 años de edad participen en las hostilidades que tienen ocurrencia dentro de un conflicto armado.

Así las cosas, cabe anotar que en tal sentido los niños, niñas y adolescentes que hayan hecho parte de grupos armados ilegales a la edad de 15 años, no son considerados inimputables en el sentido estricto de la palabra dentro del marco del derecho penal por cuanto una persona a esa edad tiene la capacidad de producir una acción dolosa o culposa que lo convierte en autor de la acción. En este sentido, es importante resaltar que:

El inimputable actúa sin culpabilidad. La inimputabilidad no es incapacidad de acción o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad [...] La culpabilidad tiene como presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, y como juicio desvalorativo, de reproche personal, comprende la conciencia de la antijuridicidad del acto. La culpabilidad falta totalmente en los

casos de inimputabilidad (Gaviria Trespalacios, 2005, p. 35).

Luego de realizadas las anotaciones precedentes, resulta relevante plantear los siguientes cuestionamientos: ¿Las conductas punibles cometidas por niños, niñas y adolescentes quedarán impunes?, ¿Los niños, niñas y adolescentes mayores de 15 años recibirán un trato judicial diferente a aquellas menores de 15 años que hayan cometido los mismos delitos mientras permanecieron reclutados por grupos armados ilegales? y, ¿si los operadores judiciales decidieran investigar, juzgar y condenar a una persona entre los 15 y 17 años por conductas punibles cometidas por ellos en su doble calidad de víctima y victimario dentro del conflicto armado colombiano, estarían apartándose de los preceptos consagrados en el ordenamiento jurídico interno?

Bajo el escenario descrito, se tiene que los operadores judiciales tienen un amplio margen de determinación a la hora de investigar y juzgar a niños, niñas y adolescentes en el entendido que luego de los 15 años de edad se encuentran en capacidad de entender las consecuencias

de cada una de sus actuaciones, así no sea de la misma forma que lo puede hacer un adulto más aún si se tienen en cuenta las características dentro de las cuales actúa un menor en las hostilidades, sobre todo si se entiende que los niños, niñas y adolescentes no son inimputables sino que por sus condiciones especiales, son sujetos de un trato especial, aspecto que se desprende de lo estipulado en el artículo 33 del Código Penal:

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 psicológica, 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.

Conforme lo hasta aquí analizado, y teniendo en cuenta el panorama descrito frente a la participación de menores de edad en el conflicto armado interno colombiano, se tiene que en el artículo 32 de la legislación penal debe quedar consagrada como causal de ausencia de responsabilidad la condición de menor de edad en el momento de la comisión de delitos cuando se trata de víctimas de reclutamiento que se encuentran ante la autoridad competente con ocasión de la comisión de conductas punibles, esto con fundamento en el *Principio Pro Homine* como norma jurídica que contiene un criterio de eficacia de los Derechos Humanos que irradia integralmente al ordenamiento jurídico y vincula a todos los operadores jurídicos a aplicar la norma o elegir la interpretación más protectora en aquellos asuntos en que se encuentren implicados los derechos humanos, e inversamente, a aplicar la norma o a elegir la norma más restringida en aquellos asuntos relacionados con restricciones al ejercicio de derechos humanos.

Es decir, aun cuando se encuentra reconocido a través de diferentes fórmulas jurídicas tanto a nivel nacional como

internacional lo cual lo ha dotado de distintas dimensiones dependiendo de la legislación en la que se aplique, debe estimarse a futuro en una dimensión más protectora de los Derechos Fundamentales de quienes hacen parte de un proceso penal para el caso concreto, pues la dimensión interpretativa, deja a la libre disposición del operador jurídico la escogencia de la óptica que más se adecue a su criterio jurídico, sucediendo lo mismo con la dimensión normativa, que funciona de la misma manera.

Así las cosas, la causal de ausencia de responsabilidad debe establecerse taxativamente en la ley para no dejar lagunas pues tal y como lo predica la prevalencia de una actitud analítica y predomina el riguroso dualismo metodológico; es decir, la negación de toda posibilidad de un pasaje lógico de la descripción de los hechos a la posición de las normas y de los valores, pues dicha corriente enfoca la mediación jurídica a partir de la forma jurídica como garantía y método del debate político ” (Baratta, 1977, p. 23).

