

Responsabilidad penal del adolescente dentro del conflicto armado

Adolescent liability in the armed conflict

CARLOS ALBERTO VILLALVA DEL VILLAR

Abogado, especialista en derecho procesal penal. Docente catedrático de la Universidad del Magdalena y de la Universidad Cooperativa de Colombia. Seccional Santa Marta, Juez Segundo Penal del Circuito para Adolescentes de Santa Marta, Colombia.
docentevillalva@yahoo.es

Recibido: Abril 18 de 2012
Aceptado: Mayo 30 de 2012

RESUMEN

La jurisprudencia ha fijado la judicialización como el medio adecuado para garantizar los derechos de las víctimas por encima de los derechos de los adolescentes combatientes, no obstante, sus argumentos, no establecieron como garantizar el derecho de estos adolescentes como víctimas del conflicto por su reclutamiento ilegal, exigiéndose por ello una metodología diferente en la interpretación de los derechos como es la aplicación del test de igualdad que hubiese dado una solución diferente en el punto de no necesitar la judicialización.

En el presente artículo se pretende hacer una reflexión acerca de la judicialización de los adolescentes reclutados ilícitamente por grupos armados y por este hecho pasan a ser parte de las filas combatientes y actores del conflicto armado que vive Colombia y acerca de la tensión de los derechos que se encuentran en conflicto como son los derechos de estos niños y los derechos de las víctimas del conflicto armado.

Palabras clave: *Judicialización, adolescente, víctima, verdad histórica.*

ABSTRACT

The jurisprudence has arranged the judgment as the way of guarantying the victims' rights when in conflict. However, their arguments do not establish the way of guaranteeing the right of these adolescents as victims of the conflict for their illegal recruitment. Therefore, it is necessary a different methodology in the interpretation of rights using the equality test before the actual judgment.

In this reflective article is intended to reflect about the prosecution of teenagers illegally recruited by armed groups. As a result, they become fighters and direct actors of the armed conflict in Colombia. In addition, these rights such as the children rights and the rights of armed conflict victims are in conflict.

Key words: *Judgment, adolescent, victim, historical truth*

Introducción

El conflicto interno en que se encuentra Colombia, ha tomado matices inimaginables que afecta un sinnúmero de derechos fundamentales de la población inmersa dentro del mismo. Se quiere llamar la atención respecto de la condición jurídica en que se encuentran los niños y adolescentes dentro del conflicto armado como ac-

tores del mismo, es decir, aquellos niños-adolescentes que por el reclutamiento ilegal pasan a ser parte de las filas combatientes y en desarrollo del conflicto pueden estar cometiendo toda clase de conductas punibles incluso aquellas consideradas como de lesa humanidad, genocidio, delitos contra el DIH o crimines de guerra. Un informe elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), estableció que para

el año 2000 habían 6.000 niños y niñas vinculados a los grupos alzados en armas en Colombia; mientras que entidades no gubernamentales como Human Right Watch para el año 2004 estimaba que la cifra era de 11.000 niños menores de 17 años vinculados al conflicto. Dada la problemática palpable y de tal magnitud se requieren de una respuesta jurídica urgente y razonable.

Para ello se investigó las posiciones de los máximos órganos judiciales y el tratamiento que le están dando a la problemática siendo éstas simpatizantes que se deben judicializar a los adolescentes en aras de garantizar los derechos de las víctimas, no obstante, se dejó de lado cómo atemperar la limitación de los derechos a los adolescentes que igual tienen la condición de víctimas del conflicto armado.

Bajo estas condiciones los problemas que se abordarán dentro del presente artículo son: ¿Deben los adolescentes actores del conflicto armado ser judicializados por sus acciones? Corolario de lo anterior se abordará el estudio de si ¿Debe prevalecer los derechos de los niños o de las víctimas del conflicto armado?

En esencia estos problemas jurídicos ya tienen pronunciamiento judiciales en las altas Corporaciones judiciales del país, no obstante, aún el tema aunque parezca definido no tiene una respuesta certera y unánime dada la tensión de los derechos que se encuentran en conflicto.

