

**IMPROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY DE
INFANCIA Y ADOLESCENCIA**

CARLOS ALBERTO OROZCO GARCÉS

COD. 3000435.

MARTHA CONSUELO VÁSQUEZ RANGEL

COD.3000373.

TUTOR: Dr. CARLOS ANDRES BERNAL CASTRO.

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA DERECHO PROCESAL PENAL

2014

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DEL ART. 175 DE LA LEY 1098 DE 2006, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	5
1.1. LOS ADOLESCENTES Y EL CONFLICTO ARMADO INTERNO.	7
1.2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO BENEFICIO DIRIGIDO AL SUJETO ACTIVO DE LA CONDUCTA PUNIBLE.	11
2. LAS CAUSALES DEL ARTÍCULO 175 DE LA LEY 1098 DE 2006: ¿CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD? O ¿CAUSALES DE INCULPABILIDAD?	15
2.1. ESTRUCTURA DOGMÁTICA DEL DELITO EN LA LEY 599 DE 2000.	15
2.2. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL CASO DE ADOLESCENTES DESVINCULADOS DEL CONFLICTO ARMADO.	22
2.2.1 Primera, segunda y tercera causal.	23
2.2.2 Cuarta causal.	28
3. DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ADOLESCENTES DESVINCULADOS DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY, ¿REALMENTE CUMPLE LAS RAZONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO?.	32
3.1. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL.	32
3.2. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ADOLESCENTES	35

DESVINCULADOS DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN
DE LA LEY

4. **EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 175 LEY 1098 DE 2006** 42

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La Ley de Infancia y Adolescencia (L.1098/2006) estableció un sistema de responsabilidad penal para adolescentes con la finalidad de garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación de los daños causados por los mayores de catorce y menores de dieciocho años infractores de la Ley Penal (art., 140). No obstante, dicho sistema funciona bajo la lógica de tener un carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de justicia de los adultos (ICBF, 2013). Pedagógico en tanto debe tener en cuenta que el adolescente se encuentra en una etapa etaria de formación y, por lo tanto, todas las medidas que se tomen dentro del proceso deben buscar el pleno y armonioso desarrollo del menor; específico y diferenciado, en tanto que el sistema, si bien es de carácter acusatorio como el de los adultos, debe ser aplicado por órganos y autoridades especializadas atendiendo a la calidad del sujeto procesado. Así las cosas, éste sistema establece un proceso de responsabilidad penal creado para de los adolescentes.

Este sistema, a diferencia del Código del menor (D.2737/1989), se caracteriza por concebir al adolescente, como un ser humano sujeto de derechos bajo el principio de protección integral, conforme a las normas internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como La Convención Internacional sobre los derechos del niño de la Organización de las Naciones Unidas (1989); Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores “Reglas de Beijing”; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil “Directrices de Riad”. Esto demuestra que conforme a los postulados del positivismo jurídico planteado por Hans Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho*, la norma fundamental hipotética contenida en el Derecho internacional que se supone válido, determina la validez de las demás normas del ordenamiento

jurídico, lo cual concuerda con la figura de la excepción de inconstitucionalidad establecida por la Constitución Política de 1991, según la cual, cualquier contradicción entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicará de preferencia el texto constitucional. Esta Carta Superior no debe entenderse aislada del Derecho internacional de los Derechos Humanos, sino como un *todo* normativo integrante del mismo, a través de la cláusula contenida en el Art. 93 *supra*, que hace referencia al bloque de constitucionalidad.

El proceso penal de la Ley de infancia y adolescencia así entendido, tiene como punto de partida el ejercicio de la acción penal cuya titularidad está en cabeza del Estado por intermedio de la Fiscalía General de la Nación (Art. 250 CN; art., 163, num. 1 L. 1098/2006). En consecuencia, ésta no podrá suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para dar aplicación al principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado. Uno de dichos casos es el establecido en el artículo 175 de la Ley 1098 2006; según el cual, el titular de la acción penal contra adolescentes, es decir el Fiscal delegado ante los jueces penales para adolescentes, podrá renunciar a ella en los casos señalados en la ley, los procesados 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 estos grupos en unas circunstancias determinadas por la misma normatividad¹, salvo que se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio. Bajo esta óptica, la aplicación de éste artículo tiene como

¹En las siguientes circunstancias: 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 permitían 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.

consecuencia la extinción de la acción penal en contra del adolescente infractor de la Ley Penal (art., 173).