Desde esa perspectiva, es posible observar que el principio *Pro Homine* no

desplaza ni resulta incompatible con la jerarquía en términos absolutos, sino que se aprovecha de la jerarquía e incluso la complementa por dos razones principales (Carbonell, 2000, p. 343-344): primera, el principio *Pro Homine* se encuentra contenido en el denominado bloque de constitucionalidad, por lo cual debe interpretarse en forma sistemática con toda la lógica del sistema de fuentes previsto en la norma suprema, sin que por ello la presencia del principio *Pro Homine* deba desconocer en términos absolutos el sistema de jerarquía de fuentes previsto en la norma suprema, tomando en cuenta que ambas normas constitucionales deben armonizarse, es decir, gracias a su jerarquía es un principio vinculante para todos los poderes públicos emanados de la norma suprema.

En segundo lugar, el principio *Pro Homine* no desplaza, sino complementa la jerarquía normativa toda vez que, actualmente en virtud de dicho principio el control de regularidad constitucional y convencional se ha visto complementado y expandido, ya que antes su objetivo exclusivamente se centraba en constituir una garantía frente al sistema jurídico

secundario (legislador y jueces); mientras que ahora, es una garantía de los derechos humanos también en cierto grado frente al sistema jurídico primario (orden jurídico constitucional), es decir, frente a la propia Constitución.

Ahora bien, suele objetarse el principio *Pro Homine* bajo el argumento de que existen restricciones constitucionales expresas que el operador judicial no puede desaplicar, pues los jueces deben respetar el texto de la norma suprema al cual se deben y del cual emana su propia existencia. Asimismo, de otro lado, hay quienes afirman que el principio pro persona nada soluciona, toda vez que existen dos o más partes en los procesos judiciales, de forma que su aplicación es subjetiva y parcial ante la incertidumbre sobre la definición relativa a cuál de las dos partes tendría que beneficiar tratándose de intereses contrapuestos.

En este orden de ideas se tiene que, el principio *Pro Homine* es un mecanismo de control de poder, una garantía que permite a la democracia sustantiva

(derechos humanos, soberanía popular, intereses de la persona) prevalezca en caso de conflicto frente a la democracia formal (actuación de poderes públicos); garantía que inclusive ha comenzado a operar frente a poderes privados (Gascón Abellán, 2005, p. 21-36).

Aun cuando el sistema jurídico colombiano de forma general cobija al menor no está normativizado el principio *Pro Homine* al hablar del juzgamiento de victimarios que actuaron bajo su calidad de víctimas dentro del conflicto armado interno, lo cual indica que a la hora de llevar el menor de edad ante la autoridad judicial, ¿Cómo seleccionaran la norma favorable?, ¿Qué norma será la que interpretaban? Si el principio *Pro Homine* indica que: el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional (Bidart-Campos, 2000, p. 390).

Conclusiones

Según la Red Nacional de Información de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas hasta el 1 de octubre de 2014, en Colombia, las consecuencias del desplazamiento forzado, la tortura, el homicidio, el secuestro, la violencia sexual, los campos minados, el reclutamiento, entre otros hechos victimizantes en el marco del conflicto armado, se reflejan en los impactos psicosociales y en las afectaciones a la vida digna de las niñas, niños y adolescentes que hoy representan más de la tercera parte de la población víctima del país, 2.237.049 niños, niñas y adolescentes víctimas directas.

Como sujetos de derechos y de especial protección constitucional, el restablecimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes víctimas del conflicto armado es el primer paso en el camino hacia su reparación integral y en la reconstrucción de sus proyectos de vida; lo cual redundará en el objetivo de alcanzar la reconciliación y reconstrucción del tejido social de nuestro país, lo cual debe contener aspectos legales claros frente a la

forma en cómo serán juzgados por las conductas cometidas por estos cuando se encontraban reclutados por grupos armados ilegales, ello respecto a lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia sobre el debido proceso y el ejercicio del derecho a la defensa conforme la edad biológica y desarrollo psicológico, pues de ello depende la capacidad de los individuos para realizar actos jurídicos, es decir, la conciencia y la voluntad son requisitos esenciales para determinar las consecuencias que en el orden legal se prevén para los menores de edad.