Prevalencia de los derechos de las víctimas

La Corte Constitucional en sentencia C-203-05 en una decisión que no fue pacífica¹ se decidió por dar prioridad a los derechos de las víctimas del conflicto armado, estableció la honorable Corporación:

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

6.4. La respuesta a este interrogante es la siguiente: no se desconoce ni la Constitución Política ni el dere-

cho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se de cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. Estas garantías mínimas, que ya fueron reseñadas en los acápites precedentes, serán sintetizadas en el capítulo final de esta sentencia, y constituyen un catálogo de salvaguardas que deben garantizarse en todos los casos de procesamiento penal de menores combatientes.

Las razones por las cuales la Corte considera que el procesamiento jurídico-penal de estos menores no desconoce las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano, ni es incompatible con la protección especial que merecen por sus condiciones personales, siempre y cuando se respeten plenamente las garantías aludidas, son las siguiente:

6.4.1. Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales –muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente “voluntaria”-, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas – y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales²).

6.4.2. La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino

¹ Salvaron voto los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández

² Sobre el tema de los derechos de las víctimas de delitos, se pueden consultar las sentencias C-228/02 (M.M.P.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería), C-916/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, adoptada por unanimidad), y C-004/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; adoptada por unanimidad), entre otras.

también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes-, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley.

6.4.3. Lo que es claro para la Corte, es que la exclusión *ab initio* y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores combatientes

no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el del reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas conductas punibles desarrolladas por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados –los derechos de las víctimas- que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades.

Secundando la posición de la Corte Constitucional la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también se pronunció sobre el punto coincidiendo en cuanto a que era procedente juzgar a los adolescentes actores del conflicto armado dando prevalencia al derecho de las víctimas siempre y cuando fuesen juzgados por una jurisdicción especial que atienda su condición de menores, expresó la honorable Corporación:

“Corresponde a la Corte resolver el problema jurídico abordado, teniendo en cuenta que se involucran extremos en principio inconciliables, como la obligación de evitar la impunidad, la reivindicación de los derechos a la verdad y a la reparación de que son titulares las víctimas, con los derechos de los niños victimarios.

La condición de juzgamiento de los delitos cometidos por un menor, de acuerdo a los múltiples instrumentos internacionales citados, es que se aplica la legislación especial que rige dicha situación, con indiferencia relativa de que ya hayan superado dicha calidad etaria.

De acuerdo con los parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005 sólo se podrían procesar a menores combatientes, sí, y sólo sí, se respetan de manera estricta los estándares internacionales que regulan el juzgamiento de los menores infractores de la ley penal.

Puestos en ese escenario, lógico resulta afirmar que los menores combatientes colombianos únicamente podrían ser investigados y sancionados al amparo de la legislación especial que regula dicha actividad judicial, vale decir, el Decreto 2737 de 1989 o la Ley

1098 de 2006, según sea el tiempo en que se cometieron las conductas investigadas.

Resulta incuestionable que de un lado se ubican los derechos de las víctimas a que se sepa la verdad, a que se aplique justicia y a que se reparen integralmente las consecuencias dañinas del accionar violento de los ex integrantes de los grupos armados ilegales; y de otra parte, los derechos indiscutiblemente prevalentes de los menores de edad.

Aunque, en un siguiente nivel de abstracción podría afirmarse que no es que estén enfrentados los derechos de unos y otros sino que hacen parte de la misma sinrazón que produce la barbarie de la guerra en la que los mismos combatientes, en tanto menores de edad –reclutados contrariando las normas del Derecho Internacional Humanitario³– son también víctimas de la guerra que libran para la ventaja estratégica de quienes los utilizan en la más infame de las manipulaciones.

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

...“En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.”

