

Principio de oportunidad frente al adolescente desmovilizado del conflicto: un postulado del derecho penal mínimo y una política pública que genera impunidad penal

Principle of opportunity for demobilized adolescent of the conflict: a postulate of the criminal law and public policy that generates criminal impunity

CRISTINA E. MONTALVO VELÁSQUEZ

Abogada, Magister en Derecho; Coordinadora del Programa de Maestría en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Barranquilla; Docente e Investigadora del Grupo de investigación SOCIUS de la Universidad Libre, cmontalvo@unilibrebaq.edu.co

Dirección postal: Universidad Libre: km 7 antigua vía puerto Colombia, Bloque B, tercer piso.

Para citar este artículo

Montalvo Velásquez, C (2015). Principio de oportunidad frente al adolescente desmovilizado del conflicto: un postulado del derecho penal mínimo y una política pública que genera impunidad penal. *Justicia Juris*, 11(1), 71-88.

Recibido: Septiembre 24 de 2014

Aceptado: Febrero 26 de 2015

RESUMEN

La Fiscalía General de la Nación puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, por presentarse la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad; en la investigación realizada partiendo del interrogante: ¿La aplicación del principio de oportunidad en los procesos de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado es un postulado del derecho penal mínimo o es una política criminal que genera impunidad penal?. Se indagó sobre las razones jurídico - sociales que llevan a los funcionarios jurisdiccionales a aplicar el principio de oportunidad en los procesos penales de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado de manera preferente, se realizó una investigación de tipo explicativa, con enfoque cualitativo, los resultados se explicarán en este artículo de investigación

Se utilizaron técnicas primarias, como la entrevista a la Defensora de Familia de Valledupar que intervenía en algunos de los procesos seleccionados, asimismo utilizando técnicas secundarias como la revisión bibliográfica. Atendiendo la técnica de la entrevista, se utilizó como instrumento el cuestionario y respecto de los textos se utilizaron fichas bibliográficas.

Teniendo como objetivo la investigación desarrollada, el análisis de varios procesos penales de adolescentes desmovilizados del conflicto armado, se obtuvo que en Colombia tratándose de estos adolescentes se aplica de manera preferente el principio de oportunidad, lo que ha de llevar a concluir que en los procesos de los mencionados adolescentes no es el Derecho Penal eminentemente sancionador el instrumento que inspira la administración de justicia, sino que se aplica el principio de intervención mínima, donde el Derecho Penal es la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos.

Palabras Clave: *Principio de oportunidad, Impunidad, Adolescente, Desmovilizado, Derecho penal mínimo y Conflicto armado.*

ABSTRACT

The Attorney General's Office may suspend, terminate or waive criminal prosecution, for showing the possibility of applying the principle of opportunity; Starting from the question: Does the application of the principle of opportunity in the processes of adolescents demobilized from armed conflict is a postulate of the minimum criminal law or criminal policy that generates criminal impunity ?, was asked about the legal reasons - leading to social judicial officials to apply the principle of opportunity in criminal proceedings of adolescents demobilized from the armed conflict preferably a type explanatory research was performed, qualitative approach, the results are explained in this article research

Primary techniques were used, including interviewing the Family Advocate Valledupar intervening in some of the selected processes also use secondary techniques such as literature review. Heeding the interview technique it was used as the survey instrument and for the texts used index cards.

Aiming the research carried out, the analysis of several criminal prosecutions of adolescents demobilized from the armed conflict in Colombia was obtained in the case of these teenagers the opportunity principle applies preferentially, which must lead to the conclusion that in the processes of adolescents is not mentioned eminently criminal law sanctioning the instrument that inspires the administration of justice, but the principle of minimum intervention, where the criminal law is the last resort of the social policy of the State to protect the goods applies legal.

Keywords: *Top of opportunity, Impunity, Teenager, Demobilized, Criminal minimum and Armed Conflict*

Introducción

La Constitución Política Colombiana mediante el Acto 03 de 2002, estableció facultades y funciones especiales para que la Fiscalía General de la Nación, como poder aplicar el principio de oportunidad, el cual consiste en determinar si de acuerdo con razones de política criminal, sobre determinada conducta se debe ejercer o llevar a cabo la acción penal, es decir, le dio la "facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia de la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona" (Ibañez, 2005).

No se duda, que es deber del Estado brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de criminalidad y entre dichas expresiones están las conductas punibles cometidas por los adolescentes al interior de un grupo armado al margen de la ley, en donde, no obstante que existen todos los fundamentos para adelantar la persecución penal, la Fiscalía General de la Nación puede suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, taxativamente definidas en los artículos 321 y 324 del código de procedimiento penal colombiano y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías, porque en la actualidad existe una maximización de los derechos de las partes y una protección hacia la víctima, razón

por la cual es más importante los derechos que las formas propias del juicio o el debido proceso y tratándose de los adolescentes desmovilizados del conflicto interno armado, tenemos por un lado que ellos son víctimas del delito de reclutamiento forzado, por lo tanto el derecho penal sería la última opción para tratar las conductas cometidas por dichos adolescentes y se termina aplicando preferentemente en ellos el principio de oportunidad, renunciando el estado en su totalidad a llevar a cabo un proceso penal, pero por el otro lado, no se puede perder de vista que son victimarios o autores de crímenes que cometieron durante y con ocasión a su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con la decisión de aplicar el principio de oportunidad se genera impunidad frente a los hechos de otras víctimas y frente a delitos que requieren verdad, justicia y reparación para las víctimas.

Se tiene que la decisión del Estado, en estos casos no puede mostrar un desbalance, sino debe dar respuesta a todos con garantías de sus derechos y aplicar lo más adecuado con miras a resolver verdaderamente el conflicto. En otras palabras, se intenta dentro del mismo modelo resolver el conflicto, en delicado equilibrio entre víctima y victimario, queriendo encontrar una salida en la resolución del conflicto, en donde se debe además de velar por los derechos de las víctimas, tal como lo expresa la sentencia C - 095 "Los derechos del afectado deben ser considerados cuando se aplique cualquiera de

las causales del principio de oportunidad y no solo en aquellas en que la indemnización a la víctima es consagrada como requisito” (Corte Constitucional Colombiana, 2007).

Asimismo, el novedoso concepto de reparación que no es sinónimo de la indemnización, sino que lo trasciende y da paso al derecho de la víctima a la verdad y a la justicia, que supera el concepto ordinario de la mera reparación, pero que encuentra un equilibrio entre los derechos de las víctimas y entre los fines, políticas y principios que desarrolla un Estado social de derecho, entonces un proceso penal no solo acusatorio, sino garantista; en donde el control interno de las actuaciones, las realiza un juez de garantías no podría hallar viable la aplicación de un principio de oportunidad donde solo se haya satisfecho el derecho de indemnizar, pero no la justicia, ni mínimamente la verdad que le corresponde a las víctimas, es aquí donde la aplicación del principio de oportunidad tensiona y se contraponen a los ideales sociales y por ende renunciar al proceso penal sería una política de impunidad de los crímenes cometidos por los adolescentes al interior del grupo armado.

