



Sello Editorial
**UNIVERSIDAD
DEL ATLÁNTICO**

ESTUDIOS DE
**DERECHO
PENAL**

Dogmática, Criminología y Política Criminal

Mariela Vargas Prentt - Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez

Marcela Arellano Velasco - Francisco Borrero Brochero

Marina López Sepúlveda - Katherine Pacheco López

Jairo Antonio Contreras Capella



ESTUDIOS DE
**DERECHO
PENAL**

Dogmática, Criminología y Política Criminal

Mariela Vargas Prentt - Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez
Marcela Arellano Velasco - Francisco Borrero Brochero
Marina López Sepúlveda - Katherine Pacheco López
Jairo Antonio Contreras Capella

Catalogación en la publicación. Universidad del Atlántico. Departamento de Bibliotecas
Vargas Prentt, Mariela -- Montalvo Velásquez, Cristina Elizabeth -- Cabrera Izquierdo,
Lorena Elizabeth -- Arellano Velasco, Marcela -- Borrero Brochero, Francisco -- López
Sepúlveda, Marina -- Pacheco López, Katherine -- Contreras Capella, Jairo Antonio.

Estudios de derecho penal : dogmática, criminología y política criminal / Mariela Vargas
Prentt, Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez, Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo, Marcela
Arellano Velasco, Francisco Borrero Brochero, Marina López Sepúlveda, Katherine Pacheco
López, Jairo Antonio Contreras Capella. – 1 edición. – Puerto Colombia, Colombia: Sello
Editorial Universidad del Atlántico, 2020.

Incluye bibliografía

ISBN: 978-958-5525-37-5 (PDF descargable)

ISBN: 978-958-5131-64-4 (Tapa Blanda)

1. Derecho penal-- Colombia 2. Criminología -- Colombia. I. Autor. II. Título.

CDD: 345 E82

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL: DOGMÁTICA, CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Autoría: Mariela Vargas Prentt - Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez
Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo - Marcela Arellano Velasco
Francisco Borrero Brochero - Marina López Sepúlveda
Katherine Pacheco López - Jairo Antonio Contreras Capella

©Universidad del Atlántico, 2020

Edición:

Sello Editorial Universidad del Atlántico
Km 7 Vía Puerto Colombia (Atlántico)
www.uniatlantico.edu.co
publicaciones@mail.uniatlantico.edu.co

Producción Editorial e Impresión:

Calidad Gráfica S.A.
Av. Circunvalar Calle 110 No. 6QSN-522
PBX: 336 8000
lsalcedo@calidadgrafica.com.co
Barranquilla, Colombia

**A este libro se le aplicó Patentes de Invención
No. 29069 de 2010 y 33899 de 2016 y 35659 de 2018**

Tiraje: 50 ejemplares
Barranquilla (Colombia), 2020

Nota legal: Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros medios conocidos o por conocerse) sin autorización previa y por escrito de los titulares de los derechos patrimoniales. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual. La responsabilidad del contenido de este texto corresponde a sus autores.

Depósito legal según Ley 44 de 1993, Decreto 460 del 16 de marzo de 1995, Decreto 2150 de 1995 y Decreto 358 de 2000.

Cómo citar este libro:

Vargas Prentt, M., Montalvo Velásquez, C., Cabrera Izquierdo, L. E., Arellano Velasco, M., Borrero Brochero, F., López Sepúlveda, M., Pacheco López, K. y Contreras Capella, J. A. (2020). *Estudios de derecho penal: dogmática, criminología y política criminal*. Barranquilla: Sello Editorial Universidad del Atlántico

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	15
LA PROTESTA SOCIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA	23
INTRODUCCIÓN	24
ANTECEDENTES HISTÓRICO- MATERIALES DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA	28
UNA DECISIÓN CONTROVERTIDA	32
EL CASO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA	33
LA POSICIÓN DEL CIUDADANO DEMANDANTE	34
ARGUMENTOS DE LOS INTERVINIENTES EN EL ASUNTO	37
POSICIÓN MAYORITARIA DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	42
ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	45
CONCLUSIONES	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS INVESTIGADOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: UN ESTUDIO DESDE LA VICTIMOLOGÍA.....	59
INTRODUCCIÓN	60
PERTINENTE AUTONOMÍA Y AMPLITUD DE LA VICTIMOLOGÍA EN COLOMBIA POR LA DINÁMICA DEL CONFLICTO INTERNO ARMADO Y LA APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.....	62
LA CATEGORÍA VÍCTIMA: UN ESTUDIO DESDE LA EVOLUCIÓN DE LA VICTIMOLOGÍA	71
EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS INVESTIGADOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA.....	85
CONCLUSIÓN	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97
 EL MENOR VÍCTIMA: PROTECCIÓN INTEGRAL Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL	 103
INTRODUCCIÓN	104
CONSIDERACIONES PREVIAS.....	105
PROTECCIÓN INTEGRAL.....	109
PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LOS MENORES VÍCTIMAS	114
CRITERIOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL	114
PROHIBICIONES DE BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS	118
CONCLUSIONES.....	121
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	121

DERECHO A LA JUSTICIA DE NIÑAS Y NIÑOS EX COMBATIENTES	125
INTRODUCCIÓN	126
DESARME, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS DE LAS AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA	130
DE LA LIMITACIÓN DEL RECLUTAMIENTO DE MENORES AL CASTIGO PENAL....	134
LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO ALTERNATIVA AL CASTIGO PENAL.....	139
DEL CASTIGO A LA RESPONSABILIDAD	145
CONCLUSIONES	148
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152
 DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL: UN ESTUDIO DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL	 157
INTRODUCCIÓN	158
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	159
ESTUDIO Y ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE FRAUDE A RESOLUCION JUDICIAL.....	160
DESCRIPCIÓN LEGAL	160
ESTUDIO ANALÍTICO DEL TIPO PENAL.....	163
TIPICIDAD-ESTRUCTURACIÓN.....	164
ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL	166
SUJETO ACTIVO	167
LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA POTESTAD PUNITIVA PENAL FRENTE A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y SUPOSTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA.....	172
DEL DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL FRENTE AL	

INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS	
CONCILIATORIOS	175
DEFINICIÓN O CONCEPTO DE CONCILIACIÓN	175
DIFERENCIAS Y ASPECTOS COMUNES	
ENTRE EL DELITO DE FRAUDE A	
RESOLUCIÓN JUDICIAL Y FRAUDE PROCESAL	180
LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE	
FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL POR	
INCUMPLIMIENTO A FALLOS DE TUTELA.....	181
CONCLUSIÓN	185
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	186

FEMINICIDIO COMO TIPO PENAL	
AUTÓNOMO: UN DEBATE PENDIENTE EN LA	
GARANTÍA DEL DERECHO DE LAS MUJERES	
A VIVIR Y MORIR LIBRES DE VIOLENCIAS POR	
CONDICIÓN DE GÉNERO	189
INTRODUCCIÓN	190
RECONOCIMIENTOS DE DERECHOS	
DE CIUDADANÍA EN LOS AVANCES	
NORMATIVOS, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES ..	192
AVANCES NORMATIVOS EN MATERIA	
DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES.....	194
AVANCES DOCTRINALES	200
AVANCES JURISPRUDENCIALES – <i>IURIS PRUDENTIA</i>	206
CRITERIOS ORIENTADORES PARA	
DETERMINAR SI SE ESTÁ ANTE UN CASO DE GÉNERO .	213
CRITERIOS ORIENTADORES EN	
RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO	
JUDICIAL Y LA EQUIDAD DE GÉNERO.....	213