Así, la forma apropiada que se ofrece para solucionar la primera parte del problema jurídico, es considerar que los derechos de las víctimas ceden frente a los de los menores, y por tal razón el escenario para discutir las consecuencias jurídicas de las conductas cometidas por el desmovilizado mientras era menor de edad, no es el de la Ley 975 de 2005, sino el espacio generado por el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.⁴

Las decisiones jurisprudenciales inclinan la balanza para el juzgamiento de los adolescentes actores del conflicto

armado para garantizar los derechos de las víctimas, siempre que se respeten las garantías o estándares internacionales previstos para el juzgamiento de menores. El avance en el derecho de las víctimas contrasta con el menoscabo del derecho de los adolescentes los cuales siempre estarán sujetos al proceso penal para adolescentes, respondiendo por las acciones que pudieron adelantar como miembros activos de una de las partes del conflicto. Se dice que en menoscabos de los derechos de los adolescentes puesto que a pesar que en las decisiones judiciales reseñadas les reconocen el carácter de víctimas del conflicto por el reclutamiento ilegal de que son objeto, no se establecen medidas jurídicas para efectos de restablecerles los derechos de su condición de víctima ni dicha condición tiene algún peso para efectos de ponderar los derechos en conflicto, como se puede apreciar se parte de la premisa que la sanción en estos casos tienen una carácter restaurativo y pedagógico pero ello sólo es posible si el menor de edad es judicializado o sujeto de la sanción penal.

Análisis de las jurisprudencias

La decisión de la Corte Constitucional se constituye entonces en el paradigma de las decisiones que posteriormente se han adoptado y que cambió la percepción jurídica del menor combatiente. No obstante, de la extensa jurisprudencia prolifera en precedentes normativos de estándares internacionales que cita, justifican la existencia de una justicia penal especial para adolescente sobre lo cual no existe punto de controversia. De la lectura de la providencia de Corte Constitucional se aprecia una adecuada argumentación encaminada a demostrar que sancionar a los adolescentes por ser infractores de la ley penal no contraviene los derechos fundamentales reconocidos en el orden internacional y nacional a estos sujetos de especial protección. El contexto de la responsabilidad penal del niño infractor de la ley penal no es objeto de discusión sino la responsabilidad del niño infractor de la ley penal dentro del conflicto armado. Así igualmente se advirtió en el salvamento de voto realizado a la sentencia de la Corte Constitucional reseñada:

“Finalmente, es importante aclarar que la situación de los menores desvinculados del conflicto, es distinta a la que se presenta en el caso de los menores infractores de la ley penal. En efecto, como se ha resaltado en esta sentencia, los menores en el conflicto armado tienen la calidad de víctimas del conflicto por ministerio de la ley, y en esa condición, deben ser acogidos por el Estado para restablecerles sus derechos mediante la adopción de medidas o mecanismos que permitan su protección integral, a fin de resarcir en algo la falencia del Estado de permitir ese estado de cosas.

³ Los Artículos 77.2 y 3 del Protocolo Adicional I y el artículo 4º del Protocolo II de 1.977 y a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 prohíben el reclutamiento de menores de edad.

⁴ Ver. Proceso n.º 32889, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P: José Leónidas Bustos Martínez Aprobado Acta No. 57 de febrero 24 de 2010.. PP 30-32.

Por el contrario, cuando se trata de un menor que ha infringido la ley penal, tiene que responder ante el Estado por las consecuencias de su conducta, pero mediante procedimientos especiales diseñados por el legislador (Dto. 2737 de 1989), y en lugares especialmente creados para permitir la resocialización del menor, lejos de cárceles que en lugar de facilitarla, se constituyan en verdaderas escuelas para el crimen.” (Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2005).

En este orden de ideas, las particulares circunstancias del conflicto armado de la cual los niños son igualmente víctimas son las que imponen un tratamiento especial que no puede ser mirado desde la óptica del menor infractor de la ley común, tal como lo contextualizaron las sentencias en mención, para efectos de concluir que no existía un quebrantamiento de los derechos de estos por su juzgamiento en las condiciones especiales establecidas normativamente. La sola existencia del conflicto armado rompe el estado de condiciones normales fácticas como jurídicas de una sociedad y por ende se requieren igualmente una respuesta jurídica extraordinaria acorde con las condiciones especiales del conflicto.