Atendiendo lo anterior, se planteó en la investigación desarrollada que fue de tipo explicativa el siguiente interrogante: ¿La aplicación del principio de oportunidad en los procesos de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado es un postulado del derecho penal mínimo o es una política criminal que genera impunidad penal? Los resultados del problema planteado se explicarán en este artículo de investigación en tres partes: en la primera se enunciará y explicará brevemente las generalidades y requisitos del principio de oportunidad en Colombia; en segundo lugar se explicará las causales de aplicación del principio de oportunidad en los procesos penales de los adolescentes desmovilizados del conflicto interno armado colombiano, contempladas en el sistema de responsabilidad penal juvenil, lo cual obedece a uno de los postulados del derecho penal mínimo y finalmente se analizará la posible impunidad penal que se genera cuando la Fiscalía General de la Nación renuncia a la persecución penal de los crímenes cometidos por los adolescentes con ocasión a la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

Metodología

El tipo de investigación desarrollada y de la cual es producto este artículo fue una investigación de tipo explicativa, con enfoque cualitativo, debido

a que mantuvo a la autora en la búsqueda de las razones jurídico - sociales que llevan a los funcionarios jurisdiccionales a aplicar el principio de oportunidad en los procesos penales de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado de manera preferente. Estudió que se delimitó teóricamente con la teoría o corriente del Derecho Penal denominada “Derecho Penal Mínimo” y con fundamento jurídico en el principio de la presunción de inocencia. Para lo cual se establecieron relaciones entre cada una de las causales que generaron la aplicación de este principio de oportunidad en 14 procesos de adolescentes desmovilizados del conflicto y el efecto que se generó con la aplicación del mismo, siendo la población analizada 14 adolescentes desmovilizados en Chimlia (Cesar) en el año 2006, que fueron entregados por el Bloque Norte de las AUC en la desmovilización paramilitar llevada a cabo en La Mesa y Chimila (Cesar).

Se utilizaron técnicas primarias, como la entrevista a la Defensora de Familia de Valledupar que intervenía en algunos de los procesos seleccionados, asimismo utilizando técnicas secundarias como la revisión bibliográfica. Atendiendo la técnica de la entrevista, se utilizó como instrumento el cuestionario y respecto de los textos se utilizaron fichas bibliográficas.

Causales de aplicación del principio de oportunidad en los procesos penales de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado colombiano: un postulado del derecho penal mínimo.

En la ley de infancia y adolescencia colombiana (ley 1098 de 2006) se dejó en el pasado los argumentos que privilegiaban el accionar del Estado bajo el influjo de la situación irregular en el ámbito de los derechos de esta población infantil, encontrándose que la norma en su estructura dogmática incorpora los principios de protección integral, interés superior, prevalencia de los derechos, corresponsabilidad, exigibilidad de los derechos, perspectiva de género y responsabilidad parental (Pabón, 2007). En el nacimiento de esta ley, el tema más polémico fue el de responsabilidad penal juvenil, en torno a si podían o no ser responsables penalmente de los delitos cometidos, discusión que fue superada por los planteamientos dados en la Sentencia C-203 de 2005 (Corte Constitucional Colombiana, 2005), según la cual los adolescentes que cometen delitos en Colombia, son a la luz de los tratados internacionales responsables penalmente por sus conductas. Entonces, atendiendo que el derecho internacional de los derechos humanos no solamente prevé y acepta la posibilidad de que los menores de edad

sean considerados responsables penalmente, sino que establece reglas muy claras sobre las garantías básicas que han de rodear los procesos de juzgamiento adelantados contra personas menores de 18 años con ocasión de los hechos punibles que llegaren a cometer. En ese contexto jurídico internacional, la ley de infancia y adolescencia acogió y se sujetó al procedimiento penal vigente y a la Constitución Política, es decir, al procedimiento penal con tendencia acusatoria, en donde por orden de la sentencia citada se le definieron reglas especiales, teniendo en cuenta que debía ser un proceso específico y diferenciado atendiendo su calidad de sujeto de especial protección.

Por otro lado, independientemente de que nuestro sistema penal juvenil este inspirado en un modelo castigador (imposición de penas) o un modelo de protección (otras medidas diferentes de la pena), lo importante para este proyecto es la finalidad que persigue el Estado con dichas medidas, porque no podemos perder de vista que toda teoría o sistema, como conjunto de conocimientos sistematizados para dar explicación científica y racional a cierto fenómeno, contiene en su seno, implícita o explícitamente, una intencionalidad, propia e inevitable a toda estructura de pensamiento humano, la cual nos permite construir bajo un mismo título visiones absolutamente polarizadas. Así, al conformarnos con un derecho penal que analice la legislación penal y el concepto de pena sólo a partir de los textos normativos, se olvidaría la verdadera función de la ley penal y de la pena en la realidad social y la concreta operatividad de las agencias del sistema penal, y nos ataríamos a los conceptos creados por el legislador.

La Ley es un acto político y si el jurista cree que la finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, es lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada inserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, elaborará su conocimiento a partir de un modelo quizás inexistente o falso, porque esa finalidad lejos está de cumplirse en la realidad. Y para apoyar este postulado nos basaremos en la teoría agnóstica de la pena de Zaffaroni, quien parte de la concepción que:

En toda sociedad existen relaciones de poder que intervienen en la solución de conflictos. Toda sociedad o cultura tolera que en la mayoría de los conflictos no intervenga el poder formalizado o, mejor dicho ninguna sociedad admite que en todos los conflictos intervenga ese poder, explicando

que las agencias políticas programan su intervención sobre una parte de la conflictividad mediante los principales modelos Decisorios: A) El Reparador B) El Conciliador C) El Coercitivo D) El Terapéutico E) El Punitivo. No obstante cabe aclarar que dentro de estos cinco modelos mencionados “el modelo punitivo” es poco apto para la solución de los conflictos, pues cuando prisioniza no resuelve el conflicto, sino que suspende, o sea lo deja pendiente en el tiempo, dado que por definición excluye la víctima. De esta manera todos los inconvenientes de las teorías positivas se eluden si se adopta un criterio de construcción Teleológica que tenga por meta la protección de los bienes Jurídicos (Seguridad Jurídica) pero en lugar de caer en la ilusión que protege a la víctima de las demás, asume el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo (Zaffaroni & Alagia, 2000).

Esta teoría permite sostener, entonces, como ninguna otra, que las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la selectividad. Como lo expresa Sarmiento: ningún otro sistema teórico que se afirme en ficciones como la prevención general positiva, negativa o especial puede criticar lo que necesita sostener y como la propuesta última y mediata de este agnosticismo consiste en reforzar el estado constitucional de derecho, es darle cumplimiento a los principios rectores de la Ley de Infancia y Adolescencia que surgen de la constitución política y de las normas internacionales: 1. El interés superior; 2. La prevalencia de los derechos; 3. La corresponsabilidad; 4. La exigibilidad de los derechos; 5. La perspectiva de género; 6. La responsabilidad parental; 7. El ejercicio de los derechos y responsabilidades; 8. El deber de vigilancia del Estado (Sarmiento, 2008). Principios que encierran la finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, que no es otra que la “Protección Integral” es decir, el reconocimiento de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración, y la seguridad de su restablecimiento inmediato, en desarrollo del principio del interés superior.