Como es obvio, el principio de oportunidad procede a favor del sujeto activo de la conducta típica, antijurídica y culpable, es decir, del victimario, pues al dar aplicación de sus postulados en un caso concreto, se extingue la persecución penal en su contra. Sin embargo, en el caso de los menores de edad, la Ley 418 de 1997 señala que “se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades” (art. 15, inc).

Esto quiere decir, que los adolescentes que hayan hecho parte, o hayan participado en hostilidades, de un grupo al margen de la ley, siempre se consideran ‘víctimas’. En consecuencia, surge un interrogante; si el principio de oportunidad va dirigido a los victimarios y a los adolescentes parte de grupos armados se les considera víctimas ¿se les puede aplicar el principio de oportunidad en los términos del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006?

Por otra parte; la culpabilidad hace referencia a la capacidad de comprender la ilicitud de un actuar o determinar la conducta de acuerdo a esta comprensión. Surge, en consecuencia, un segundo interrogante: sí el principio de oportunidad está estipulado para las conductas típicas, antijurídicas y culpables y sí las causales del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 se refieren a circunstancias de inculpabilidad, es decir, a contextos en los que la conducta es típica, antijurídica pero no culpable ¿se puede aplicar el principio de oportunidad?

En otro estadio de análisis, la aplicación del principio de oportunidad obedece a razones de política criminal (L.906/2004). Así “es una alternativa al principio de legalidad, que involucra en su aplicación la política criminal del Estado, pues el aparato de justicia de cualquier lugar no alcanza a develar todos los delitos que se cometen y denuncian, generándose de esta una creciente cifra

de impunidad, frente a lo cual las políticas públicas deben adoptar mecanismos que propendan por su reducción (...)” (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010, p. 6). Como se ve éste propende por la agilidad y eficacia del sistema procesal penal. No obstante, ¿la figura del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 tiende a garantizar la eficacia desde el punto de vista de la política criminal del Estado?

Los interrogantes expuestos ponen de manifiesto problemas de aplicabilidad de la figura analizada. Dichos interrogantes se podrían resumir en el siguiente problema jurídico; *¿es aplicable el principio de oportunidad en el caso señalado por el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 en el caso de los adolescentes desvinculados de grupos armados al margen de la ley, por delitos cometidos al interior de dichos grupos?*

La hipótesis que da respuesta al problema jurídico indica que las causales del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, no son causales de aplicación del principio de oportunidad, sino causales de inculpabilidad, porque los adolescentes desvinculados de grupos armados al margen de la ley, en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, son considerados víctimas, y además la aplicación del principio de oportunidad en estas circunstancias desconoce los estándares internacionales de protección de los derechos de los adolescentes, que conllevan a solucionar este tipo de conflictividad social, por otros medios distintos a los judiciales, que estarían enmarcados dentro de las políticas públicas del Estado. Además, el principio de oportunidad en este contexto, no cumple la teleología de la política criminal del Estado, porque genera mayor desgaste del que pretende evitar.

Para la demostración de la hipótesis el análisis se dividirá en tres momentos: el primero, se relacionará con la situación de los adolescentes, considerados víctimas, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la figura del principio de oportunidad; el segundo, expondrá la estructura

dogmática del delito en el ordenamiento jurídico penal colombiano a la luz de la figura objeto de análisis, y, finalmente, en tercer momento, se hablará de la eficacia de esta figura desde la óptica de la política criminal del Estado. De dichos momentos, se llegará a una conclusión que, se aspira responda a la cuestión planteada.

1. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DEL ART. 175 DE LA LEY 1098 DE 2006, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la obra *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen plantea que la validez y obligatoriedad de las normas de un sistema jurídico de derecho interno depende de su adecuación o conformidad del mismo con la norma fundamental hipotética, la cual la identificaba con el derecho internacional.

Así planteó que, entre el derecho internacional y el derecho interno, debía existir una *unidad normativa*, si se pretendía afirmar la validez de estos dos sistemas de normas, por lo que era necesario superar las contradicciones que entre estos se presentaran. En ese sentido, dentro de un sistema jerárquico, cualquier norma de derecho interno debe adecuarse a la Carta Magna, y a su vez esta debe entronizarse con el ordenamiento jurídico internacional, y conformar un sistema lógico coherente. Si la norma interna, no se conforma con la internacional, no es válida, y por tanto, no es obligatoria.

De acuerdo con el postulado teórico del positivismo jurídico, se entrará a analizar la validez del art. 175 de la L. 1098/2006, de cara a las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos, en materia de la participación de los adolescentes en los conflictos armados y su incidencia en la aplicación del

principio de oportunidad, para lo cual es necesario transcribir la literalidad del mencionado artículo:

Artículo. 175. El principio de oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley. 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 permitían 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.

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.