CRITERIOS ORIENTADORES RELACIONADOS CON LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA EQUIDAD DE GÉNERO	214
ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL FEMINICIDIO	214
ASPECTOS SUSTANTIVOS	215
ASPECTOS PROCESALES	221
ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD DE COLOMBIA, BRASIL, PARAGUAY Y MÉXICO.....	230
VIOLENCIA DE GÉNERO Y FEMINICIDIO; TRES ESCENARIOS EN AMÉRICA LATINA: MÉXICO, COLOMBIA Y PARAGUAY ...	231
EN LA REALIDAD DE MÉXICO.....	231
EN LA REALIDAD DE PARAGUAY	232
ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO EN LA LEGISLACIÓN DE BRASIL Y COLOMBIA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO FEMINISTA	232
CONCLUSIÓN	235
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	236
LA POLÍTICA CRIMINAL EN BARRANQUILLA: UN ENFOQUE LOCAL DE LA TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO	245
INTRODUCCIÓN	247
DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	249
POLÍTICA CRIMINAL Y TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO: DE LA PERSPECTIVA GENERAL A LA PERSPECTIVA LOCAL	254
CONCLUSIÓN	270
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	273

DERECHO A LA JUSTICIA DE NIÑAS Y NIÑOS EX COMBATIENTES

RIGHT TO JUSTICE OF EX CHILD SOLDIERS

MARCELA ARELLANO VELASCO¹

Resumen

Este documento pretende arrojar luz sobre uno de los mayores desafíos de los diálogos y acuerdos de paz en Colombia, el derecho a la justicia de las víctimas, concretamente de las niñas y niños desvinculados de las Autodefensas Unidas de Colombia, y su tratamiento en el marco del derecho penal, los derechos humanos y la justicia transicional. En él se aborda de manera crítica dicho proceso, poniendo de manifiesto los errores cometidos; las obligaciones legales nacionales e internacionales y los lineamientos propuestos por el modelo de justicia transicional. Ello con la finalidad de elaborar una propuesta para un más efectivo logro del derecho a la justicia de las y los menores ex combatientes en Colombia.

Palabras clave: niños soldado, DDR, justicia criminal, justicia transicional.

Abstract

This document focuses on the right to justice of Colombian armed conflict victims. It is particularly focused on girls and boys demobilized from Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) and its treatment on the framework of criminal law, human rights and transitional justice. It examines critically this process, highlighting made mistakes; national and international legal obligations; and proposed guidelines from transitional justice model. It has the purpose of elaborating a proposal to improve right to justice fulfillment of ex child soldiers in Colombia.

Keywords: child soldiers, DDR, criminal justice, transitional justice.

¹ Abogada egresada de la Universidad de Cartagena; Doctora en paz y conflictos por la Universidad de Granada; Magister en Derechos Humanos por la Universidad Internacional de Andalucía, y Magister en Estudios de Género y Desarrollo por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es profesora de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Público en la Universidad del Atlántico y consultora independiente, asesorando y desarrollando proyectos para la administración pública, organizaciones internacionales e instituciones sin ánimo de lucro.

INTRODUCCIÓN²

Este documento surge de una investigación en curso, llevada a cabo desde la Universidad del Atlántico acerca de "los derechos de las niñas y niños víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia y su tratamiento desde el derecho tradicional y la justicia alternativa. El problema que da origen a la investigación es el inadecuado tratamiento dado a las niñas y niños del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), durante el proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) del mismo³. En dicho proceso, realizado entre 2003 y 2005, con base en la Ley 975 de 2005, más conocida como Ley de Justicia y Paz",⁴ se excluyó a un elevado número de menores, que no pudieron acceder a los beneficios concedidos a los desmovilizados adultos, lo que devino en la negación del derecho a la justicia de estas víctimas del conflicto armado.

Dicha ley, se diseñó en un marco de justicia transicional para posibilitar el goce efectivo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición. Sin embargo, lejos de eso, la realidad es que las niñas y niños víctimas de reclutamiento ilícito obtuvieron después de su desvinculación fue la impunidad, y en muchos casos la re-victimización al ser objeto de nuevas violaciones de sus derechos, entre ellas nuevos reclutamientos por bandas armadas conformadas

2 Parte del texto de esta introducción fue presentado como comunicación en el XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. ARELLANO VELASCO, Marcela. Derechos de la infancia y la justicia transicional en Colombia. En: Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: "La justificación del castigo penal". (16: 9-10 julio: León, España) Actas del XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. León: Universidad de León y Fundación Internacional de Ciencias Penales. 2015. Ver texto completo en: <https://ficip.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-xvi-seminario-internacional-de-fd-y-dp/>

3 Se eligió el caso de la desmovilización masiva de las Autodefensas Unidas de Colombia por ser paradigmático, dado que fue la primera vez que se incluyó de manera expresa el tema de los menores soldado en procesos de DDR en Colombia.

4 Según el boletín ABC de la ley de Justicia y Paz del Ministerio de Justicia de Colombia, ésta busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individual o colectivamente, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

después de la desmovilización de las AUC, las llamadas bandas criminales emergentes (BACRIM)⁵.

El objetivo general de la investigación es demostrar por qué no tuvieron acceso a la justicia las y los infantes desvinculados de las AUC, poniendo de manifiesto los errores cometidos, con la idea de construir una herramienta de buenas prácticas. Es de importancia capital visibilizar el impacto negativo que tiene para una sociedad en transición hacia la paz un inadecuado proceso de DDR. Y lo es asimismo, realizar recomendaciones sirvan de referente para futuros procesos de DDR, para que no se siga poniendo en riesgo la construcción de una paz sostenible.

En lo referente al marco teórico, la investigación define el DDR como un proceso propio de la reconstrucción post bélica o la transición a ella, que inicia con un acto formal de dejación de armas por parte de las personas vinculadas a ejércitos o grupos armados ilegales, así como de toda actividad insurgente o beligerante por su parte. La desvinculación puede ser voluntaria o mediante captura por parte de las fuerzas armadas legítimas. A este acto le sigue la puesta a disposición de la persona desvinculada ante las autoridades competentes, bien en el ámbito de la justicia o bien ante el órgano de protección de menores, al tratarse de infantes⁶.

Cuando la desvinculación se produce en el marco de acuerdos formales de paz, suele ser colectiva y realizarse en varias etapas: primero

5 Respecto a los menores pertenecientes a las Bandas Criminales Emergentes, al servicio de distintos grupos delincuenciales, la Corte Constitucional reafirmó su condición de víctimas, al señalar que son merecedores de los beneficios establecidos en la Ley 1448 de 2011 "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones". Ver texto completo de la sentencia en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069/2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

6 Cuando se trata de menores de edad el órgano competente es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), no las y los jueces, por considerarse que estos no son responsables penales sino víctimas del delito de reclutamiento ilícito.

desarme y desmovilización, para realizar luego la reintegración social, aunque no siempre ocurre de esta manera⁷.