Es ahí, donde se debe, considerar que en el pensamiento contemporáneo sobre justicia penal de menores, predomina una postura a favor de un derecho penal mínimo para adolescentes, articulado con una política de protección de sus derechos, cuyo contenido sea una oferta amplia de ayuda para la superación de sus dificultades personales,

familiares y sociales: mínima intervención penal y máxima oferta de ayuda, nos llevaría a la efectividad de estas nuevas visiones de la aplicación de verdaderas políticas sociales, tales como la promoción del desarrollo y de la integración familiar, escolar y social de los niños y los adolescentes, porque la disminución de la delincuencia juvenil precisa de la creación de oportunidades para su integración y competitividad en la sociedad, por ello, la perspectiva básica no debe consistir tanto en el control penal de los adolescentes, porque se insiste esta preocupación está dirigida a los resultados que se generan con la delincuencia, y por el contrario debe apuntar a la promoción y protección de sus derechos, de su desarrollo y de su integración, que son las acciones que atiende a las causas que generan el problema de la delincuencia juvenil, en otras palabras hay que sacarlo no solo del conflicto armado, sino del conflicto social con medidas de inclusión social, antes de perderlo definitivamente y para ello se deben acudir a medidas que superen el conflicto y brindarles un trato adecuado que a dichos niños, niñas y adolescentes que conlleve a una adecuada y real prevención, en palabras de Luigi Ferrajoli: “Sólo una reducción considerable de la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal” (Ferrajoli & Traducción: Antolin).

No resulta sencillo abordar estos temas, pues remiten al fin general del derecho penal, en donde la doble finalidad preventiva (positiva y negativa), consiste en la minimización de la violencia en la sociedad, siendo razón construida tanto el delito, como la venganza. Considera, Martínez, que en ambos casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo. Mas la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal está dirigida a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte punitiva la razón construida, expresada por la venganza o por otras posibles razones informales (Martínez, 1990.).

Se considera, que concibiendo de esta manera el fin del derecho penal es posible formular una adecuada teoría de justificación, como asimismo de los vínculos y de los límites y por lo tanto de los criterios de deslegitimación de la potestad punitiva del Estado, porque un sistema penal puede decirse

está justificado únicamente si la suma de las violencias delitos, venganzas y punitivas arbitrarias que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas. Se puede decir, no obstante, que la pena está justificada como mal menor, esto es, sólo si es menor, o sea menos aflictiva y menos arbitraria respecto a otras reacciones no jurídicas y más en general, que el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos son los costos del derecho penal respecto a los costos de la anarquía punitiva. Retomando a Ferrajoli, el padre del garantismo penal, podemos encontrar una excelente justificación de la reducción de las penas o de la no aplicación de las penas como la forma adecuada de garantizar derechos:

“... una doctrina garantista del bien jurídico debe procurar su eliminación o al menos su reducción. En esta perspectiva, toda nueva fundamentación del derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela. Al mismo tiempo, semejante reformulación supone una revaloración de los bienes sustraídos a las penas, ya que, la relación entre delitos y penas señala no solo el valor social asociado a los bienes ofendidos por las primeras, sino también el valor asignado a los bienes sustraídos de las segundas. Y es claro que el grado de civilización de un ordenamiento se mide sobre todo por este segundo valor y por ende, por la economía de las prohibiciones y de las penas, o bien por el grado de tolerancia social expresado ante la conducta desviada sobre todo si esta no ofende los derechos fundamentales de las personas. Un programa de Derecho Penal mínimo debe entonces apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente tutelados por la ley, por lo tanto a una drástica reducción de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica (Ferrajoli & Traducción: Antolin).

Con el anterior planteamiento, Ferrajoli invita a la sociedad a ser un poco tolerantes con el delito y a asumir un grado de comprensión de sus ordenamientos para alcanzar la civilización, en donde la política criminal debe optar por la economía de las prohibiciones y la no exagerada imposición de

penas para los delitos, sobre todo si esta no ofende los derechos fundamentales de las personas.

Ahora corresponde entonces, analizar las conductas cometidas por los adolescentes excombatientes y se considera que desde todo punto de vista, resulta diferente de cualquier otro delito, desde el sujeto que la comete hasta el tratamiento que se le brinda. Por eso, para poder hablar de la responsabilidad penal del adolescente excombatiente en Colombia, se debe precisar primero, que el texto del código de Infancia y Adolescencia nació como un intento de proteger a los menores que se desvinculaban del conflicto armado, ya sea mediante entrega voluntaria, captura o entrega por parte del grupo al que pertenecían. Segundo, hay que subrayar brevemente que se establece un procedimiento y beneficios socio-económicos distintos para el menor que se desvincula de forma voluntaria o involuntaria (estableciendo, claro está, tratamiento preferente al primero), y ello resulta contradictorio, pues en la mayoría de casos, ni siquiera la vinculación ha sido voluntaria, es decir, que si ya es bastante discutible la voluntariedad de la vinculación, también lo es hablar de la referida a la desvinculación del grupo. De otra parte, no hay que olvidar que los menores podrán recibir estos tratamientos especiales hasta el cumplimiento de los dieciocho y una vez cumplida esta edad, no existen programas de seguimiento específico de estos casos, a algunos menores les proporcionan algunos beneficios socioeconómicos, pero al salir del centro no cuentan con apoyo institucional especialmente destinado a estos casos, que les ayude a reubicarse dentro de la sociedad, a buscar a su familia, ni a proteger su integridad ni su vida (ICBF, OIM, SAVE THE CHILDREN, DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2008).

Se considera, que el problema de estos menores no puede pretender solucionarse a través del Derecho, menos aún del Derecho Penal mínimo, sino mediante políticas sociales. En este orden de ideas, estaría en situación irregular el menor que haya sido reclutado u obligado a participar directa o indirectamente en hostilidades o acciones armadas, con ocasión y en desarrollo de un conflicto interno. Ahora bien, lo que se considera vinculación voluntaria, es algo muy relativo, pues si se profundiza en sus motivaciones tendremos que ver que por pobreza, desempleo, desigualdad y falta de referentes afectivos, hacen que vean la vida en el grupo armado como un proyecto de vida aceptable. Sin embargo, su supuesta voluntariedad se termina cuando no pueden salir del grupo cuando lo deseen, lo que lleva a establecer que debe brin-

darse el mismo tratamiento a ambos, sin importar si la desmovilización fue voluntaria o no.

A la luz del Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales. En el tema que nos interesa, es decir, en relación con el principio de oportunidad, dos disposiciones especiales estableció el legislador en el código de infancia y adolescencia, que son las consagradas en los artículos 174 y 175 de la ley 1098 de 2006, de tal forma que en lo demás el operador jurídico debe estarse a lo dispuesto en la Ley 906 de 2004. Contempla el artículo 174 de la ley 1098 del 2006:

Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños. Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación del principio de oportunidad....”.

Es claro que cuando el artículo 174 alude al principio de oportunidad, no lo hace para señalar que sólo es aplicable por consenso, sino para indicarles a las autoridades judiciales que dicho principio tiene una aplicación preferente por ser un principio rector de la actuación judicial dentro del sistema de responsabilidad para los adolescentes, aspecto que marca sin duda alguna la política criminal del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, con una diferencia trascendental respecto de la proyección de este principio en el procedimiento penal de los adultos, en donde, se aplica de manera excepcional y no de manera preferente. Pero, a pesar que el artículo 174 de la Ley 1098 del 2006 alude genéricamente a la aplicación preferente del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad para adolescentes, de un análisis detallado de las causales contenidas en la Ley 906 de 2004 y teniendo en cuenta que el código de Infancia y Adolescencia dispone expresamente que podrá aplicarse la Ley 906 del 2004 en los procesos de los adolescentes en tanto sea compatible con los principios que inspiran la legislación específica para la niñez y la juventud, entonces puede deducirse que algunas causales contempladas en la Ley 906 del 2004 podrán aplicarse a los adoles-

centes, como lo serían frente a los llamados delitos de bagatela, donde la Corte constitucional en Sentencia C-095, magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra consideró en la aplicación del principio de oportunidad, en cuanto a la “mermada significación jurídica y social” que no es clara ni precisa, al respecto dijo la Corte Constitucional:

Justamente la mermada significación social de una conducta punible es la causal que en el Derecho comparado resulta ser más común como motivo de aplicación del principio de oportunidad penal. Se trata de los llamados por la doctrina “delitos bagatela”. Según los datos que suministra la misma demanda, dentro del grupo de países seleccionados como muestra para hacer un estudio relativo al tipo de causas que usualmente son admitidas para este propósito, el criterio de insignificancia del hecho es admitido en todos ellos. Ahora bien, la mermada significación social de una conducta proviene de una serie de circunstancias como, por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio, ingesta de medicamentos, etc.), el poco valor del objeto del delito en los tipos penales que protegen el patrimonio económico (hurto de una fruta), el contexto social en el cual la conducta se ejecuta, o cualquiera otras que sólo se conocen en las circunstancias concretas e infinitas en posibilidades que compete conocer al fiscal en cada caso, y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión.