El primer análisis que corresponde desarrollar, es determinar cuál es el tratamiento jurídico que recibe el adolescente mayor de 14 años que participa directamente en las hostilidades en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos y si éste corresponde con el que le da el art. 175 estudiado, en el cual se da aplicación del principio de oportunidad. El motivo es que el principio de oportunidad por naturaleza se aplica en beneficio del autor de una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir, por antonomasia, al victimario (en términos de derechos humanos) o sujeto activo (en el ámbito penal), por lo cual es menester determinar si los adolescentes miembros de grupos al margen de la ley tienen la condición de sujetos activos de una conducta punible.

Como se percibe, este análisis involucra dos temas: por una parte, la condición que ostentan los menores partícipes del conflicto armado según el Derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico colombiano; de la otra, la figura del principio de oportunidad desde la perspectiva del sujeto a quién va dirigido, es decir, de quien se beneficia directamente por su aplicación. Desde esta perspectiva, se desarrollará este examen en dos apartes que correspondan a los temas propuestos.

1.1. LOS ADOLESCENTES Y EL CONFLICTO ARMADO INTERNO.

El conflicto armado interno en Colombia, junto con el de países como Afganistán, Iraq y Uganda, ha sido catalogado como uno de los más ‘intensos’ del planeta (Cañadas & Otros, 2010)². Una de sus características más crudas es que los grupos insurrectos, como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y otros similares, suelen reclutar a niños, niñas y adolescentes para utilizarlos como soldados de guerra (Unesco, 2011). Así, informes como los

² El estudio de la Escuela de Cultura de Paz –o *Escola de Cultura de Pau*- de la Universidad Autónoma de Barcelona señala que; “(l)os conflictos armados de mayor intensidad (durante el año 2009) se produjeron en Afganistán, Colombia, Iraq, RD Congo (este), Pakistán (noroeste), Somalia, Sri Lanka, Sudán (meridional) y Uganda (norte)” (Cañadas & Otros, 2010, p.19).

elaborados por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (2000) y *Human Right Watch* (2004) muestran como a lo largo de los años aumenta la participación de menores en las hostilidades del conflicto. De ésta situación surge un interrogante ¿los adolescentes reclutados, son víctimas o victimarios?

A priori podría señalarse que el reclutamiento de adolescentes en el marco del conflicto armado obedece a cualquiera de las siguientes razones: una, por decisión ‘voluntaria’ del menor o la otra, por mediación de la fuerza. En tal sentido, a primera vista, podría afirmarse que en el primer caso, el adolescente es victimario, partiendo además de la concepción de su imputabilidad en el nuevo paradigma de la protección integral y conforme a que dentro de las causas negativas de la inimputabilidad (previstas en el Código penal) no se encuentra el adolescente menor de 14 años, sino que es remitido a un Sistema de responsabilidad juvenil; en tal consideración, el adolescente sería sujeto pasivo de la acción penal o sujeto activo de la conducta punible. En el segundo caso, por su parte, se entendería que el reclutamiento es forzado, y el adolescente sería sujeto pasivo, ya no de la acción penal, sino de la conducta punible; en otras palabras, víctima.

Sin embargo, estas afirmaciones *a priori* no corresponden con el tratamiento que brinda en estos aspectos, el Derecho internacional de los derechos humanos. Estudios como el publicado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y el Ministerio de Educación Nacional (MEN) (2009) señalan que las maneras en que se insertan los menores a los grupos armados al margen de la ley –es decir, la voluntaria y la forzada- vienen determinadas por desequilibrios sociales, económicos y políticos como la violencia intrafamiliar, la falta de recursos al interior del hogar y por la existencia misma del conflicto. Esto indica que, en ningún caso se puede hablar de una inserción ‘voluntaria’ y, en consecuencia, siempre el reclutamiento será determinado por la fuerza, es decir,

forzado, y en ese sentido, el adolescente será víctima, o puesto en términos de la dogmática penal, sujeto pasivo de la conducta punible.