Según la Corte Constitucional desde el punto de vista del derecho comparado también se aprecia la posibilidad de que los niños dentro del conflicto armado sean procesados judicialmente y trae a colación el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, creado mediante Resolución 1315 de 2000 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para conocer de las atrocidades perpetradas durante la guerra civil en este Estado africano el cual tendría competencia –por primera vez en la historia- “para conocer de los crímenes cometidos por menores de edad de entre 15 y 18 años, sujetos a ciertas condiciones y garantías específicas, y con la finalidad de adoptar medidas esencialmente resocializadoras, educativas y protectoras,⁵”. No obstante en la misma Resolución 1315 de 2000 al recomendar la competencia del Tribunal se observa una tendencia a que la judicialización sea muy excepcional, al expresar:

“2. *Recomienda* que el tribunal especial tenga competencia por razón de la materia particularmente respecto de los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como respecto de los delitos tipificados en el derecho pertinente de Sierra Leona que hayan sido cometidos dentro del territorio de Sierra Leona;

3. *Recomienda asimismo* que el tribunal especial tenga competencia por razón de la persona respecto de aque-

llas personas a quienes cabe la mayor responsabilidad por la comisión de los delitos a que se hace referencia en el párrafo 2, incluso, los dirigentes que han puesto en peligro el inicio y la aplicación del proceso de paz en Sierra Leona” (Blanc Altemir, 2003).

Al establecer el criterio de “mayor responsabilidad” sin duda alguna está haciéndose una delimitación sustancial con relación a los niños combatientes pues serán casos muy excepcionales en que estos tengan mayor responsabilidad que los adultos al mando, dado la dinámica del conflicto donde los niños ocupan posiciones de menor rango y con poca capacidad decisoria. De esta manera el Juzgamiento de los adolescentes como actores del conflicto armado solo se puede llevar a cabo de manera muy excepcional, tal como se aprecia en el ámbito de la jurisprudencia internacional citada, y no como la regla general por el simple hecho de ser combatiente.

El criterio diferenciador y que sirve de punto de referencia para poder judicializar a un adolescente y predicar de él responsabilidad penal debe ser la doctrina de “mayor responsabilidad” entendida esta como un criterio objetivo proporcional y relacional consistente en que entre mayor jerarquía que ocupa el adolescente dentro de la organización armada, mayor exigencia en la protección del Derecho Internacional Humanitarios. De esta manera el carácter excepcional de la judicialización debe partir del hecho de que el adolescente ostenta un grado de jerarquía ya sea de *facto* o de *juris* dentro del grupo armado, es decir, que ejerce algún grado de autoridad y control sobre otras personas pertenecientes a la misma organización.

Pero ¿por qué se considera que hay la necesidad de establecer un grado de diferenciación entre los adolescentes combatientes? Porque la mayoría de los adolescentes combatientes son víctimas igualmente del conflicto armado, al igual que las víctimas de sus acciones. Ante la calidad de víctima que ostentan los adolescentes, se encuentran enfrentados los derechos de las víctimas del conflicto armado con los derechos de los adolescentes víctima del mismo derivado del reclutamiento ilegal. En un acto de humanidad con estos menores debe de reconocerse con peso jurídico y no con un simple discurso filantrópico estéril y sin consecuencias, que estos adolescentes no tuvieron la oportunidad de disfrutar esta etapa de la vida en condiciones normales por circunstancias ajenas a su voluntad, viviendo una realidad nugatoria de sus más mínimo derechos; no obstante, la respuesta que ofrece la jurisprudencia nacional es la judicialización, es decir, tratarlos como delincuentes por el simple hecho de haber sido obligados a vivir una vida que en otras condiciones no hubiesen escogido, o en otras palabras, sancionarlos por no haber tenido otra oportunidad.

⁵ Cita de la sentencia de la Corte Constitucional C-203-05. P.P 98.

El método de interpretación de los derechos del adolescente combatiente dentro del conflicto armado

Ante la calidad de víctimas reconocida a estos adolescentes combatientes se propone dirimir el caso concreto aplicando el test de razonabilidad.

En efecto, se constatan dos sujetos que presentan la misma calidad dentro del conflicto armado: "la calidad de víctimas". Una víctima del reclutamiento ilegal y las otras víctimas de accionar del grupo armado del cual hacen parte aquellos ¿qué derechos deben prevalecer? La respuesta que se da a la anterior pregunta sin duda limita el ámbito de protección de los derechos del otro puesto que ambos sujetos tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación por ser, se reitera, víctimas del conflicto armado, no obstante, a la vez son antagonicos, pues el adolescente combatiente también es victimario de los derechos de las otras víctimas del conflicto. Bajo esta óptica habría que determinar si es legítima la medida de judicialización de los adolescentes combatientes sin desconocer sus derechos como víctimas del conflicto armado. Según la Corte Constitucional el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mos-

trado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad⁶. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.
(...)