A juicio de la Corte Constitucional, tal gama de posibilidades es imposible de reducir en concretas y muy precisas fórmulas legales, pues la naturaleza de las cosas hace que no sea factible prever de manera general, impersonal y abstracta, pero al mismo tiempo completa precisay determinada, este amplísimo espectro de hipotéticas situaciones. Así pues, es la naturaleza misma de las cosas la que obliga a reconocer al fiscal facultades evaluativas de la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible. Esta noción sólo puede ser precisada en cada caso, pero que responde a criterios de valor con cierto grado de objetividad social en el contexto histórico respectivo. Cuando se esta frente a las conductas punibles cometidas por un adolescente al interior de un grupo armado ilegal o frente a los hechos que comete dicho adolescente atendiendo su pertenencia a una organización al margen de la ley, por lo

general se esta frente a conductas que vulneran el Derecho Internacional Humanitario, que vulneran los Derechos Humanos, es decir, se está frente a grandes violaciones de los Derechos de los Seres Humanos, lo que haría imposible, que un Fiscal argumente que la conducta que se cometió es de una mermada significación jurídica y social. Podría colocar como ejemplo las mal llamadas limpiezas sociales realizadas por los paramilitares, en donde terminaban asesinando a toda una comunidad en donde los desvalores existen precisamente por las condiciones de vulnerabilidad y abandono en que el mismo sistema los ha colocado y los mantiene por la imposibilidad de garantizarles sus Derechos. Entonces, ¿cómo argumentar, la aplicación del principio de oportunidad a un adolescente que hizo parte de grandes violaciones de los Derechos Humanos, como lo son las mal llamadas limpiezas sociales que realizaban los paramilitares?, no podría argumentarse que acabar con toda una comunidad le hace bien a la misma y que lo realizado tiene una mermada significación jurídica y social, por citar uno de tantos supuestos de hecho. Sin olvidar, que taxativamente el parágrafo 3 del artículo 324 del C.P.P contempla la prohibición de aplicar el principio de oportunidad tratándose de violaciones de los Derechos humanos y con justa razón, pues sería incumplir el compromiso internacional de investigar y juzgar este tipo de vulneraciones, que bajo ninguna circunstancia en nuestro país pueden quedar impunes como producto de beneficios o políticas que signifiquen el olvido de lo sucedido. Pero, como las reglas de Beijing contemplan la creación de un SRPJ especial y diferente en relación al adulto, es por eso que en CIA, al hacer una interpretación de la aplicación del principio de oportunidad se encuentra que se alude a algunos interrogantes planteados desde la teoría del derecho penal mínimo, tales como:

“¿Por qué castigar?, imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes que son, respectivamente, el máximo bienestar posible de los que no se desvían y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la limitación de los arbitrios y de la minimización de la violencia en la sociedad. Asignando al derecho penal el fin prioritario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los desviados, además del fin secundario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los no desviados, se evitan así las auto justificaciones apriorísticas de modelos de derecho penal máximo y se aceptan únicamente las

justificaciones a posteriori de modelos de derecho penal mínimo. Reconocer la que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, al que no sirve encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializante y de hecho, por último, siempre aflictivo. Siendo un mal, sin embargo, la pena es siempre justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales, y si (y sólo si) el condenado obtiene el bien de substraerse gracias a ella a informales punitivas imprevisibles, incontroladas y desproporcionadas. Y esto, es suficiente para que dicha justificación no entre en conflicto con el principio ético kantiano que por cierto es también un criterio meta-ético de homogeneidad y de comparación entre medios y fines según el cual ninguna persona puede ser tratada como un medio por un fin que no es el suyo. La pena, en efecto, como se ha dicho, está justificada no sólo “ne-peccetur”, o sea en el interés de otros, sino también “ne-puniatur”, es decir, en el interés del reo de no sufrir abusos mayores (Ferrajoli & Traducción: Antolin).

El anterior interrogante, lleva a considerar, la causal de aplicación del principio de oportunidad “cuando la persecución penal de un delito comporta problemas sociales más significativos” descansa en el principio de proporcionalidad, que llama a no sancionar penalmente sino aquellas conductas que realmente constituyan una amenaza para la convivencia pacífica, y no un reclamo social justificado. Se considera que únicamente será constitucionalmente admisible aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá en todo caso estar constitucionalmente justificada, y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida (Poveda, 2005).

Ahora bien, en la aplicación de esta causal bajo examen el fiscal debe motivar específicamente la decisión, tener en cuenta los supuestos fácticos y exponer por qué la persecución penal produciría mayores problemas sociales que la falta de ejercicio de la acción penal. En todo caso, esta decisión del fiscal siempre estará sujeta a la revisión del juez de control de garantías y a la intervención del Ministerio Público. Bajo este supuesto, es más factible que en el proceso penal iniciado a un adolescente desmovilizado del conflicto armado,

el fiscal argumente la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta que la estigmatización y castigo a la que será sometido el adolescente le generaran traumas más difíciles de superar que los ya vividos al interior de un grupo armado al margen de la legalidad y más dificultades psicológicas, familiares y sociales que las padecidas por las carencias propias del sistema y del entorno que lo llevaron a estar en medio de un conflicto armado producto sin lugar a dudas de una cadena de vulnerabilidades de las que son corresponsables el estado, la familia y la sociedad en general, en donde, sancionar terminaría agravando la cadena interminable de vulnerabilidades en la que estaba y está el adolescente. Sin lugar a dudas, esta causal sería de fácil aplicación en los procesos de los adolescentes en general, sean combatientes o no, debido a que el sistema de responsabilidad penal juvenil busca la protección del menor, busca garantizar sus derechos consagrados en normas nacionales e internacionales y su restablecimiento en caso de quebrantarse. Lo anterior inspirado o en desarrollo de políticas sociales, en donde el ejercicio del ius puniendi debe ser la ultima ratio, tal como lo plantea el derecho penal mínimo, al considerar que la persecución penal o no de una conducta. Además la política criminal que se aplique en determinado momento siempre será coyuntural y obedecerá a lo que el gobierno de turno crea conveniente. En este sentido, mediante sentencia C-988 (Corte Constitucional Colombiana, 2006), con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, se ha precisado:

Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Entonces, el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos, pudiendo incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de los bienes jurídicos tutelados, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga

en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.