Al respecto, Natalia Springer (2012) señala que “en ningún caso en el reclutamiento media la voluntad de los niños y las niñas (...) esto es un acto de fuerza, facilitado por la vulnerabilidad social y económica de los afectados, pero que, de ninguna manera, tendría lugar sin la existencia de un conflicto armado, cuya violencia produce dinámicas que alienan todos los derechos y las libertades de las comunidades sometidas y arrastra consigo, especialmente, a los más vulnerables” (p.8). Esta consideración pone de manifiesto dos ideas; primero, no se puede hablar de un reclutamiento de menores ‘voluntario’ pues este viene determinado por circunstancias exógenas a la voluntad del menor –quien por demás no tiene conciencia plena de lo que está realizando– y, segundo, la violencia afecta los derechos de las personas comprometidas en el conflicto entre quienes se encuentran los menores. Estas ideas introducen una perspectiva del conflicto, según la cual, los menores que participen en las hostilidades o que pertenezcan a grupos al margen de la ley siempre habrán de ser considerados víctimas pues son reclutados a la fuerza y sus derechos se ven comprometidos por dicha situación. No se podría hablar de un menor que se hace parte del conflicto por su ideología política o por tener ideales ‘revolucionarios’, simplemente porque estos no se encuentran en la capacidad de comprender la dimensión de los mismos (Springer, 2012). Los menores miembros de grupos ilegales, en consecuencia, se consideran reclutados de manera forzosa, son instrumentalizados por los grupos insurrectos, pues estos se aprovechan de la situación de desequilibrio social, económico y político en la que se encuentran los niños para reclutarlos y de esta manera aumentar su número de militantes.

En consecuencia, la causa por la cual los adolescentes se insertan a los grupos insurrectos al margen de la ley es el desequilibrio político, social y

económico en el que se encuentran, el cual es aprovechado por los líderes de estas organizaciones criminales para aumentar sus filas.

Por otra parte; la violencia que genera el conflicto armado afecta los derechos de las personas comprometidas en el mismo y especialmente a los adolescentes (Springer, 2013). Al respecto, la Defensoría del Pueblo junto con la Organización Internacional para las migraciones misión en Colombia (2008), ha señalado que: “(e)sta población está expuesta a ser víctima de amenazas, masacres, homicidios, desapariciones, torturas, ataques indiscriminados, enfrentamientos armados, reclutamiento y utilización ilícita, restricciones a la circulación de bienes e insumos indispensables para su supervivencia, accidentes e incidentes por minas antipersonas y/o armas de uso no convencional, entre otras”. (p. 11). Entre tanto, Goodwin- Gill y Ilene Cohn (1994) en su artículo “*Child Soldiers, The Role of Children in Armed Conflicts*” señalan que en el reclutamiento los menores de edad sufren abusos físicos y mentales, desequilibrios emocionales causados por el riesgo evidente de muerte o lesiones graves en combate y deformación de valores como resultado de sus experiencias en la guerra. Por ejemplo, señalan los autores, los niños iraníes durante la guerra con Irak fueron ubicados en campos minados con el fin de detonar las minas antes de que los soldados adultos pisaran el lugar, esto les generó, a los sobrevivientes, mutilaciones y traumas psicológicos (Goodwin & Cohn, 1994). Con frecuencia en los conflictos armados los menores son golpeados o torturados con el fin de fomentar la disciplina y crear asesinos listos malversando sus valores y destruyendo su conciencia respecto al bien y el mal. Estas descripciones son viva muestra de la situación de víctimas que ostentan los menores que hacen parte del conflicto.

La Comisión Colombiana de Juristas (2009) considera que en Colombia, históricamente, se ha negado la condición de víctimas del reclutamiento ilícito que ostentan los menores, por cuanto se ha ‘naturalizado’ el hecho de que sean

vinculados al conflicto armado y, por esta razón, algunas comunidades no reconocen que los niños y niñas vinculados al conflicto armado interno han sufrido daños y son víctimas de un delito. En este sentido, Aponte (2011) señala que los menores reclutados son, ante todo, víctimas y deben ser tratados como tal por el sistema judicial.

Las anteriores posiciones doctrinales, tienen como fundamento las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, concretamente la Convención de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989 (Art. 39) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados del 25 de mayo del 2000 (preámbulo), los cuales son contestes en afirmar que los niños, niñas y adolescentes reclutados en las fuerzas armadas oficiales o grupos armados ilegales son víctimas de la conducta punible del reclutamiento. Al tiempo que la regla 1.3 de Beijing, establece que se debe reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, frente a adolescentes que tienen *problemas con la ley*, y en tal sentido, deberá garantizárseles un tratamiento efectivo humano y equitativo, lo cual da a entender, que deben salir de la órbita del derecho penal.

Resulta evidente, que al comparar estos concretos estándares internacionales de protección de los derechos de los adolescentes con la regulación legal que hace el art. 175 del Código de Infancia y Adolescencia, surge un problema de invalidez de la norma nacional, pues ésta al postular la aplicación del principio de oportunidad a adolescentes desvinculados de grupos armados ilegales, parte de la base de que los menores de edad, han cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que conlleva a afirmar que han sido sujetos activos de una conducta punible, mientras que la conclusión en el plano internacional, es que son víctimas. La invalidez de la norma se sustenta en los postulados del positivismo jurídico de Hans Kelsen, quien –como se vio– establece que el sistema jurídico de derecho interno debe conformar un sistema único con el

derecho internacional, para lo cual deben eliminarse las contradicciones entre una y otra área del derecho, para poder predicar la validez simultánea de las dos.