Por otra parte, el marco teórico de la investigación acoge el concepto de justicia transicional dado por el sociólogo noruego Jon Elster, que afirma: "la justicia transicional está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro"⁸. Dichos procesos según el "*International Center for Transitional Justice*", no son un tipo especial de justicia, sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado hacia el logro de una etapa pacífica⁹.

Lo anterior, entonces, se trata de medidas asentadas en fuertes compromisos jurídicos y morales, que los gobiernos han utilizado para reparar violaciones masivas de derechos humanos. Estas han variado de unos países a otros dependiendo de lo que cada uno considera que satisface sus necesidades de justicia. Por este motivo son muy diversas las formas e instrumentos utilizados, no existe una lista cerrada, más bien se han ido construyendo e incorporando nuevas medidas, siendo algunas de las más utilizadas, las acciones penales, las reparaciones, las reformas institucionales y las comisiones de la verdad, entre otras¹⁰.

7 El desarme, la desmovilización, la rehabilitación y la reintegración social de los niños soldados, se sitúa en el marco más amplio del proceso de rehabilitación posbélica, específicamente en la fase de rehabilitación o reconstrucción del tejido social. ARELLANO VELASCO, Marcela. *La Guerra no es un Juego, Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. p.160.

8 ELSTER, Jon. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 18.

9 CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. ¿Qué es la Justicia Transicional? Ficha virtual. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2018]. Ver: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

10 En este marco, las acciones penales, se dirigen sobre todo contra los criminales considerados de mayor responsabilidad. Las reparaciones, utilizadas por los gobiernos para reconocer y resarcir los daños sufridos, suelen tener un componente material, como indemnizaciones y servicios de atención a víctimas; y un componente simbólico, como pedir perdón públicamente o establecer días del recuerdo o de la memoria. Las reformas de instituciones públicas implicadas en los abusos, –por lo general las fuerzas armadas, la policía y los tribunales–

Como hipótesis previa, se plantea que, tal como se realizó la desvinculación de las personas menores de edad pertenecientes a las AUC, no se lograron los objetivos propios de los procesos de DDR; y tampoco se tuvieron en cuenta seriamente las propuestas de la justicia transicional en los sentidos antes mencionados. Antes por el contrario, el tratamiento dado a las personas menores desvinculadas de las AUC generó impunidad, lo que se observa no solo en los muy pocos procesos penales adelantados por el grave delito de reclutamiento ilícito de menores y demás crímenes conexos, sino además en los casi nulos mecanismos alternativos que permitan avanzar en verdad, reparación y no repetición.

Aunque la lógica del mal menor necesario para conseguir un bien superior, la paz, parece haberse impuesto sobre el respeto por los derechos humanos de un grupo vulnerable como lo son las niñas y niños. La hipótesis de la investigación propone que todavía es posible rectificar, sobre todo cuando es posible iniciar nuevos procesos de DDR con otros actores del conflicto armado. De no ser así, es bastante probable que las propias víctimas inicien procesos penales ante tribunales nacionales y si fuera necesario, ante tribunales internacionales de derechos humanos, para lograr la tan necesaria reparación de sus derechos vulnerados, en especial de su derecho a la justicia.

Tanto el Derecho Penal colombiano, que contiene medidas punitivas para quienes recluten a personas menores de 18 en grupos armados; como el Tribunal Penal Internacional, que dentro de su mandato puede juzgar como criminales de guerra a quienes hayan reclutado o utilizado menores de 15 años en fuerzas o grupos armados, son

buscan dismantlar la maquinaria estructural de los abusos para evitar tanto la repetición de violaciones de derechos humanos graves, como la impunidad. Las comisiones de la verdad, u otras formas de investigación y análisis de abusos sistemáticos, recomiendan cambios y ayudan a comprender las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos.

mecanismos idóneos para realizar el derecho a la justicia. En este sentido, el profesor Manuel Ollé Sesé, señala que:

(...) la protección de los derechos humanos fundamentales se convierte en objeto de protección directa por parte del Derecho Penal Internacional. Sea mediante su aplicación directa por parte de las jurisdicciones domésticas, sea a través del ejercicio de la justicia universal, o sea en sede de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, mixtos o ante la Corte Penal Internacional...¹¹

Asimismo, el derecho alternativo o nuevo derecho resulta tremendamente útil en el logro pleno de los derechos humanos fundamentales. Más que llorar sobre la leche derramada o empeñarse en resaltar los fallos de la justicia transicional, es más útil encontrar la manera de extraer lo mejor de esta propuesta y de perfeccionar aquello que no ha funcionado, a la vez que se incorporan nuevas ideas para satisfacer el derecho a la justicia.

DESARME, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS DE LAS AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA

El reclutamiento y uso ilegal de niños y niñas en grupos armados así como su abuso físico, psicológico y sexual en este contexto, es una perversa práctica que se ha convertido en una arma de guerra habitual por parte de todos los actores del conflicto armado colombiano, a pesar de que es obligación del Estado proteger y garantizar los derechos de la infancia¹². Esta obligación, derivada de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos y derecho

11 OLLÉ SESÉ Manuel, *Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. p.13.

12 ARELLANO VELASCO. *La Guerra no es un Juego, Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados* Op. cit., p 211-213.

internacional humanitario, que implica procurar el desarme, desmovilización y rehabilitación (DDR) de los menores ilícitamente vinculados a grupos armados, no ha sido cumplida debidamente por el Estado colombiano¹³.

Los procesos de DDR de personas alzadas en armas, usualmente situados dentro del marco más amplio de los procesos de rehabilitación posbélica, pero también llevados a cabo en medio de la contienda, son de larga tradición en Colombia. Sin embargo, durante mucho tiempo no existieron políticas públicas en este sentido, dirigidas a niñas y niños vinculados a los grupos armados ilegales o al ejército nacional, a pesar del llamamiento a crearlas por parte de organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales¹⁴.

No fue sino hasta el proceso de desmovilización masiva del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) realizado entre 2003 y 2005, cuando comienza a incluirse a los combatientes menores de edad en los programas de DDR. Sin embargo, son muchas las voces, –entre ellas de organismos de Naciones Unidas, agencias y organizaciones de desarrollo, el Ministerio Público Colombiano, expertos y expertas en el tema– que han denunciado la falta de legalidad, cobertura y escaso impacto de los mencionados programas de DDR en la construcción de paz¹⁵.

13 Colombia es Estado Parte en la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la Acción Inmediata para su Eliminación de 1999, y del Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000, instrumentos que contienen obligaciones relativas al DDR.

14 Una de las organizaciones más incisivas en este sentido ha sido "Human Rights Watch", quien en el año 2003 publicó el informe "Aprenderás a no Llorar. Niños Combatientes en Colombia.

15 VILLARRAGA SARMIENTO, Álvaro, Reclutamiento y Utilización de la Niñez en el Conflicto Armado Colombiano: Diagnósticos, políticas, medidas y procesos DDR, años 2000. En: CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. Desafíos para la reintegración, enfoques de género, edad y etnia Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. 2013. p. 219.