Sin embargo, dado que a nivel internacional se prevé la participación de personas entre los 15 y 17 años en las hostilidades, el juez colombiano tiene un amplio margen de determinación de la responsabilidad penal que podría endilgárseles a ellos por las conductas que cometieron durante su pertenencia al grupo al margen de la ley; es decir, lo importante en este escenario es plantear taxativamente una causal adecuada que se ajuste a la situación padecida por los

menores dentro del conflicto, sobre todo si dentro del proceso penal las víctimas de los menores de edad que participaron en el conflicto armado exigen justicia y reparación.

Así las cosas, previendo una serie de discusiones jurídicas frente al juez respecto de las medidas de autoderminación y entendimiento de los menores dentro del conflicto armado que podrían llevar a concluir conforme al desarrollo psicológico del procesado y al contexto particular de cada niño, niña o adolescente; se podría pensar que aun cuando no eran adultos, tenían la capacidad psicológica de entender y desarrollar conductas ilícitas, lo cual es fundamento suficiente para imponer una condena dadas las atrocidades cometidas en medio del conflicto armado.

Se propone entonces en tal escenario que los menores de edad reclutados forzosamente a integrar grupos ilegales que han sido obligados a cometer conductas delictivas bajo presión, sean exonerados de responsabilidad penal cuando sean puestos a disposición del operador jurídico correspondiente en tanto hayan cumplido la mayoría de edad y sean sujetos imputables; inclusión legal que

procede en virtud del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud del cual, el Estado colombiano parte de la Convención se obliga a adecuar la legislación interna a los estándares internacionales, en este caso, adoptando todas las medidas necesarias para impedir el reclutamiento y utilización de menores, incluyendo la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas en situación de conflicto armado interno.

Adecuación importante en el sentido que las autoridades públicas han intentado darle solución a los hechos que recientemente se han intensificado en relación con la comisión de conductas punibles entre los jóvenes, la conciencia de la evolución del hombre a temprana edad, el uso de menores de edad por parte de bandas delincuenciales y grupos armados al margen de la ley; a través del reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derechos pero también de obligaciones mediante la transformación del sistema de responsabilidad penal de adolescentes en Colombia.

Además de lo anterior, es apropiado mencionar que aun cuando existen actualmente 2 causales de ausencia

de responsabilidad en el ordenamiento jurídico penal interno, (8. Se obre bajo insuperable coacción ajena y 9. Se obre impulsado por miedo insuperable) que podrían proceder en lo que respecta al juzgamiento de menores, no son suficientes para tutelar a los menores víctimas del conflicto; pues bajo este escenario lo que para unos operadores judiciales puede ser fundamento para una condena, para otros, puede ser de absolución. Lo anterior, por cuanto del análisis desprevenido de un juez se podría inferir que: no solo los menores de edad fueron obligados a pertenecer y delinquir dentro de una organización armada sino que en medio del conflicto armado interno muchas otras personas de todas las edades, participaron de manera coaccionada en las hostilidades, puesto que conforme las características del conflicto en Colombia denotan presiones, agresiones y cualquier otro tipo de violencia en contra de quienes negaban el apoyo a sus filas, es decir, si se aplicará esta teoría, muchos subversivos serían absueltos y burlarían la justicia.

Por tanto, en aras de dotar de claridad y garantías el escenario judicial de los menores, se propone que el artículo 32 del Código Penal debe incluir una causal

más de ausencia de responsabilidad en los siguientes términos:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(...)

13. Los menores de edad víctimas de reclutamiento por parte de grupos armados ilegales hayan cometido conductas punibles en medio del conflicto armado interno, es decir, tengan la doble connotación de víctima y victimario.

Ahora bien, se podría pensar que la sobre el tema de reclutamiento de menores y su posible judicialización, debería darse en la regulación de la justicia transicional que se implementara con ocasión del fin del conflicto. Sin embargo, dentro de lo que a la fecha está previsto como acuerdos dentro de dicho régimen jurídico, se tiene la no judicialización de quienes hayan sido reclutados por grupos armados ilegales dentro del conflicto armado, por tal motivo, se reitera, lo que se quiere con la propuesta planteada en este documento es proteger al gran número de menores de edad que sean judicializados antes de la implementación de la justicia transicional.