Contrario a la lógica planteada, la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-203 de 2005 (M.P: Cepeda Espinosa, Manuel José) señaló que las personas menores de edad que cometieran delitos durante su permanencia a algún grupo armado ilegal, son responsables penalmente, porque ni el derecho internacional ni el derecho interno prohíben el procesamiento judicial como infractores de la ley penal, aunque, reconoció que deben someterse a procedimientos especiales y sanciones distintas a las que se imponen a los adultos. A juicio de la Corte, esa responsabilidad penal no es incompatible con la función de protección del menor a cargo del Estado y la calidad de víctimas del conflicto armado.

Estas afirmaciones no tienen un asidero jurídico validante, pues una persona no puede ser víctima y en virtud de esta condición cometer una conducta de la cual vaya a ser responsabilizado penalmente, y se admita la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, porque además, éste es un beneficio dirigido al sujeto activo de la conducta punible, no al sujeto pasivo, como se pasa a explicar.

1.2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO BENEFICIO DIRIGIDO AL SUJETO ACTIVO DE LA CONDUCTA PUNIBLE.

El principio de oportunidad es una facultad excepcional que se le da al Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, para interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal en el marco de la política criminal del Estado (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010). “Por principio de oportunidad debe entenderse todo tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo, tendiente a evitar la respuesta punitiva sobre el imputado (...)” (Bovino, citado por Fernández, 2005, p. 204).

El principio de oportunidad fue incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano a través del Acto Legislativo 03 de 2002, regulado mediante la Ley 906 de 2004 y la Ley 1312 de 2009, que reformó la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con este principio, definiéndolo como:

La facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Es así, como en Colombia con la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002, se modificó la Constitución en los artículos 116, 250 y 251 para dar inicio al Sistema Penal Acusatorio, incorporando en el art. 250 el mencionado principio y cambiando las funciones de la Fiscalía General de la Nación, hacia la aplicación de este principio con sujeción a la política criminal del Estado (Artículo 321 de la Ley 906 de 2004).

En el caso de los adolescentes, su consecuencia directa, es el archivo definitivo de las diligencias (L. 1098/2006 art., 173). Dicho archivo, beneficia específicamente y de manera directa al procesado, pues es él quien, a cambio de unos requisitos, se quita la carga del proceso evitando ser condenado en juicio. Desde esta perspectiva, esta figura fue concedida por el legislador principalmente para los sujetos activos de una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir, para los sujetos activos de las conductas punibles.

Esto se ve más claro en la sentencia C-738 de 2008 (M.P.: Monroy Cabra, Marco Gerardo) cuando señala que:

El fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social. (Negrilla fuera del texto original).

Como se aprecia, la institución procesal penal del principio de oportunidad tiene, en consideración del procesado, dos fines: el primero, pretende protegerlo de las consecuencias negativas que tienen las penas de privación de libertad y, segundo, busca facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas a través de una reparación de la víctima.

Esta perspectiva es compartida por Góngora Mera (2004) quien señala que en los debates legislativos el principio de oportunidad se esgrimió a favor del imputado, pues en el caso de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, debía otorgarse al fiscal la posibilidad de suspender un proceso para no exponer al procesado a una reacción penal injustificada, dado los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.

Siguiendo esta línea argumentativa Daza González (2012) expone:

[S]i bien el principio de oportunidad no es un derecho del procesado sino una facultad discrecional del fiscal, sí es el imputado o acusado el beneficiario directo de su aplicación, pues lejos de obtener una sentencia condenatoria en su contra por un actuar típico, antijurídico y culpable, va a obtener la suspensión, interrupción la renuncia de la acción penal, lo que finalmente equivale a la extinción de la acción penal, y eso es mejor que una sentencia condenatoria. (p.152)

En definitiva, se puede afirmar que este beneficio va dirigido a los sujetos activos de la conducta punible.

Como consecuencia de lo expuesto el principio de oportunidad, prerrogativa del Fiscal dirigida a los sujetos activos de una conducta punible, o en términos de derechos humanos 'victimarios', no resulta aplicable a los adolescentes que participen de las actividades de los grupos armados al margen de la Ley pues estos son considerados por el ordenamiento jurídico internacional 'víctimas' del conflicto armado, y como se vio, se entiende que su reclutamiento, siempre será forzado aunque aparentemente haya mediado su voluntad. Su condición de víctima, vista desde una perspectiva del Derecho penal, se da por unas circunstancias que menguan o disminuyen su culpabilidad, por lo que será necesario hacer un estudio dogmático de las conductas en que incurren los adolescentes con connotación delictiva.