Este proceso de desmovilización masiva se apoyó en la Ley 975 de 2005, que estableció penas alternativas para los desmovilizados de grupos armados ilegales sindicados de graves crímenes que entregaran y pusieran a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a las personas menores de 18 años que hicieran parte de dichos grupos. Este requisito, que constituiría una reparación en términos de justicia transicional, apareció en la ley como imprescindible para acceder a los beneficios jurídicos y de reinserción. Sin embargo, muy pocos niños fueron entregados y muchos de los que sí lo fueron no recibieron los mismos beneficios que los adultos¹⁶.

La forma como se desarrolló este proceso de DDR hace dudar del respeto y garantía del derecho a la justicia para las niñas y niños víctimas de este horrendo crimen. Al respecto, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación ha señalado que en las desmovilizaciones de niños, niñas y adolescentes de las AUC y grupos similares, realizadas entre 2003 y 2006, solo un 10 % de estas personas fueron legalizadas y vinculadas al programa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). La gran mayoría fue ocultada en su proceso de desvinculación por parte de los mandos paramilitares, dándose muchos casos de desvinculación informal desprovista de apoyo oficial, en algunos casos con anuencia de funcionarios públicos. En varias situaciones los menores siguieron siendo víctimas de reclutamiento y de utilización ilícitas por parte de diversos actores pertenecientes a grupos disidentes y redes delincuenciales. En consecuencia el programa especial de reincorporación diseñado para esta población por el ICBF no fue aplicado a toda la población infantil afectada, adoleciendo de una clara ineficacia¹⁷.

¹⁶ *Ibid.*, p. 238-239.

¹⁷ *Ibid.*, p. 255.

En su Informe de 2006, la Procuraduría General de la Nación denunció que en el mencionado proceso de desmovilización colectiva, no se cumplió el requisito de entrega de menores de edad por parte de los desmovilizados de la AUC y grupos guerrilleros que desertaron para vincularse al proceso de paz. Además, recordó que en los procesos de paz es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para conseguir la desmovilización y la protección inmediata de los niños, niñas y adolescentes vinculados del conflicto armado. En palabras del Procurador General de la Nación:

Esta situación es altamente preocupante, si tenemos en cuenta que la cifra de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos ilegales supera cien veces la de aquellos que han sido desmovilizados.¹⁸ ...El gobierno actual no ha tomado el tema de los niños, niñas y adolescentes soldados en forma prevalente, en los actuales procesos de desmovilización y reinserción de grupos al margen de la ley. Dentro del proceso de negociación que antecede a la desmovilización colectiva no se ve que se esté discutiendo el tema de los niños, niñas y adolescentes. Así las noticias se desarrollan en torno a las armas, bienes y no con respecto a la necesidad de esclarecer el paradero de entre 11.000 a 14.000 niños, niñas y adolescentes... se utiliza el "principio de protección prevalente" como una forma de indeterminación de las políticas públicas con respecto a los niños¹⁹.

El Principio de Protección Prevalente, guía la interpretación y aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, impone a los Estados tener en cuenta en primer lugar el interés superior del niño a la hora de implementar o aplicar cualquier medida o política pública que

18 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a políticas públicas en materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: PGN; 2006, Tomo 2, p. 13

19 Ibid., p 13-16.

afecte a un menor o a la infancia en general. No obstante, la indeterminación jurídica del mismo, permite a los Estados dar prevalencia a sus intereses políticos, económicos o a prácticas sociales y culturales, en muchos casos violatorias de los derechos humanos de los menores. Ello puede explicar el hecho de que el mencionado informe de la Procuraduría General de la Nación, no haya dado lugar a medidas contundentes para amparar los derechos de los menores.

Si bien es cierto que en razón del equilibrio que exige la paz y la reconciliación, la pena aplicable a los desmovilizados pueda ser alternativa a la prisión, también es cierto que debe existir verdad, reparación y no repetición para que pueda hablarse de justicia, en términos de justicia transicional. La paz sin justicia puede llevar a que se repitan los círculos de violencia, y en este caso, sin duda no solo se han repetido, sino que han ocasionado que se pierda una oportunidad única de construir paz con un alto número de jóvenes pertenecientes a una generación que creció en medio de la guerra y a la que podía habersele enseñado que es posible vivir en paz.

DE LA LIMITACIÓN DEL RECLUTAMIENTO DE MENORES AL CASTIGO PENAL

El Estatuto de Roma de 1998, creador de la Corte Penal Internacional, recoge en su artículo 8.2 b, XXVI, una lista de crímenes de guerra en caso de conflicto armado internacional y no internacional, dentro de la cual incluye de forma expresa:

(...) reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, y reclutar o alistar niños menores de 15 años en las

fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades²⁰.

La tipificación en el Estatuto de Roma del reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años como crimen de guerra fue un paso muy importante para disminuir el número de niños que participan en conflictos armados, ya que tiene un efecto disuasorio y permite castigar a los responsables de tales acciones, que en este caso serían las personas responsables de su reclutamiento y alistamiento, tanto de los Estados como de los grupos armados irregulares. Sin embargo, es criticable el hecho de que el Estatuto recoge el estándar mínimo de protección del niño contra la participación en hostilidades bélicas, establecido por el Derecho Internacional Humanitario²¹.

El artículo 8.2 b) XXVI) del estatuto de Roma no refleja el estándar de protección más alto ya que no incluye la participación indirecta en las hostilidades, y no eleva la edad mínima para la participación hasta los 18 años, en consonancia a la tendencia reflejada en instrumentos internacionales como la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la Acción Inmediata para su Eliminación de 1999; el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000; y la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990 en el ámbito regional.

²⁰ ESTATUTO DE ROMA. Artículo 8.2 b, XXVI. Roma (17, julio, 1998) 128p.

²¹ Los Protocolos I y II de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra, sin establecer una prohibición completa fijaron límites al reclutamiento de personas menores de edad. Así, de acuerdo al artículo 77.c párrafo 2, del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra: "Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas; y al reclutar personas mayores de 15 años pero menores de 18 años, las partes en conflicto procurarán reclutar primero a los de más edad"

En el ordenamiento jurídico colombiano, el castigo a quienes recluten menores de edad está recogido en el artículo 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), así:

Reclutamiento lícito: El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis a diez años y multa de seiscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes²².

Esta medida punitiva, relativamente reciente, obedece a la necesidad de integrar en el ordenamiento jurídico colombiano los compromisos internacionales adquiridos con la Adhesión al Estatuto de Roma de 1998, creador del Tribunal Penal Internacional; la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la Acción Inmediata para su Eliminación de 1999; y el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000.²³

Por lo anterior, la norma penal colombiana es más contundente, al elevar la edad mínima permitida para el reclutamiento a los 18 años, y reprimir el reclutamiento y uso de niños como soldados en toda circunstancia. Además, la redacción de la norma deja muy claro que la responsabilidad se deriva de la utilización de los menores, no de la participación de ellos. Esto traslada la responsabilidad a quienes

22 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (Julio 24 del 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000. Artículo 162.