Atendiendo, esos criterios de razonabilidad y proporcionalidad es que puede aplicarse el principio de oportunidad, en casos expresamente determinados en el código de procedimiento penal y en la Ley 1312 de 2009 para optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir, de acuerdo con conveniencias político criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado; medida que sin lugar a dudas pasa por encima de los derechos de verdad, justicia y reparación de quien fue víctima de esa conducta, pero hay razones que llevan a que el derecho penal no se active en estos casos y se le mire como la última opción. Asimismo, si el ejercicio de esta potestad de aplicar el principio de oportunidad incidiera en el goce de derechos constitucionales de otras personas, entonces las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser proporcionales, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar.

Resultados

Impunidad penal de los crímenes cometidos por los adolescentes con ocasión a la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley por aplicación del principio de oportunidad.

Atendiendo que es la Fiscalía en nombre del Estado quien decide la aplicación del principio de oportunidad, se considera entonces que también es un instrumento de “política criminal”, cuya aplicación responde a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. La sentencia C-873 de 2003, definió la política criminal como

...una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política, dentro del marco de la política criminal del Estado y no estrictamente jurídica,

lo que comprensiblemente genera preocupación por la forma en que podría ser aplicado, ya que su

inadecuada utilización puede traducirse en la desnaturalización de este mecanismo, que requiere para su aplicación darle suficiente discrecionalidad a la Fiscalía.. Además, si el debate sobre la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal no se limita a aspectos meramente jurídicos, se tiene que en cada caso será fundamental establecer si los presupuestos fácticos de las diferentes normas que resulten aplicables están suficientemente acreditados, como por ejemplo el nivel de daño causado, el perjuicio físico o moral sufrido por el sujeto activo y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche de culpabilidad, entre otros, que será lo que finalmente conlleve a la fiscalía a decidir renunciar al ejercicio de la acción penal.

Por otro lado, la decisión de prescindir de la acción penal guarda relación con aspectos constitucionalmente importantes, como los siguientes:

En primer lugar,

...constituye un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, porque aunque se trate de una decisión en principio favorable al implicado, no tiene el mismo alcance de una preclusión o de una archivo, pues mientras en estos eventos generalmente se parte de que no hubo conducta punible, en el primero se asume que el ciudadano ha actuado al margen de la ley (Bedoya, Guzman, & Vanegas, 2010).

Planteamiento este que desarrolla el artículo 327 del C.P.P:

..... “la aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la fiscalía no podrán comprender la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

De otro lado, como quiera que la aplicación del principio de oportunidad generalmente conlleva la no realización del juicio oral, es posible que su aplicación comprometa el derecho de las víctimas a conocer la verdad. Resultando fundamental que para la aplicación de dicho instituto que se logre un conocimiento razonable de los hechos, en pro de que las víctimas tengan acceso a lo que la Corte Constitucional ha denominado “un principio de verdad”, que permita un adecuado equilibrio entre los derechos de los afectados con la conducta punible y los importantes fines que pueden lograr-

se con la aplicación del principio de oportunidad (Bedoya, Guzman, & Vanegas, 2010).

Como se observa, es necesario para la aplicación del principio de oportunidad la ponderación de los beneficios objetivos generales de su aplicación respecto a los perjuicios que se causen a los derechos fundamentales implicados en el caso concreto; y para ello el fiscal debe apoyarse en el principio de proporcionalidad y otras de las manifestaciones que hacen parte integrante del ordenamiento procesal penal actual. De una forma más explícita e ilustrativa, se puede mencionar ciertos eventos, por ejemplo, tratándose de delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio; cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social. Así mismo, procede cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del Estado; cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. En este sentido, escribía Miguel Fenech:

...Los casos concretos que la realidad presenta son tan dispares y tienen unas características tan propias que a veces puede parecer preferible la no apertura de un proceso penal, bien porque sea tan escasa la relevancia del hecho que debiera fundar el comienzo del mismo que no merezca la pena de poner en movimiento todo el complicado aparato de la justicia penal, bien por la razón contraria, porque sean tan graves las consecuencias que puedan temerse de aquél que se estime preferible no intentar siquiera la persecución (Fenech, 1959).

Retomando, el real sentido del principio de oportunidad, es decir, como criterio de pura política criminal, debemos recordar que dentro de los límites del artículo 250 de la Carta Política, la Fiscalía General de la Nación, en los casos que establece la ley, puede aplicarlo, porque a pesar de existir la facultad de adelantar una investigación penal para hallar la verdad de los hechos, se estructura una necesidad basada en “la carencia de importancia de la sanción”; la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible, causal

que se refiere a los denominados “delitos bagatela”; “la reparación integral de las víctimas” y “la existencia de problemas sociales más significativos”; criterios que aunque están regulados por la ley de manera taxativa, tienen una naturaleza que le es propia a los lineamientos de la política criminal del Estado, entre otros, el derecho penal mínimo, como ya lo expusimos en el acápite anterior y el carácter fragmentario del derecho penal. Se considera que con la aplicación del principio de oportunidad no se puede llevar a cabo la búsqueda de la verdad, de ahí que se afirme que genera impunidad penal; este instituto busca realmente el archivo del proceso para cumplir con unos objetivos propios de la política criminal del Estado, no obstante que existen elementos de prueba que permiten inferir la estructura del delito y la autoría o participación de la persona; lo que fundamenta su aplicación es minimizar la aplicación del derecho penal, la búsqueda de una solución al parecer más humana y razonable, proteger a la víctima de una segunda victimización, procurar que la víctima obtenga, cuando ese es su interés, una indemnización integral o una reparación simbólica, lo que podríamos denominar criminología de la tolerancia, en fin, la aplicación de los conceptos básicos que pueden llevar a la convivencia pacífica, pero que no aseguran justicia para la víctima de crímenes atroces. Es por ello que según García Méndez, la finalidad de la política criminal con la aplicación del principio de oportunidad es:

...Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el ius - puniendi suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena (García, 2009).

Por otro lado, se tiene que se incurre en una omisión legislativa al no excluir su aplicación en los casos de graves violaciones de los Derechos Humanos, tal como lo expresa la Sentencia 936 (Corte Constitucional Colombiana, 2010), en donde, en buen momento se acusó de inconstitucional el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la ley 1312 del 2009, el cual expresaba:

Artículo 2. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así: Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los

siguientes casos: [...] 17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Para los efectos de este numeral el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad. Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002. Para la aplicación de esta causal el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la Que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal. (.....) Parágrafo 3°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

En dicha sentencia 936 del 2010, en primer lugar la Corte Constitucional determinó que el numeral 17 del artículo 2° de la ley 1312 de 2009, no configuraba un instrumento que inserte el principio de oportunidad que busca aplicarse al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, en el marco de la denominada justicia transicional o proceso de justicia y paz contemplado en la ley 975 del 2005, atendiendo que solo contempla dicha aplicación para los desmovilizados no postulados o acogidos a la ley de justicia y paz. Manifestando:

“..... En realidad, se trata de una reforma legislativa a una institución jurídico-procesal como es el principio de oportunidad, el cual forma parte de la política criminal ordinaria del Estado. Con esta modificación, se pretendía resolver un problema de contenido político, por medio de una institución jurídica

constitucional que se rige por el principio de legalidad (art. 250 C.P.)...”