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato." (Corte Constitucional. Sentencia No. C-022/96).

Siguiendo los parámetros establecidos es claro que la judicialización de los adolescentes en su condición de combatientes por sus conductas atentatorias del derecho a la guerra tiene un objetivo y fin constitucionalmente válido como es la salvaguarda de los derechos de las víctimas civiles dentro del conflicto armado. Sobre este tema prolifera ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre las cuales se puede mencionar: Sentencias C-228/02 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería), C-916/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, adoptada por unanimidad), y C-004/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; adoptada por unanimidad), entre otras.

Pasando al test de proporcionalidad se puede verificar que igualmente la judicialización de los adolescentes constituye una medida útil para garantizar los derechos de las víctimas en particular el derecho a la justicia y que traduce los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en la materia, no obstante, habría que preguntarse si las víctimas les asistiría algún interés de procesar a los adolescentes reclutados ilegalmente. En efecto, no se puede perder de vista que la sociedad en historias tan traumáticas como las originadas en el reclutamiento ilegal, en vez de reclamar la sanción con

⁶ Ver entre otras, las sentencias T-403/92, T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y U-089/95, M.P. Jorge Arango Mejía.

un fin retributivo pierde interés por la misma, y en su lugar la conciencia social entiende que estos niños no fueron más que víctimas como ellos, basta conocer algunas historias de niños combatientes para ver reflejado y palpar la reacción social enunciada, por ejemplo:

“Natalia tiene 16 años. Procede de Kivu Meridional y fue reclutada por la guerrilla cuando tenía 12 años: «Vivía en mi aldea con mi madre y mis hermanos y hermanas. Un día los mayi-mayi atacaron nuestra aldea. Los soldados robaron todo lo que teníamos. Unos días más tarde, la aldea volvió a ser atacada por la guerrilla, que nos acusó de colaborar con los mayi-mayi y proporcionarles comida. Presencí cómo los soldados mataban a muchos de mis familiares de la aldea y violaban a mis dos hermanas y a mi madre. Estaba escondida, pero vi cuántos soldados violaban a mis hermanas y a mi madre. Estaba asustada y pensé que, si me alistaba en el ejército, estaría protegida. Quería defenderme. Una vez en el ejército, aprendí a llevar y a utilizar un fusil e hice guardias nocturnas y diurnas. Era horrible porque yo sólo tenía 12 años y los otros soldados a menudo me golpeaban y me violaban durante la noche. Un día, un comandante quería convertirme en su esposa e intenté escapar. Me capturaron, me azotaron y me violaron durante muchos días. Tuve un hijo cuando sólo tenía 14 años. Ni siquiera sé quién es su padre. Me volví a fugar y esta vez conseguí escaparme. Pero hoy no tengo adonde ir ni comida para el bebé y temo volver a casa porque he sido soldado”. (Amnistía Internacional y Save the Children, 2004).

Es innegable que el deseo de reprensión que reclama la comunidad luego de leer estas historias se ve menguado, en la medida que la condición de víctima de estos niños combatientes sale a relucir fehacientemente como una realidad absurda dentro de la cual no se puede estructurar un juicio razonable que justifique la respuesta ciega de la judicialización.

Ahora, no se puede perder de vista que cuando el menor de edad combatiente pasa de ser un instrumento de la guerra, dentro de la cual no pierde su condición de víctima y por lo tanto sus derechos, a un actor originador de actos de guerra como los menores combatientes que ostentan un grado de jerarquía dentro de la estructura armada por ejercen algún tipo de dirección, control o mando, la judicialización se torna adecuada, porque el menor combatiente por sus condiciones dentro de la estructura armada ya pierde su condición de víctima dado el grado en que se involucra dentro de la estructura armada y el conflicto, asistiéndole el imperativo de ser garante del Derecho Internacional Humanitario. Como guardador de

las normas internacionales debe velar por la protección de los derechos del no combatiendo haciéndose responsables de las conductas atentatorias del mismo.