23 Colombia firmó el Estatuto de Roma en julio de 1998 pero al encontrar obstáculos constitucionales para su integración en el derecho interno, retrasó su ratificación hasta agosto de 2002. El Tratado fue aprobado por el Congreso mediante Ley 742 del 5 de junio de 2002, y declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa,

cometen el acto de reclutamiento, no a los menores de edad, aunque decidan vincularse voluntariamente al grupo armado²⁴.

Asimismo, el artículo 162 del Código Penal colombiano refleja la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que después de la aprobación del Estatuto de Roma pidió a los gobiernos:

Tomar medidas legislativas, judiciales o de otra índole, para identificar, procesar y sancionar a los agentes estatales o personas civiles que ejecuten, autoricen, colaboren o faciliten el reclutamiento de menores o su utilización en conflictos armados²⁵.

Por otra parte, el gobierno colombiano no solo estableció un estándar de protección de los menores de edad frente al reclutamiento más alto que el establecido en el Estatuto de Roma, sino que además ha efectuado sucesivas modificaciones legales para elevar la sanción penal. Así, después de su penalización por primera vez en la Ley 418 de 1997 con una sanción de tres a cinco años de prisión, la Ley 599 de 2000 la aumentó de seis a diez años; y posteriormente la Ley 890 de 2004 elevó la pena máxima hasta 15 años. Más recientemente, en el año 2015, se presentó al Congreso de la República el proyecto de Ley 015 para modificar el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, en el siguiente sentido:

Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años, los

24 La mayoría de los Estados castiga penalmente a los niños soldado vinculados a grupos alzados en armas, por delitos como rebelión, sedición, porte ilegal de armas, terrorismo, entre otros; sin embargo, estos delitos son de jurisdicción interna, no internacional.

25 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999. Capítulo 6, Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados. Washington: OEA, 2000. Ser.L/ V/II.106.

utilice o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y en multa de dos mil (2000) a cuatro mil (4000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1°. Cuando la conducta se cometa y se utilice al menor reclutado como esclavo sexual, la pena se agravará de una tercera parte a la mitad.

Parágrafo 2°. En ningún evento podrá considerarse la conducta de reclutamiento forzado de menores como conexas a delitos de tipo político consagrados en el capítulo XVIII de la Ley 599 de 2000.

Además del establecimiento de medidas legislativas para procesar a las personas responsables de este delito, el Estado colombiano ha implementado medidas de DDR, atendiendo a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que recomendó a los gobiernos lo siguiente:

Establezcan políticas, mecanismos e instituciones especiales para la recuperación, reeducación y preparación para insertar en la vida social a los niños y adolescentes que hayan participado como miembros de organizaciones armadas, sean estatales, o no gubernamentales²⁶.

En este sentido, durante la pasada década, el gobierno colombiano creó mecanismos, instituciones, iniciativas y estrategias para ofrecer oportunidades a excombatientes que quieran reintegrarse en la sociedad²⁷.

²⁶ *Ibíd.*, p. 14.

²⁷ Para una descripción completa de estas iniciativas, ver: DERKS, María; ROUW, Hans & BRISCOE, Iván. *A Community Dilemma: DDR and the Changing Face of Violence in Colombia*. Amsterdam: Pax Christi, 2011. 71p.

Destacan el Programa de Reincorporación a la Vida del año 2004, y la Política Nacional de Reintegración Social y Económica para Personas y Grupos Armados Ilegales (PRSE), en el 2010, liderado por la Agencia Colombiana para la Reintegración, antigua Alta Consejería para la Reintegración²⁸.

Además durante el proceso de desmovilización de las AUC, el gobierno incorporó el programa para desertores, y creó un solo programa de DDR para todos los alzados en armas, fuesen paramilitares o guerrilleros. Sin embargo estas medidas se dirigieron sobre todo a personas adultas, quedando excluidas de dichos beneficios un elevado número de personas menores de edad víctimas de reclutamiento ilícito, lo que deja la puerta abierta a la justicia penal nacional o Internacional para hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas de reclutamiento ilícito.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO ALTERNATIVA AL CASTIGO PENAL

La justicia transicional se refiere a un conjunto de teorías y prácticas enmarcadas en procesos políticos que buscan transitar de una situación de guerra, dictadura o conflicto violento hacia una nueva realidad democrática que haga justicia a las víctimas mediante el reconocimiento del daño, castigue a los victimarios y repare los daños causados tanto a las víctimas como a la sociedad²⁹. En este sentido, el mencionado proceso de DDR de los grupos paramilitares en Colombia quedó bastante lejos de cumplir con este cometido.

28 La PRSE, inicialmente concentrada en Bogotá fue expandida al nivel nacional después de la desmovilización masiva de las AUC entre 2003 y 2006.

29 Para Jon Elster "la justicia transicional está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro". Op. cit. p. 1.

Hasta el momento ha habido 15 experiencias de justicia transicional en el mundo, de las que se han extraído una serie de lecciones aprendidas. Los casos de Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala, Colombia, Burundi, Mozambique, Sierra Leona, Sudáfrica, Sri Lanka, Camboya, Irlanda del Norte, Bosnia Herzegovina y España, tuvieron en común el interés por dejar atrás la devastación en que quedaron los Estados, pero en todas se cometieron errores que aún hoy se están pagando³⁰.

Las primeras experiencias demostraron que las meras compensaciones económicas son insuficientes para hallar el equilibrio entre justicia y paz, sino se acompañan del esclarecimiento y de la sanción. Por ello los casos subsiguientes incluyeron, con mayor o menor éxito, al menos dos de los tres componentes básicos de la justicia transicional: verdad, castigo y reparación.

En palabras de Valencia Villa:

...es evidente que la cantidad y la calidad de la verdad, el castigo y la reparación que el Estado esté en condiciones de ofrecer a las víctimas de un pasado de barbarie e impunidad serán tanto mayores cuanto más consolidada se encuentre la cultura democrática en la respectiva sociedad. Un Estado democrático, con leyes, instituciones y autoridades legítimas y eficaces, y con una ciudadanía consciente de sus derechos y deberes, no debería temer ni temblar para cumplir con generosidad sus obligaciones constitucionales e internacionales en materia de justicia debida a todas las víctimas de todas las violencias³¹.

30 No hay espacio suficiente en este ensayo para analizar estos casos. Una reseña de ellos puede verse en: VALENCIA VILLA, Hernando, Introducción a la Justicia Transicional, Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007, p 2-8.

31 *Ibid.*, p 9.

Para el profesor Hernando Valencia Villa el éxito de los procesos de justicia transicional es directamente proporcional a la madurez o consolidación de la cultura democrática de la sociedad. Sin embargo, los procesos adelantados demuestran estar lejos de esa deseada consolidación de la cultura democrática, lo que se refleja entre otras cosas en la imposición a la sociedad civil de las medidas de justicia transicional, y en la casi nula consideración de la opinión de las víctimas.