A juicio de la Corte, no es posible la aplicación del principio de oportunidad a la desmovilización masiva de miembros de grupos armados al margen de la ley, a la luz de los criterios de ponderación que se establecieron, en la sentencia C-370 de 2006 para los procesos de justicia y paz, toda vez que se trata de regulaciones con finalidades distintas. En efecto, la denominada Ley de Justicia y Paz, había sometido a la justicia, bajo determinadas condiciones de verdad y reparación y se preveía la imposición de penas alternativas, con la posibilidad de aplicar las ordinarias, si se incumplían los compromisos asumidos. Por el contrario, la Ley 1312 de 2009 sin establecer elementos de justicia, verdad y reparación a las víctimas, autoriza a la Fiscalía y a la Rama Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad resulta inadmisibles. En este sentido:

“.....El precepto acusado no se inscribe dentro de un acuerdo político de reconciliación que conlleve cierta flexibilización de los principios que dominan el ejercicio de la función judicial, lo cual permite un modelo de justicia transicional. En esencia, se trata de una adición al proceso que se aplica para impartir justicia ordinaria, que de manera injustificada introduce un trato privilegiado a un grupo de destinatarios de la acción penal....”

Advirtió la Corte, que aún en situaciones de justicia transicional, la comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. Al mismo tiempo, la comunidad internacional ha admitido que la justicia transicional es una forma especial de administración de justicia para situaciones de tránsito a la paz, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban en todo caso, algún tipo de sanción. Para la Corte, como quiera que los fines de una justicia transicional son específicos y muy distantes de aquellos que persigue la administración de justicia ordinaria, resulta

arbitrario introducir dentro del modelo de justicia orientado a desarrollar la política criminal del Estado, un elemento que excluye a ciertos sujetos del ámbito de la justicia y justificar tal exclusión con un discurso de justicia hacia la paz.

Más exactamente, la Corte encontró que la causal establecida en el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, vulnera el postulado del orden justo que el Estado debe promover, habida cuenta que establece una renuncia unilateral a investigar, sin que de otro lado se introduzca requisitos que satisfagan las exigencias de justicia, de verdad o de reparación. Esta laxitud en la regulación, vulnera la dignidad y los derechos de las víctimas protegidos por diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar en materia de graves violaciones de derechos humanos y a no promover la impunidad. A lo anterior se agrega que el principio de oportunidad, como instrumento de la política criminal ordinaria del Estado, parte del deber de la persecución penal, que por ello, la renuncia a ese deber de persecución debe estar fundada en criterios de: insignificancia; interés de la víctima; formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos y colaboración con la justicia, es decir, que la corte consideró la causal que se cuestiona no responde a los criterios señalados, quedando claro, que el legislador incumplió su deber de establecer causales que guiaran la labor del órgano investigativo, para no desconocer flagrantemente la exigencia de verdad y de justicia para las víctimas.

Particularmente, se considera que le corresponde al legislador establecer la política criminal para los procesos de justicia y paz, siempre que se desarrolle conforme a los imperativos constitucionales y del orden internacional de los derechos humanos, entre ellos, la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación y que sin lugar a dudas la norma acusada contribuía con la impunidad de posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos. Además, cuando se fijan las figuras a aplicarse en un proceso transicional no es fácil decidir cuales efectivamente contribuirán a un proceso de paz y cuales finalmente no. Se trata más bien de ceder un poco en las sanciones, pero jamás en renunciar a la justicia, a la verdad y a la reparación, principios que orientan un proceso transicional. Coincidimos con la decisión de la corte en que se vulnera sin lugar a dudas, con este el derecho de las víctimas a acceder a la justicia (Art. 229 C.N.) y todos los demás derechos que un orden justo (Art. 1 C.N) debe garantizarles, por lo tanto, con la incorporación en la ley procesal penal de dicha causal para la apli-

cación del principio de oportunidad, se vulnera el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Atendiendo a los argumentos planteados por la corte en dicha sentencia, desde ya nos adelantamos a considerar porque frente al adolescente desmovilizado del conflicto armado no se vulneran los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas cuando se aplica el principio de oportunidad frente a los hechos cometidos por los adolescentes con ocasión a su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley. Consideramos que lo que permitió establecer este instituto en el código de infancia y adolescencia, fue la ponderación de derechos del adolescente frente a los derechos de las víctimas y por supuesto los fines a lograrse con la persecución penal de estos delitos cometidos por los adolescentes excombatientes y los fines de la pena. Atendiendo que estamos frente a el adolescente, víctima del delito de reclutamiento forzado, víctima de una cadena de vulnerabilidades en donde el Estado, la sociedad y la familia son corresponsables de ese estado de olvido, y al mismo tiempo estamos frente al adolescente victimario o autor de violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, entonces en estos casos debió analizarse el derecho a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no impunidad que tienes las víctimas frente al derecho de restablecimiento del adolescente, como principio que orienta el sistema de responsabilidad penal juvenil, no de manera preferente, sino al parecer de manera obligatoria, según lo que contempla el artículo 175 del código de infancia y adolescencia:

Artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia: “La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando:

1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.
2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitirán al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.

3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.
4. Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

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

Parágrafo. No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma.

Como puede observarse, dicho artículo plantea la posibilidad de que la fiscalía renuncie a la investigación penal, si el adolescente incurrió en conductas típicas, relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas, pero sometido por ejemplo a coacción o miedo insuperable, así como actuar por necesidad, o por la imposibilidad de no poder orientar su comportamiento hacia otras formas de participación social, situaciones que encuadran más bien en causales de justificación, que iniciada la acción penal, llevada a cabo la investigación, incluida la víctima y sus derechos, seguramente no se llegaría a atribuir responsabilidad penal al adolescente y por tanto la decisión ha de ser la de solicitar la preclusión de la investigación por inexigibilidad de la conducta y no la renuncia a la acción penal con la aplicación del principio de oportunidad en donde no se hace el mínimo esfuerzo por investigar las conductas cometidas por el adolescente con ocasión a la pertenencia al grupo armado, que de tratarse de violaciones graves al derecho internacional humanitario o de crímenes de lesa humanidad no pueden dejarse impunes y mucho menos pasadas por alto con medidas o políticas públicas como el principio de oportunidad.

Tampoco, esta problemática es cuestión de responsabilidad individual del adolescente, en donde se tiene la obligación o la necesidad de sancionar a alguien por ser responsable de algo, sino que hay que recurrir al tema de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad, atendiendo que el Estado tiene el deber de protección a los adolescentes y si no lo hace, es corresponsable de las

conductas cometidas por estos y tendríamos a un adolescente doblemente vulnerado.

En entrevista realizada a una Juez de menores de la ciudad de Valledupar y a una Defensora de Familia de la misma ciudad, expresaron los funcionarios que el desmovilizado Bloque Norte de las AUC entregó en los municipios de la Mesa y Chimila (Cesar) al momento de desmovilizarse un total de 27 menores, los cuales fueron incorporados al programa de la Alta Consejería para la Reinserción después de alcanzada la mayoría de edad. Antes de llegar a la mayoría de edad, estuvieron en hogares transitorio, en centros de atención especializada y en hogares gestores. Así mismo, nos manifestaron que a los 27 menores les iniciaron procesos judiciales, los cuales terminaron con Preclusión de la investigación algunos y en otros casos la decisión fue inhibirse de abrir investigación alguna (Villalobos & Quiroz, 2010).