La jurisprudencia⁷ han señalado que dada la naturaleza de la sanción legal para los adolescentes que tiene fines pedagógicos y restaurativos, la judicialización sería una respuesta adecuada; si bien dicho fundamento podría servir para encontrar satisfecho el requisito de la adecuación dentro del test de proporcionalidad, no lo sería frente al requisitos de la necesidad de la medida puesto que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar consagra un tipo de medidas del orden administrativo que cumplirían los mismos fines de la sanción judicial, luego, la medida de la judicialización respecto a este punto se tornaría innecesaria. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F- para tales efectos cuenta con un programa especializado de protección para los menores de edad que se desvinculen de los grupos al margen de la ley:

“Este inicia en medio institucional para diagnóstico y definición de perfil (hogar transitorio), continúa en Centro de Atención Especializada CAE (para la formación adquisición y desarrollo de habilidades y destrezas formativas, educativas) y culmina con dos opciones transicionales entre la protección y la independencia semi-institucionales (casa juvenil) y socio familiar Hogar-Tutor, este último es considerado por excelencia el privilegio para garantizar el desarrollo armónico de los jóvenes, fortalecer sus destrezas y habilidades de interacción social, con el apoyo de las redes de la comunidad y las instituciones” Suárez Franco B (2004).

En este orden de ideas, el orden jurídico consagra órganos y medios alternativos a la judicialización para los adolescentes combatientes que son desvinculados de los grupos armados, mecanismos que incluso, como se aprecia, pueden tener un mayor grado de efectividad y con una menor injerencia de los derechos fundamentales de las víctimas del reclutamiento armado que aplicarles la sanción previstas para los adolescentes infractores de la ley penal.

En aras de equiparar los derechos en conflictos entre los adolescentes reclutados ilegalmente y las víctimas del conflicto armado, se aprecia que el test de razonabilidad y proporcionalidad revelan que se tornaría injustificado judicializar a los adolescentes en su igual condición de víctimas del conflicto armado, incluso cuando se invoca que la sanción tendría un fin pedagógico; con excepción de aquellos adolescentes que ostentan un grado de jerarquía dentro del grupo armado.

⁷ Ver jurisprudencia citada con anterioridad.

La propuesta

La tensión de los derechos en conflicto que encuentran en el sub-principio de necesidad la inclinación jurídicamente suficiente para descartar la judicialización automática de los adolescentes combatientes, no quiere decir que con ello haya cesado sus deberes con relación a valores sociales e interés general que pretende la sociedad con la resolución del conflicto armado. Se trata de la contribución obligatoria con la verdad histórica que exige la sociedad, incluso con el derecho a la verdad que les asiste tanto a los mismos adolescentes como las víctimas del conflicto armado.

Por eso, se propone que con el apoyo del grupo interdisciplinario del I.C.B.F se abran escenarios propicios para que los adolescentes salientes de los grupos al margen de la ley, primero, narren sus historias de cómo fueron reclutados ilegalmente para develar este tipo de acciones y garantizar que no se vuelven a repetir, y segundo, cuenten las historias de sus acciones en el grupo armado para atemperar el impacto de los derechos sacrificados como es el derecho a la verdad y la no repetición de las víctimas del conflicto armado que hayan podido ocasionar en su militancia. Esta fórmula sería la más apropiada por permitir la menor injerencia en los derechos de los adolescentes protagonistas del conflicto armado y permitiría abrir paso a los intereses que guían a la sociedad inmersa en el mismo, que es conocer la verdad histórica.

El legislador con la Ley 1424 de 2010 ha dado el primero paso, aunque tímido, en la disposición del Estado de sacrificar la judicialización de ciertos delitos por la contribución de los actores del conflicto con la verdad histórica, es decir, que la fórmula propuesta realza como método legítimo la consecución del derecho a la verdad incluso sobre los demás derechos que tienen las víctimas para efectos de alcanzar un fin comúnpreciado que es alcanzar la paz.