Valencia Villa señala que así sucedió en Colombia con el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares de extrema derecha que adelantó el gobierno conservador del presidente Álvaro Uribe Vélez, con fundamento en la Ley 975 de 2005. Afirmando que este oscuro episodio no consultado con las víctimas del conflicto, y menos aún con los actores sociales, suscitó el recelo de la opinión pública internacional y la oposición de la comunidad de derechos humanos; y lejos de encontrar un equilibrio entre la justicia y la paz dejó en la impunidad crímenes atroces³². Entre estos crímenes destaca el reclutamiento y utilización para la guerra de niñas y niños, que sin duda está afectando la consolidación de la paz y el desarrollo del país.

El problema central que intenta resolver la justicia transicional es el derecho de las víctimas a la justicia, derecho reconocido en numerosos instrumentos internacionales³³. Por ello, desde la Asamblea General

³² *Ibid.*, p 10.

³³ El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, los derechos reconocidos a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario, que figuran en el artículo 3 de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 (Convención IV); en el artículo 91 del Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977; y en los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Igualmente, este derecho es reconocido por instrumentos de derechos humanos de carácter regional, como el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

de Naciones Unidas, para reafirmar lo estipulado en estos instrumentos jurídicos y actualizar el compromiso de los Estados con relación al derecho de las víctimas a la justicia, se aprobaron a través de la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones³⁴.

Este documento, breve en extensión, no más de veinte artículos, es fruto de veinte años de arduas reflexiones, negociaciones y presiones por parte de gobiernos, agencias internacionales, organizaciones no gubernamentales, expertos y activistas de muy diversas procedencias y orientaciones, hasta que finalmente fue aprobado por aclamación en el seno de la Asamblea General, lo que le confirió un carácter de *opinio juris communitatis* (opinión jurídica de la comunidad internacional), siendo por tanto una norma de índole general y obligatoria.

La Resolución 60/147, establece la obligación básica de “respetar, asegurar que se respeten y aplicar” las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario, y a partir de allí impone a los Estados el deber de garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, en tres dimensiones: el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

El acceso igual y efectivo a la justicia, debe operar en las jurisdicciones nacionales y en la jurisdicción internacional, tanto para demandas individuales como para querellas colectivas, e incluye no solo los

34 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS RESOLUCIÓN 60/147, de la ASAMBLEA GENERAL. 16 de diciembre de 2005.

procedimientos judiciales sino también los de carácter administrativo y disciplinario. Señalando la Resolución que “las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho de acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno”³⁵.

La reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, comprende cinco tipos de prestaciones: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La restitución incluye el restablecimiento de la libertad; el disfrute de los derechos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía; el regreso al lugar de residencia; la reintegración en el empleo; y la devolución de los bienes.

La indemnización debe resarcir el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades; los daños materiales y la pérdida de ingresos; los perjuicios morales; y los gastos legales y médicos. La rehabilitación comprende la atención médica y psicológica; y los servicios jurídicos y sociales. La satisfacción abarca medidas como la cesación de las violaciones continuadas; la verificación de los hechos y la revelación pública de la verdad; la búsqueda e identificación de las personas desaparecidas por la fuerza; el restablecimiento público de la dignidad y reputación de las víctimas; la petición pública de perdón con la aceptación de las responsabilidades consiguientes; la imposición de sanciones penales y disciplinarias a los responsables de las violaciones; las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas; y el registro de los crímenes en los textos escolares y en los manuales universitarios de historia y derechos humanos.

Por último, las garantías de no repetición comportan el control civil de las fuerzas militares y policiales; el respeto de las garantías procesales

35 *Ibid.*, preámbulo.

y la sujeción de los procedimientos internos al derecho internacional; el fortalecimiento de la independencia e imparcialidad de la justicia; la protección de los defensores de derechos humanos, los comunicadores, y el personal asistencial y sanitario; la educación permanente en derechos humanos y derecho humanitario; la observancia de los códigos de conducta para los funcionarios públicos, los profesionales y los empresarios; la prevención de los conflictos sociales; y la reforma de las leyes contrarias a los derechos humanos y el derecho humanitario³⁶.

Finalmente, el tercer componente del derecho de las víctimas a la justicia, el acceso a información pertinente sobre las violaciones y sobre los mecanismos de reparación, incluye el derecho de las víctimas y sus representantes a solicitar y obtener información sobre las razones de su victimización, así como sobre las causas, características y consecuencias de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario.

La Resolución 60/147 concluye estableciendo tres disposiciones especiales: que los Principios y directrices deben interpretarse y aplicarse sin discriminación de ninguna clase, ni por ningún motivo; que los derechos de las víctimas han de protegerse también con el apoyo de las normas internacionales especiales y de las normas internas de cada Estado; y, que la protección de los damnificados ha de atenderse de tal manera que queden a salvo los derechos de las demás personas y en particular las garantías procesales de los acusados o presuntos responsables de los abusos³⁷.

³⁶ *Ibíd.*, apartado VII.

³⁷ *Ibíd.*, p. 12.

DEL CASTIGO A LA RESPONSABILIDAD

La Ley de Justicia y Paz (975 de 2005), diseñada para hacer frente a los graves crímenes de paramilitares desmovilizados, pese a establecer penas alternativas de entre cinco y ocho años a cambio de la desmovilización, la contribución a la verdad y a la reparación a las víctimas, no consiguió hallar el equilibrio entre la responsabilidad penal individual y la reparación a las víctimas ya que en muy pocos casos los menores fueron reparados y los responsables castigados. Al respecto, el Informe *Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia*, de la Organización Crisis Group señala que

Los fiscales y magistrados han reconocido cada vez más, que la aspiración original de la ley, de probar todos los delitos cometidos por los participantes en el esquema, desborda las capacidades institucionales actuales y que los juicios por sí mismos son ineficaces para la defensa integral de los derechos de las víctimas³⁸.

Para paliar este hecho, se creó un amplio marco legal de justicia transicional, que se amplió a partir de sucesivas reformas y opiniones jurisprudenciales de la Ley de Justicia y Paz, hechas con la finalidad de subsanar los errores u obstáculos que dicha ley pudiera plantear a un futuro proceso de paz con las guerrillas colombianas³⁹. Además, en el marco del proceso de paz con el grupo guerrillero FARC-EP, finalizado en 2016⁴⁰, se esbozaron algunos lineamientos y medidas para la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los actores del conflicto armado⁴⁰. Sin embargo, es importante decir que dichas reformas y nuevas medidas

38 CRISIS GROUP, *Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia*, Bruselas: International Crisis Group, 2013. Informe sobre América Latina N°49. p. 5.

39 Las reformas legales y nuevas medidas introducidas han sido la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley de Víctimas) de 2011, el Marco Jurídico para la Paz del 2012 y los "Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación" bajo la Ley 1424 de 2010.

40 Pese a la importancia de estas, debido a su complejidad y extensión, no vamos a analizarlas en este texto.

de justicia transicional no han servido para reparar los derechos vulnerados a las niñas y niños desvinculados de los grupos paramilitares, que aún hoy continúan en la impunidad.