Decisión que evidentemente se aleja de lo planteado en el artículo 175, atendiendo que aunque algunas de las causales para precluir una investigación, son las mismas que para aplicar el principio de oportunidad, los motivos y las consecuencias de aplicar una u otra, no son los mismos. Si la decisión es renunciar a investigar, por un lado, no hay justicia, no hay verdad, tan solo se aprecia la condición de víctima del adolescente de reclutamiento forzado y sus circunstancias de vulnerabilidad al interior del grupo armado, por el otro lado, la renuncia a investigar implica impunidad para las conductas cometidas por el adolescente y olvido para la víctima de dichas conductas que por lo general son graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Mientras, que si la decisión, es precluir la investigación, esto acarrea que el proceso inició, que los estándares mínimos de justicia se activaron, pero se demostraron causales que excluyen su responsabilidad penal; así mismo, la decisión de precluir es coherente con lo estipulado en sentencia C-203 de 2005, en donde se manifiesta que los menores de edad desvinculados son considerados víctimas del conflicto armado pero dicha condición no los exime per se de toda responsabilidad penal, no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal (Corte Constitucional Colombiana, 2005).

Sin lugar a dudas, la aplicación del principio de oportunidad, deja impune conductas que atentan contra el derecho internacional humanitario

y quebranta principios y derechos de las víctimas de las conductas cometidas por el adolescente. Así mismo, teniendo en cuenta los datos arrojados por los estudios realizados por el ICBF y por la entrevista recepcionada a los menores desmovilizados del conflicto por parte de la Defensora de familia de Valledupar, es evidentemente que en estos adolescentes existen factores específicos de vulnerabilidad en términos de desprotección parental, desprotección familiar y Estatal. En la entrevista recepcionada a las funcionarias del ICBF y del Juzgado de Menores de Valledupar, se nos dio a conocer que tan sólo el 43,9% de niños, niñas y adolescentes desvinculados vivía con sus dos padres antes de la vinculación (Villalobos & Quiroz, 2010). Las condiciones sociales, económicas, familiares y culturales influyen inequívocamente para que un adolescente establezca o estime de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, que seguir soportando adversidades. Sin lugar a dudas las situaciones de marginamiento social, económico y cultural no le permiten al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad, tal como lo contempla los numerales primero y segundo del mencionado artículo 175 del C.I.A. Pero, esas circunstancias encierran realmente un estado de necesidad.

Finalmente, en cuanto a la causal tercera establecida en el artículo 175 del C.I.A, el cual establece la aplicación del principio de oportunidad para aquellos adolescentes desmovilizados del conflicto que no estaban en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social, es decir, que frente a niños, niñas y adolescentes cercanos a las manifestaciones del conflicto armado, la fiscalía podrá renunciar a la persecución de la acción penal. Esta causal lleva a pensar, en adolescentes rodeados de actos de violencia en su hogar, adolescentes que les toca experimentar en su entorno actos de violencia severa, en donde quizás les toque presenciar tomas armadas, masacres, desplazamiento forzado, presenciar amenazas hacia sus familiares y sobra decir cómo influye si el adolescente tiene familiares en algún grupo armado ilegal.

En este aspecto, se resalta que durante una jornada de entrevistas a víctimas en el municipio de ciénaga (magdalena), que se realizó en septiembre del 2010 con el Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de reparación y Reconciliación (Fundación Memorias de Luz; Organización Internacional de Migrantes -OIM-; Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación -CNRR-, 2010), las víctimas mientras relataban su historia de violen-

cia aseguraban que su hijo era militar, manifestaban como los policías y los militares hacían valer las leyes y el orden en las veredas y corregimientos cercanos a ciénaga, agrupados bajo el municipio de zona bananera, fundación, entre otros municipios, pero al cuestionarlos por la vestimenta del supuesto militar o policía y al escuchar que los conocían con alias, entendíamos que existía una conciencia mal generalizada de asumir como fuerzas legales o autorizadas de hacer cumplir las leyes y del orden de estos municipios a paramilitares y guerrilleros, en esos momentos asumimos que para ellos el olvido estatal los llevó a crecer creyendo y a estar totalmente convencidos de que un grupo armado ilegal era la única forma de establecer el orden entre ellos, afirmación que nos atrevemos a realizar porque en más de una ocasión se tuvo que escuchar frases como esta: “mi hijo era ratero y por eso lo mataron”. Estas expresiones e historias de las propias víctimas nos llevan a concluir que efectivamente en algunos lugares en donde se convive en medio de la pobreza, el desempleo, el hambre, el ocio, cero oportunidades de estudio, mucho menos manifestaciones culturales, en fin en medio de múltiples condiciones de vulnerabilidad y sobre todo de olvido estatal, es muy difícil, casi que imposible que los NNA de esas poblaciones orientaran su vida a buenas formas de participación social.

Conclusiones

La aplicación del principio de oportunidad, deja impune conductas que atentan contra el derecho internacional humanitario y quebranta principios y derechos de las víctimas de las conductas cometidas por el adolescente, teniendo en cuenta los datos arrojados por los estudios realizados por el ICBF, es evidentemente que en estos adolescentes existen factores específicos de vulnerabilidad en términos de desprotección parental, desprotección familiar y Estatal, donde el derecho penal debe ser la ultima ratio y los fines de protección no se cumplirán con la imposición de una pena, sino con políticas sociales incluyentes.

Por eso, cuando la decisión de la Fiscalía General de la Nación es renunciar a investigar, tenemos que por un lado, no hay justicia, no hay verdad y tan solo se aprecia la condición de víctima del adolescente de reclutamiento forzado y sus circunstancias de vulnerabilidad al interior del grupo armado, pero al mismo tiempo cuando se renuncia a investigar, se genera impunidad para las conductas cometidas por el adolescente y olvido para la víctima de dichas conductas que por lo general son

graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Una posible salida, es que la decisión sea precluir la investigación, porque este instituto penal acarrea que el proceso inicie, que los estándares mínimos de justicia se activen, que se demuestren causales que excluyen la responsabilidad penal del adolescente; salida esta que es coherente con lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-203 de 2005, en donde manifiesta que los menores de edad desvinculados son considerados víctimas del conflicto armado pero dicha condición no los exime per se de toda responsabilidad penal, porque no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal. Es claro entonces que el derecho internacional acepta el enjuiciamiento de menores de edad y fija una serie de derechos y garantías que no pueden ser desconocidas a los menores procesados, pero uno de los temas que incorpora el Libro III de la Ley 1098 del 2006 o ley de infancia y adolescencia de Colombia es el de los adolescentes que son utilizados o reclutados por los grupos armados al margen de la ley, tema del cual se ocupó la tan mencionada sentencia C-203/2005, decidiendo la no exclusión de la responsabilidad penal por ser un sujeto pasivo del delito de reclutamiento forzado, es decir, reconoció la responsabilidad penal para los niños excombatientes también, por considerar 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.

Sin embargo, tampoco se puede olvidar que los Convenios Internacionales y la Constitución Nacional para los nuevos imputables establecen unas medidas especiales y diferenciales dentro del proceso penal con miras al restablecimiento de sus derechos, las cuales deben guardar relación o complementarse con otras medidas sociales y políticas que sean un medio idóneo para la finalidad del restablecimiento de los derechos de estos adolescentes excombatientes, de ahí, que en materia penal la Corte Constitucional haya sostenido que la compañía de otras medidas sociales, políticas, etc. es la única manera de superar causas y deberes del Estado incumplidos (corresponsabilidad): Ha habido una constitucionalización del derecho penal y una tendencia hacia el derecho penal mínimo porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados particularmente en el campo de los derechos fundamentales que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance.