De igual manera no se incumplen los compromisos internacionales para la protección de las víctimas adquiridos por el Estado, incluso, si se amplía el margen de aplicación de los propósitos de la ley a toda clase de delitos, en virtud que la Corte Penal Internacional excluyó del Juzgamiento a los menores de 18 años de edad.⁸

La fórmula propuesta traduce los fines Estatales de la reconstrucción de la paz duradera dentro del marco de la reconciliación deseada, sin que se presenten talanqueras de tipo normativo que impiden que el proceso

involucre a todos los actores y toda clase de delitos, incluyendo aquellas que se encuentran excluidos para la legislación de adultos.

Conclusión

La problemática del conflicto armado no puede desconocer la condición de los adolescentes combatientes que son víctimas del conflicto armado y a la vez gozan de la protección por su condición de niños. Su igual condición de victimarios no puede sobreponerse de manera automática a su doble condición de sujetos privilegiado de protección, para efectos de fijar la judicialización como la salida idónea de protección para las víctimas del conflicto armado, sin fijar unos criterios objetivos que permitan adoptar medidas que garanticen igualmente el derecho de los adolescentes combatientes como víctimas del reclutamiento ilegal. Es más, la conciencia social reacciona de manera diferente cuando se trata de adolescentes victimarios luego de conocer las causas por las cuales hacen parte del conflicto, ya que los estaríamos tratando como delincuentes por el simple hecho de no haber tenido otra opción u oportunidad. Lo anterior no desconoce que habrá casos muy excepcionales en donde la judicialización si se muestre adecuada, como cuando el adolescente abandona su calidad de sujeto de protección para convertirse en un sujeto garante del Derecho Internacional Humanitario, como es el caso del adolescente que ocupa un grado de jerarquía dentro del grupo armado ya sea de hecho o de derecho.

La respuesta con menos injerencia en los derechos de los adolescentes y que permite atemperar los derechos sacrificados de las víctimas del conflicto armado es el plan de atención que propone el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, agregando un escenario donde el adolescente pueda contar la historia de su reclutamiento ilegal y las acciones que adelantó en perjuicio de los no combatientes, para contribuir con el derecho que tiene toda sociedad de hallar nuestra verdad histórica con el propósito de lograr un paz duradera, expresión que ya ha encontrado respuesta en ciertas propuestas legislativas que han considerado como legítimo sobreponer el derecho a la verdad por encima de la judicialización para ciertos delitos, límites, que no obstante, no tendrían las intervenciones de los adolescentes combatientes colombianos puesto que para ellos no es procedente el juzgamiento por la Corte Penal Internacional, de tal manera que la propuesta que hacemos conciliaría los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano para la protección de las víctimas del conflicto armado y no presenta obstáculos jurídicos.

⁸ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional estableció en su artículo 26: "La Corte no será competente respecto de los que fueron menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen."

Referencias

Amnistía Internacional & Save the Children (2004) *Niñas y niños soldados* consultado el día 15 de abril de 2012 recuperado de <http://www.edualter.org/material/amnistia/ni%F1os%20soldado.pdf>

Blanc Altemir A (2003). *El tribunal especial para sierra leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario* Consultado el día 15 de abril de 2012 recuperado de http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21545/1/ADI_XIX_2003_05.pdf

La Prensa web. *Peter, niño soldado en Sierra Leona* (2004) consultado el día 18 de abril de 2012 recuperado de <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2004/12/26/hoy/mundo/95265.html>

Suárez Franco B (2004) *imaginarios de jóvenes desvinculados del conflicto armado colombiano y madres tutoras en hogar tutor del ICBF*. Consultado el día 15 de abril de 2012 recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/medicina/tesis10.pdf>

República de Colombia, Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-022 de enero 23 de 1996 M.P: Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencias C-228 de 2002 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett;

República de Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencias C-916 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

República de Colombia, Corte Constitucional. (2003). Sentencias C-004 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-203 de marzo 8 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2010) Proceso n.º 32889, M.P: José Leónidas Bustos Martínez Aprobado Acta No. 57 de febrero 24 de 2010. PP 30-32.

República de Colombia. (2006) Ley 1098 de 2006.

República de Colombia. (2010) Ley 1424 de 2010.