Hernando Valencia Villa expresa, que pese a que las víctimas tienden a ocupar el centro del debate ético contemporáneo, su condición legal y material resulta todavía muy precaria. En Colombia, a pesar de lo amplio y exhaustivo del cuerpo normativo nacional e internacional anteriormente reseñado, las niñas y niños víctimas de reclutamiento fueron sacrificados una vez más, tal como acertadamente expresa Valencia Villa, en aras de la desmovilización de los aliados irregulares del Estado, los grupos paramilitares. Los acuerdos de Paz celebrados con el grupo guerrillero FARC-EP en 2016, prometieron garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, esperemos que no se cometan los mismos errores.

Ante este hecho es necesario plantearse nuevas formas de afrontar el delito y las violaciones a los derechos humanos en particular. La insuficiencia de la pena como medio de control social está más que evidenciada en la mayoría de los sistemas jurídicos; y la pena por sí sola no funciona como medida reparadora a las víctimas de tales violaciones. La justicia transicional tiene también grandes limitaciones debido a su naturaleza política que requiere necesariamente la voluntad y compromiso de los gobernantes que la aplican. En consecuencia, es necesario reforzar los modelos de justicia tradicional y transicional con otras medidas que incluyan aspectos no contemplados por ellos.

Un buen ejemplo de una nueva manera de afrontar los daños ocasionados por los delitos o conductas socialmente dañinas, que podría resultar útil para el tema que atañe, es la planteada por Iris Marion Young, quien a través de su modelo de conexión social de la responsabilidad propuso pasar de la culpa a la responsabilidad, compartida

por la sociedad⁴¹. Esta propuesta, siguiendo la tesis de Hanna Arendt, habla de la necesidad de separar el concepto de culpa del de responsabilidad a la hora de intentar buscar soluciones por los daños causados a la sociedad. Según Young, el concepto de culpa, centrado en delimitar o individualizar la o las personas que serán objeto de una sanción penal o moral no ayuda a avanzar en la reparación del daño causado.

Para esta autora la culpa pone el foco en el pasado en lugar de buscar hacia adelante posibles formas de contribuir al cambio de situaciones injustas. Iris Marion Young considera que la responsabilidad compartida es más útil para abordar la injusticia social y estructural. A través de la responsabilidad compartida se deja atrás el pasado y se considera el futuro, asumiendo colectivamente la responsabilidad que como ciudadanos tenemos de controlar las instituciones políticas y de asegurar que no se produzcan en ellas injusticias estructurales o, si éstas ya están presentes, que se puedan subsanar.

El modelo de la conexión social atribuye responsabilidad a todos los que contribuyen con sus actos a los procesos estructurales que ocasionan alguna consecuencia injusta⁴². "Atribuir la responsabilidad a una persona significa decir que tiene una tarea que realizar. Podemos hacer responsables a individuos o a grupos, y lo habitual es que la responsabilidad de las dolencias sociales se reparta entre muchos agentes. Las personas pueden ser responsables sin ser culpables". "Ser responsable en relación con la estructura social significa que uno tiene la obligación de unirse a otros que comparten esa responsabilidad con el fin de transformar los procesos estructurales para hacer que sus consecuencias sean menos injustas".

41 YOUNG, Iris Marion, *Responsabilidad por la Justicia*. Madrid: Ediciones Morata S.L., y Fundación Paideia Galiza, 2011, p. 102-139.

42 *Ibid.*, p. 108.

Según Young, cuando culpamos a unos individuos absolvemos a otros, de modo que esos otros, continuarán ignorando o no asumiendo que como ciudadanos tienen una responsabilidad compartida por el daño ocasionado a la sociedad. Además, la persecución de los culpables genera una reacción defensiva y no una utilidad cooperativa. Según Young, "la retórica de la culpa en el debate público normalmente produce una reacción defensiva y un intercambio de acusaciones improductivo" y, aunque se logre que las personas acepten su culpa, ello de nada sirve porque pasan a auto-centrarse, poniendo el énfasis en lo que hicieron y no en la manera de influir en las estructuras que requieren un cambio. A la vez, se deja de atender la naturaleza de las condiciones de fondo en que esos hechos dañinos se producen, lo que distrae de revisar en profundidad el papel de las estructuras sociales y lo que podemos hacer para cambiarlas⁴³.

El reclutamiento, uso y participación de menores en el conflicto armado tiene una raíz clara en la violencia estructural que subyace en la sociedad colombiana, y por ello es un problema que requiere la implicación de todos sus miembros. Judicializar a los responsables del reclutamiento y uso de niñas y niños para la guerra es necesario para poder avanzar en el camino hacia la paz y la garantía efectiva de los derechos humanos, pero ello solo no es suficiente, es necesario ampliar la idea de justicia y hacer partícipe de ella a toda la sociedad, construir la paz colectivamente es una mayor garantía de que será una paz duradera.

CONCLUSIONES

El problema planteado a lo largo de este artículo aborda una serie de interrogantes, ¿Se realizaron los procesos de DDR de los menores de edad desvinculados de las AUC conforme al derecho nacional, el

43 Ibid., p. 127-128.

Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos?; ¿Es la justicia transicional adecuada para estos casos?; ¿Cómo podrían subsanarse o repararse los derechos violados a los menores?; ¿Es posible iniciar procesos penales o elevar estas cuestiones ante tribunales internacionales de derechos humanos, o al Tribunal Penal Internacional?, ¿Qué utilidad tendrían estos procesos judiciales? Este texto no pretende sin embargo, dar respuesta a todos estos interrogantes, sino más bien despertar la duda y animar a esbozar soluciones a la problemática planteada.

A lo largo de este escrito quedó patente la inadecuada desvinculación de cientos de niñas y niños del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia, durante el proceso de desmovilización masiva de dicho grupo entre 2003 y 2005, que trajo como consecuencia la falta de acceso a la justicia de estas víctimas del conflicto armado, al no poder acceder de manera completa al programa de DDR diseñado por la Ley de Justicia y Paz y las posteriores normativas que lo ampliaron.

La mayoría de los niños pertenecientes al mencionado grupo paramilitar fueron desvinculados de manera no oficial por la propia AUC, que no procedió a la entrega de los niños al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, garante de sus derechos. El requisito de entrega de los niños y niñas como presupuesto de acceso a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz no se cumplió, con lo cual su derecho a la justicia fue conculcado por el Estado, garante de los derechos humanos de los ciudadanos. Además de la impunidad sufrida, al no recibir justicia ni reparación alguna por los daños físicos y psicológicos de los que fueron objeto en medio de la guerra, muchas niñas y niños han sido re-victimizados, al ser objeto de nuevos reclutamientos por las llamadas bandas criminales emergentes (BACRIM), conformadas después de la desmovilización de las AUC.

La Ley de Justicia y Paz, incluyó por primera vez en Colombia a menores de edad dentro de los programas de DDR, pero no se ajustó a los mínimos requisitos establecidos por la normativa internacional que impone a los Estados garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, en tres dimensiones, el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

Las desmovilizaciones realizadas en el marco de dicha ley infortunadamente sacrificaron los derechos de las víctimas, entre ellas las niñas y niños reclutados ilícitamente, en beneficio de los grupos paramilitares, en muchas ocasiones aliados irregulares del Estado. Es poco probable que después de transcurrido tanto tiempo se tomen medidas para reparar el daño ocasionado a estas niñas y niños, –lo que no solo es un deber del Estado sino además absolutamente necesario para garantizar una paz sostenible en el tiempo– sin embargo, sí se han tomado medidas para incluir los derechos de las víctimas del conflicto armado en los acuerdos de Paz que se concluyeron con el grupo guerrillero FARC-EP en el año 2016. Queda por asegurar que la implementación de los acuerdos de paz alcanzados tenga en cuenta el pleno acceso a la justicia de los menores de edad reclutados y utilizados para la guerra por los actores del conflicto.