**2. LAS CAUSALES DEL ARTÍCULO 175 DE LA LEY 1098 DE 2006:
¿CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD? O
¿CAUSALES DE INCULPABILIDAD?**

El principio de oportunidad solo procede cuando hay claridad de que la conducta es típica, antijurídica y culpable. Las causales de aplicación del principio de oportunidad, contenidas en el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, no son causales que faculten para disponer de la acción penal, sino que constituyen verdaderas causales de inculpabilidad, es decir, circunstancias que anulan la culpabilidad y, consecuentemente, la condición de *punible* de una conducta, al estar constitucionalmente proscrita, toda forma de responsabilidad objetiva. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos, expuestos atrás, el principio de oportunidad resulta inaplicable.

La demostración de esta afirmación se desarrollará de la siguiente manera; inicialmente, se hará una exposición sobre el esquema del delito acogido por el ordenamiento jurídico penal colombiano, posteriormente, se analizará cada una de las causales de aplicación del principio de oportunidad en razón de la norma citada a la luz de la primera exposición.

2.1. ESTRUCTURA DOGMÁTICA DEL DELITO EN LA LEY 599 DE 2000.

La dogmática es un método de estudio e investigación jurídica que se basa en la interpretación de la ley. Al respecto, Morilla Cueva (1991) señala que la sede de la dogmática es la norma y el valor de la misma, pero no es absoluto en la medida que debe atender a la aplicabilidad práctica de la misma en casos concretos. “La dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, las particularidades, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza, todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente” (Morillas, 1991, p.44). Desde esta perspectiva, aspira a establecer las bases para una administración de justicia igualitaria y justa a través de la comprensión de las conexiones internas del Derecho.

Desde la dogmática penal, la conducta punible debe cumplir con unos eslabones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad’ (Muñoz & García, 2004, p. 24). Esta definición se utiliza como herramienta mental en orden al análisis de casos concretos por parte de la jurisprudencia (Agudelo, 2011). Las unidades temáticas que plantea la dogmática penal son cuatro, a saber; (i) acción o conducta, (ii) tipicidad, (iii) antijuridicidad y (iv) culpabilidad (Morillas, 1991). En consideración a lo anterior, la ‘estructura dogmática del delito’ es solo una. No obstante, los autores, atendiendo al momento histórico y a la escuela que en que se incrustan, han llenado de distintos contenidos a cada uno de los elementos del

delito³. Así, los esquemas causalista, positivo, clásico, neoclásico o clásico-valorativo, finalista y funcionalista (Agudelo, 2011), han ofrecido un contenido distinto para la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad⁴. Sin entrar a ahondar en cada una de las escuelas, es menester indicar que la Ley 599 de 2000, o actual Código penal colombiano, adopta el esquema dogmático de la escuela finalista del delito (Agudelo, 2011)⁵

En ese sentido, el Código penal acoge la definición tradicional de delito como ‘conducta típica, antijurídica y culpable’, pero cada eslabón se llena de unas particularidades propias.

La tipicidad es entendida como el resultado positivo de un juicio realizado por el Juez (Welzel, 1956). Esta idea parte de dos supuestos; el primero, es que el tipo penal es una descripción de una conducta que hace el legislador, el segundo, es que el Juez debe hacer un juicio respecto de una conducta y la descripción legal; dicho análisis puede tener una consecuencia positiva o negativa. Respecto del primer supuesto, el Código penal colombiano dispone en su artículo 10 que: “[l]a ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”. Esto quiere decir que la descripción típica que haga el legislador debe ser específica, de manera que no haya margen de interpretación para el Juez. Ahora bien, respecto del segundo supuesto, el Juez debe realizar un análisis o juicio respecto de una conducta real en relación con la descripción expuesta por el legislador. Desde esta perspectiva,

³ “El delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Una misma estructura del delito tienen los tres conceptos. En el sistema clásico de delito, sistema que tiene como máximos representantes a FRANZ VON LISTZ y BELING, el delito es ‘acción típica, antijurídica y culpable’; lo mismo afirma el sistema neoclásico con MEZGER. Y que el delito es acción típica, antijurídica y culpable, también lo sostiene el padre del finalismo HANS WELZEL. Lo que sucede es que al mismo esquema le dan distintos contenidos, sobre todo a partir de la diversa manera como se conceptúa la acción” (Agudelo, 2011, p. 50)

⁴ Un estudio detallado al respecto, es el que ofrece Alberto Poveda Perdomo (1999) en: Reseña sobre la Teoría del Delito y las Escuelas Dogmáticas. Lo mismo que Fernando Velásquez Velásquez, en su obra Derecho penal General (2007).