Entonces, la imposición de medidas dentro del régimen de responsabilidad penal para adolescentes, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal de un adolescente excombatiente, en un estado Constitucional debe ser el que permita alcanzar el restablecimiento de los derechos de estos adolescentes, porque si el fin no se cumple con estas medidas, debemos decir que esas medidas no son el "Medio Idóneo" y en estas circunstancias debe aplicarse el medio menos nocivo. En otras palabras, se debe utilizar una medida que limita un derecho fundamental, para nuestro caso la pena, cuando sea el medio idóneo materialmente hablando para la consecución de un fin constitucionalmente válido.

Por otro lado, con la defensa del interés superior (principio del sistema de responsabilidad penal juvenil) del menor infractor en el conflicto armado, se ha querido buscar que los Estados partes adecuen sus sistemas jurídicos, con miras a establecer un tratamiento benévolo a este tipo de adolescentes, tomando relevancia entre los administradores de justicia de los menores los planteamientos expuestos por el profesor García Méndez, en una de sus ponencias enfocadas al niño que colisiona con la ley, en donde hace una reflexión a fondo de temas básicos: responsabilidad vs. Imputabilidad penal, visibilidad de infancia vs. Asistencialismo,

participación y movilización juvenil vs. Manipulación o participación ilegítima de los jóvenes, etc. Su intervención al parecer contribuyó a despejar en la conciencia de dichos operadores de justicia de menores uno de los asuntos más complejos: ¿el joven vinculado a la guerra debe ser tratado como un inimputable o como responsable?, planteando que: la participación de los jóvenes en la guerra debe ser tratada desde una concepción de violación de derechos de los juveniles o desde una perspectiva penal ser vistos como delincuentes y en consecuencia otorgarles un tratamiento punitivo? No, este rechazo a la responsabilidad penal de los adolescentes es un rechazo a la responsabilidad, porque esa es una sociedad que prefiere interpelar al otro como loco o como enemigo y aniquilarlo, pero no interpelarlo como sujeto responsable, porque cuando interpele a alguien como sujeto responsable, el primero que me hago responsable soy yo mismo. No puede ser que la condición de adolescente se transforme en América Latina en una patente de corzo, es decir, de un lado les quitamos la responsabilidad y del otro los aniquilamos sin ningún tipo de respeto por sus derechos y por sus garantías fundamentales (García, 2002). En otras palabras, lo que él mismo denomina tratarlos como “ángeles o demonios” oscilando entre un paternalismo a ultranza caracterizado por la discrecionalidad de los funcionarios en el tratamiento penal de la juventud o aplicando garantías derivadas del derecho cierto, conforme a estrictas reglas en el juzgamiento de los actos o conductas punibles. ¿Qué camino escoger? Ese ha sido el centro del debate, la disyuntiva de ¿castigar o no castigar penalmente? Desde el punto de vista de garantías de los derechos fundamentales de los adolescentes, entendemos que la comisión de hechos punibles por los adolescentes o juveniles es cuestión de tratárseles comprometidos con derechos, pues semejante contrasentido: inimputables e irresponsables de una parte pero titulares de derechos fundamentales prevalentes de otra, esto le restaría toda cohesión a la doctrina de protección integral.

Debiendo esbozar, que en el diseño de la política criminal se deben tener en cuenta otros mecanismos de control social diferentes al derecho penal y reflexionar sobre ellos antes que pretender construir tejido social a partir de la imposición de penas. Se impone así, como lo expresa Barata la necesaria distinción programática entre política penal y política criminal, “entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad), y entendiendo en sentido amplio la segunda como política de transformación social e institucional” (Barata, 2004). Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente como estrategia la transformación social e institucional, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal, para demostrar que de ellos el derecho penal es el más inadecuado. Que la base de la resocialización esta en un proyecto de sociedad incluyente, pues no se puede desatender que la pertenencia al grupo ilegal es asumida en la mayoría de casos como una manera de ganarse la vida, lo que le otorga un carácter de empleo, entonces una vez desmovilizado y reincorporado a la civilidad el adolescente excombatiente no puede enfrentarse a un mercado laboral que no le brinde las oportunidades y el nivel de ingresos que sí lo hacía el grupo armado ilegal, porque de ser así, ante la falta de oportunidades, puede optar por regresar a la actividad ilegal, donde además de obtener los recursos para subsistir, tiene reconocimiento, identidad y respeto asegurados. Finalmente, no es fácil que la sociedad acoja sin recelo a tantos hombres y mujeres que han pasado su vida custodiando un arma, en especial si se considera que están siendo beneficiados con oportunidades productivas con mayor facilidad que los desempleados que han vivido en la legalidad.

Referencias

- Barata, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Avellaneda - Argentina: Siglo XXI Editores.
- Calderon, C. (1996). *La inimputabilidad en el Derecho Penal y en el procedimiento*. Bogotá.
- Carnelutti, F. (1981). *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: EJEA.
- Corte Constitucional Colombiana. (2005). Sentencia C-203/2005: Responsabilidad penal del menor - Derecho comparado/ Tratamiento jurídico procesal adecuado. Bogotá.
- Corte Costitucional Colombiana. (2005). Sentencia C-203 de 2005. Bogotá.
- Corte Costitucional Colombiana. (2005). Sentencia C-979 de 2005. Bogotá.
- Corte Costitucional Colombiana. (2006). Sentencia C-988 de 2006. Bogotá.
- Corte Costitucional Colombiana. (2007). Sentencia C - 095 . Bogotá.
- Corte Costitucional Colombiana. (2010). Sentencia C-936/2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.
- Fenech, M. (1959). *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Tercera Edición,. Barcelona: Editorial Labor S.A.
- Ferrajoli, L., & Traducción: Antolin, W. (s.f.). *Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales*. Conferencia de Ferrajoli en la Universidad de Camerino - Italia.
- Fundación Memorias de Luz; Organización Internacional de Migrantes -OIM-; Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación -CNRR-. (2010). *Jornada de Historias con las víctimas de la violencia de Ciénaga*. Ciénaga (Magdalena).
- García, M. E. (2002). *Niñez y Conflicto armado, desde la Desmovilización hacia la Garantía Integral de Derechos de Infancia*. Bogotá: Uniandes - Cátedra Ciro Angarita por la infancia.
- García, M. E. (2009). *Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia*. Bogotá: Cartilla Unicef.
- ICBF, OIM, SAVE THE CHILDREN, DEFENSORIA DEL PUEBLO. (2008). *Ver, IRuta jurídica y fundamentos normativos de los niños, niñas y jóvenes desvinculados del conflicto armado*. Bogotá.
- Ibáñez, Guzmán, A. (2005) *El principio de Oportunidad*, en *Revista Universitas*, Bogotá.
- Martínez, S. M. (1990). *La Abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Bogotá: Temis.
- Pabón, P. P. (2007). *Comentarios al nuevo sistema de Responsabilidad penal para Adolescentes*,. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda.
- Poveda, P. A. (2005). *Aproximación al estudio del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia colombiana*. Bogotá.
- Sarmiento, s. G. (2008). *Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Velásquez, F. (2008). *Manual de derecho penal. Parte general.* . Bogotá: Comlibros.

Villalobos, C. R., & Quiroz, M. S. (2010). Juzgado de Menores de Valledupar, Dra. Rosario Villalobos Camacho y Defensora de Familia, Dra. María Soraya Quiroz. Entrevista para la Tesina de grado de Maestría: Principio de oportunidad y Ausencia de responsabilidad penal del adolescente desmovilizado. Valledupar.

Zaffaroni, E. r., & Alagia, A. (2000). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Editorial Ediar.