Es imperativo que los actores sociales, incluidas las víctimas, presionen al Estado para que al momento de diseñar y poner en marcha programas de DDR cumplan con sus compromisos adquiridos al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, especialmente la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, atiente a los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves*

del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Asimismo, es importante explorar otros mecanismos alternativos de justicia además de la justicia transicional. Propuestas como la de Iris Marion Young, quien plantea pasar de la culpa a la responsabilidad a través de su modelo de conexión social de la responsabilidad, permitiría hacer partícipe a toda la sociedad en la construcción de un país con una verdadera justicia y paz. Los modelos tradicionales de justicia, en crisis por múltiples circunstancias, como la corrupción, la falta de recursos para modernizar y agilizar los procedimientos y la ineficacia de la pena para reparar los daños a las víctimas y resocializar a los victimarios, hace urgente escuchar y probar este tipo de propuestas. Compartir la responsabilidad permite dejar atrás el pasado y mirar hacia el futuro, ejercitando de manera colectiva una ciudadanía más activa, de tal manera que se ejerza control sobre el Estado para asegurar que no se produzcan injusticias estructurales o, si estas ya existen, que se puedan reparar.

El reclutamiento, uso y participación de los niños en la guerra tiene una raíz clara en la violencia estructural presente en la sociedad colombiana; la prolongación de las contiendas y la renuencia de las partes a cumplir las normas de Derecho Internacional Humanitario ha llevado a la degeneración y degradación de los medios y prácticas de guerra. La socialización en la guerra de miles de niñas y niños colombianos, unida a la pobreza extrema, les ha llevado a muchos de ellos a mirar el alistamiento en grupos armados irregulares como una opción de vida que les ayude a escapar de sus difíciles condiciones socioeconómicas; la poca importancia dada al maltrato infantil y la no consideración de la infancia como un grupo que merece especial protección tanto del Estado como de la sociedad y la familia, es una de las razones por las que la mayoría de los colombianos nos escandalizamos por el reclu-

tamiento de niñas y niños para la guerra pero seguidamente miramos hacia otro lado, pareciera que no es asunto de nadie.

Todo ello, evidencia que individualizar y castigar a los culpables de las graves violaciones cometidas contra miles de niñas y niños reclutadas para la guerra en Colombia es solo una cura superficial a una herida muy profunda a la que todos hemos contribuido de alguna manera. Y, como señala Iris Marion Young, "Cuando existen injusticias estructurales, declarar que algunas personas son culpables de realizar acciones injustas concretas no exime de responsabilidad a otras cuyas acciones contribuyen a las consecuencias"⁴⁴.

Es urgente que desde la familia y la comunidad comencemos a idear alternativas de reparación y sobre todo de cambio de la injusta estructura social que permite que sigan siendo siempre las personas más débiles las que sufren los mayores daños en momentos en que el Estado colapsa o no es capaz de garantizar los derechos a todas las personas, como ocurre en medio de la guerra. El marco de justicia transicional creado por el gobierno colombiano, tiene muchos fallos pero a la vez abre muchas posibilidades a implementar nuevas maneras de hacer efectivo el derecho a la justicia. Queda así la puerta abierta a nuevas propuestas que serán siempre bienvenidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARELLANO VELASCO, Marcela. Derechos de la infancia y la justicia transicional en Colombia. En: Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: "La justificación del castigo penal". (16: 9-10 julio: León, España) Actas del XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. León:

44 *Ibíd.*, p.117.

- Universidad de León y Fundación Internacional de Ciencias Penales. 2015.
- ARELLANO VELASCO Marcela. La Guerra no es un Juego, Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. 276 p.
- BRETT, Sebastián. Aprenderás a no llorar: Niños Combatientes en Colombia. Bogotá: Human Rights Watch. 2000. 90 p.
- COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN Reintegración: logros en medio de rearmes y problemáticas no resueltas, II Informe Nacional. Bogotá: CNRR, 2010. 157 p.
- CRISIS GROUP, Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia, Bruselas: International Crisis Group. 2013. Informe sobre América Latina N°49. 66p.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. Rearmados y reintegrados. Panorama pos acuerdos con las AUC. Bogotá: CNMH, 2015. 392 p.
- DERKS, Maria; ROUW, Hans & BRISCOE, Ivan. A Community Dilemma: DDR and the Changing Face of Violence in Colombia. Ámsterdam: Pax Christi 2011. 71p.
- ELSTER, Jon. Closing the books: Transitional justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 298 p.
- OLLÉ SESÉ Manuel, Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. 116 p.
- OLLÉ SESÉ, Manuel. Justicia Universal para crímenes internacionales. Madrid: La Ley, 2008. 550 p.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999. Capí-

tulo 6, Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados. Washington: OEA, 2000. Ser.L/ V/II.106.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a políticas públicas en materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: PGN; 2006, Tomo 2. p. 1-16.

TEITEL, Ruti. "Transitional Justice Genealogy". Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94.

VALENCIA VILLA, Hernando. Introducción a la Justicia Transicional, En: Conferencia en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" (1: 26-28, octubre, 2007: Guadalajara, México): Universidad de Guadalajara. 16p.

VILLARRAGA SARMIENTO, Álvaro, Reclutamiento y Utilización de la Niñez en el Conflicto Armado Colombiano: Diagnósticos, políticas, medidas y procesos DDR, años 2000. En: CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. Desafíos para la reintegración, enfoques de género, edad y etnia Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. 2013. p. 217-270.

YOUNG, Iris Marion, Responsabilidad por la Justicia. Madrid: Ediciones Morata S.L., y Fundación Paideia Galiza, 2011, 205 p.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA CITADAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (Julio 24 del 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069/2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

ESTATUTO DE ROMA. Artículo 8.2 b, XXVI. Roma (17, julio, 1998) 128p.

Ley 975 de 2005

Ley 1448 de 2011

Ley 742 del 5 de junio de 2002

Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002

Ley 418 de 1997

Ley 599 de 2000

Ley 890 de 2004

Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de 2011

Marco Jurídico para la Paz del 2012

Ley 1424 de 2010

Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la
Acción Inmediata para su Eliminación de 1999

Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño rela-
tivo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000

Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990

Protocolos I y II de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de
Discriminación Racial

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumana-
nos o Degradantes

Convención sobre los Derechos del Niño

Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas

La presente obra es el resultado de una investigación colectiva realizada por docentes del área de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico, relacionada con temas actuales del Derecho Penal, desde la dogmática axiológica, la criminología y la política criminal.

Escanee el código QR para conocer más títulos publicados por el Sello Editorial Universidad del Atlántico



ISBN 978-958-5131-64-4



9 789585 131644 >