Referencias

- ACNUR. Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados. (2007). Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9179.pdf?view=1>
- Agudelo Betancur, N. (1984). Inimputabilidad y responsabilidad penal. Bogotá, Temis.
- Álvarez Londoño, L.F. (2004). Derecho internacional público, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Centro de Estudios de Derecho Internacional, 3ª edición, Bogotá: Colombia.
- Amaya Villarreal, Á.F. & Rodríguez Hernández, J. (2004). El núcleo duro de los derechos humanos: práctica jurídica en Colombia 1991–2004: Tesis de grado para optar al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Amaya Villarreal, A. F. (2005). “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”, en International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, Bogotá, 337-380.
- Baratta, A. (1977). Il positivismo e il neopositivismo. En La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX, Atti dell’XI congresso nazionale (Napoli-Sorrento, 4-7 ottobre 1976). Milano: Giuffrè.
- Barreto Ardila, H. (2011) “*Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*”. En Lecciones de derecho penal Parte General: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed. Bogotá.
- Bidart-Campos, G. (1993). Teoría General de los Derechos Humanos. Universidad Autónoma de México.
- . (2000). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo I-A. Ediar: Buenos Aires.
- Castillo Córdova, L. (2005). Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Lima: Palestra Editores.

Carbonell, M. (2000). Teoría de la constitución. México, Porrúa.

Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre de 1997). *Ley 418 de 1997*. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6372>

---. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero de 2005). Sentencia C-148 de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-148-05.htm>

---. (1 de abril de 2009). Sentencia 240 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-240-09.htm>

----. (24 de abril de 2002). Sentencia C-297 de 2002. MP: Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-297-02.htm>

---. (6 de mayo de 1993). Sentencia C-176 de 1993. MP: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-176-93.htm>

---. (14 de mayo de 2002). Sentencia C-370 de 2002. MP: Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7089>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de julio de 1993). Opinión Consultiva OC-13/93. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ARTS. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos). Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf

---. (9 de diciembre de 1994). Opinión Consultiva OC-14/94. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (ARTS. 1 Y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf

---. (28 de noviembre de 2002). Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf

Dworkin, R. (1989). Los Derechos en Serio. Ariel Derecho: Barcelona. 2da. Edición.

Ferrajoli, L. (1995).Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Ediciones Trotta: Madrid (España).

Gascón Abellán, M. (2005). La teoría general del Garantismo: rasgos principales. En: Carbonell, M & Salazar, P. Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta.

Gaviria Trespalcios, J. (2005). “*La inimputabilidad: Concepto y alcance en el Código Penal*”. En Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. 34, Bogotá.

Gómez, C. (2014). Estándares internacionales vinculantes que rigen la detención preventiva. Bogotá DC.: Defensoría del Pueblo.

Martínez Idárraga, J.A. (2012). Resultados primarios del sistema de responsabilidad penal para adolescentes: evolución o involución de un sistema con vocación de reforma. *Memorando de Derecho*, 3 (3), 133-146. Universidad Libre, Seccional Pereira.

Medellín Urquiaga, X. (2013). El Principio Pro Persona.

Muñoz Conde, F. Derecho penal y control social, en particular el capítulo III “Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo”.

- Nieto Navia, R. (1994). *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José: Corte IDH, 1994.
- Orozco Henríquez, J.J. (2011). Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (México)*, 28, 85-98.
- Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humano. En: *“La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”*. Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto.
- Pastor, D. (2011). *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.
- Plan de las FARC para reclutar menores obligó a 113.000 personas a dejar sus hogares. (19 de junio de 2008). Recuperado de: <http://menoresguerra.blogspot.com/2008/06/plan-de-las-farc-para-reclutar-menores.html>
- Principios de París sobre la participación de niños en los conflictos armados. (2007). Recuperado de: <http://www.humanium.org/es/wpcontent/uploads/2013/09/PRINCIPIOS-DE-PARIS.-PDF.pdf>
- Thompson Jiménez, J. (1989). Las cláusulas limitativas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en *Compilación de trabajos académicos del curso interdisciplinario en derechos humanos (1983-1987)*.
- Velásquez Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho penal, parte general*. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona, España: Gedisa.