⁵ En Igual sentido, Velásquez Velásquez, en su obra Derecho penal General (2007).

el juicio de tipicidad es positivo –lo que equivale a decir que una conducta es típica– cuando la acción se adecua al tipo penal y, *contrario sensu*, negativo cuando no.

Ahora bien; la tipicidad es en parte objetiva y en parte subjetiva. Es objetiva cuando se refiere a los elementos de la descripción elaborada por el Legislador, esto es, a los elementos estructurantes del tipo penal: desde esta perspectiva, se compone por; (i) sujeto activo, o persona que realiza la conducta, (ii) sujeto pasivo, o persona –natural o jurídica– titular del bien jurídico; (iii) verbo rector, acción sancionable; (iv) bien jurídico, o derecho lesionado o puesto en peligro, (v) resultado y (vi) nexo causal entre el sujeto activo y el verbo rector o imputación objetiva. Por su parte, la tipicidad es subjetiva, cuando se refiere a la intención con la que obro el agente: así, la tipicidad subjetiva, se compone por; (i) dolo, (ii) culpa y (iii) preterintención. Se considera que el agente obró con dolo cuando “conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización” (L.599/2000 art., 22). Esta descripción legal pone de manifiesto que el dolo se compone de un elemento cognoscitivo –conocer los elementos estructurantes del tipo penal– y volitivo –haber querido realizar el delito–. Por otra parte, una conducta se considera culposa “cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo” (L.599/2000 art., 23). Esto quiere decir que la culpa se refiere a una degradación de la conducta dolosa pues mientras que en la primera el agente quiere su realización en ésta el infractor, habiendo previsto el delito, confió en que podía evitarlo o lo que es lo mismo, no quería su realización. La culpa, en consecuencia, se equipará a la impericia –no saber hacer algo– o a la imprudencia –extralimitarse en el actuar–.

Ahora bien, respecto a la antijuridicidad, el Estatuto Penal (L.599/2000) dispone que “(p)ara que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por

la ley penal” (art., 11)⁶. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la antijuridicidad es un elemento distinto pero complementario de la tipicidad, es decir, que no basta que una conducta dolosa, culposa o preterintencional se adecue a una descripción legal para ser punible, sino que se requiere que sea antijurídica, esto es, que lesione o ponga en peligro real y concreto el bien jurídico, sin que medie justa causa. Por otra parte, se pone de manifiesto que la antijuridicidad es en parte formal y en parte material. Formal cuando se refiere a la contradicción de la conducta respecto del ordenamiento jurídico; material cuando se lesiona o se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado. A su vez, la antijuridicidad material, y conforme lo señala la ley, se anula cuando se presentan causales de justificación de la conducta. Estas son; (i) la legítima defensa, (ii) el estado de necesidad, (iii) el ejercicio de una actividad lícita, (iv) el ejercicio de un derecho subjetivo, (v) el cumplimiento de un deber legal y (vi) el estado de necesidad justificante (L.599/2000, art., 33).

Interesa exponer ahora, con más amplitud, lo referente a la culpabilidad como elemento imprescindible en el esquema del delito, según la escuela finalista, introducido por la legislación penal vigente. Al respecto, la norma dispone que “(s)ólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad” y desde esta lógica señala que “(q)ueda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” (L.599/2000 art, 12). Esta disposición señala que la culpabilidad se refiere a un análisis de la responsabilidad desde el punto de vista subjetivo, es decir, atendiendo al entendimiento y la voluntad con la que el agente obró⁷.

⁶ El finalismo plantea que la antijuridicidad es objetiva, subjetiva y valorativa. En la parte objetiva se analiza la inexistencia de causales de justificación; entre tanto, en la parte subjetiva el dolo y la culpa y, en la parte valorativa, la finalidad con la que obro el agente. Si el agente obro con la finalidad de lesionar o poner en peligro un bien jurídico –un derecho de la persona natural o jurídica- esta conducta se vuelve objeto de reproche, es decir, de antijuridicidad. Sin embargo, nuestro Código Penal modula la figura y solo la clasifica como formal –contravención legal- y material –lesión y daño de un bien jurídico- (Agudelo, 2004).

⁷ La culpabilidad es entendida por el finalismo como la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es, en consecuencia, una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta. Para que haya culpabilidad, según lo expuesto por los finalistas (Welzel, 1956), tienen que presentarse los siguientes presupuestos: (i) Imputabilidad, (ii) Dolo o culpa, como formas de culpabilidad y,

En un sentido natural, la culpabilidad analiza la motivación del actuar típico y antijurídico y su conocimiento por parte del sujeto (Velásquez, 2004). Welzel (1941) entendía por culpabilidad el *poder actuar de otra manera* de donde se infiere que la culpabilidad se funda en el reproche personal contra el autor que no ha omitido la acción antijurídica aunque podía hacerlo (Citado por Velásquez, 2007).

Ahora bien; señala Muñoz Conde (2004) que “(...) a partir del criterio de motivabilidad o capacidad de motivación, se integra el contenido de la culpabilidad” (p. 34), es decir, se elaboran los requisitos necesarios para que una conducta típica y antijurídica pueda ser tildada de culpable. En consecuencia, se hacen referencia a unos elementos integradores de la culpabilidad, sin los cuales no se puede hablar de la misma, vale decir, para que la conducta considerada por el Derecho penal sea definitivamente punible, se exige que además de ser típica, antijurídica y no justificada, que de ella se pueda pregonar culpabilidad del sujeto, este tercer elemento lo centra la sistemática que adoptamos en (i) la imputabilidad, (ii) la conciencia de la antijuridicidad y (iii) la exigibilidad de otra conducta, tres elementos que conforman la culpabilidad y que se expondrán brevemente.

En primer lugar, la imputabilidad no es definida por la ley penal. Sin embargo, su definición se puede extraer de la caracterización que el legislador hace de la inimputabilidad en el artículo 33 de la Ley 599 de 2000. Según esta disposición es “(e)s inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, (...) o estados similares”. En sentido contrario, es imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica tiene la

(iii) la exigibilidad de una conducta adecuada a la imperatividad de la norma. En caso de faltarle alguno de estos presupuestos a la conducta, no actúa culpablemente el autor, en consecuencia está exento de responsabilidad penal.

capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo a dicha comprensión. La imputabilidad es entonces, la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar su comportamiento por dicha comprensión (Agudelo, 2011). Desde esta óptica, se es o no imputable -no hay término medio para la imputabilidad-; no obstante, existen unas causales de inimputabilidad, tales como, la inmadurez psicológica, el trastorno mental o estados similares (L.599/2000 art. 33).

Ahora bien; como segundo elemento de la culpabilidad se habla juicio de reproche por parte del Estado. Este juicio se deriva de la posibilidad que tuvo el agente de obrar de otra manera y no haberlo hecho (Agudelo, 2011). Es decir, de que el sujeto no está determinado a actuar de una sola manera, sino que ante varias posibilidades lícitas e ilícitas elige a través de su entendimiento y voluntad, una ilícita. Así las cosas, también se habla de la no exigibilidad de otra conducta.

Por otra parte, la culpabilidad se estructura con la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta. Ya hemos visto que la imputabilidad requiere cierta capacidad para saber que lo que se hace ha sido considerado como delito por parte de la sociedad. Esta capacidad se excluye a través del error de prohibición ya sea directo, o sea indirecto. El Error de Prohibición se define como una situación fáctica, en que un sujeto comete un hecho bajo la influencia total o parcial de una percepción errada de la valoración global de la antijuridicidad de su actuar evitable o inevitable quebrantando el imperio del principio absoluto de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Velásquez Velásquez (2011) señala que *“Un error de prohibición directo es un error sobre la norma prohibitiva o sobre la norma imperativa”* (p. 38) por el contrario, *“es indirecto cuando nos encontramos en presencia de la errónea suposición de una causa de justificación, no desconociendo el autor el juicio desvalioso atribuido al tipo penal mismo”* (p. 39). Es decir, que el error de prohibición directo se diferencia del

indirecto en que el primero es un error sobre la norma y el segundo un error sobre la causal de justificación.

El error de prohibición es vencible e invencible. Es vencible, cuando el sujeto tuvo una apreciación errónea de la realidad que lo llevó a conducirse en la comisión de un delito, pero si se hubiera informado adecuadamente de las circunstancias concurrentes en el hecho o de la significación del mismo no hubiera incurrido en la equivocación. Velásquez Velásquez (2011) señala que en este caso el delito *“pudo haberse evitado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o de la significación del hecho”* (p. 45). Por lo tanto, el este tipo de error tiene como consecuencia directa la imposición de una pena, sin embargo, esta deberá ir reducida a la sexta parte pues el delito se cometió por equivocación. Ahora, el error de prohibición invencible o absoluto *“es aquel en el cual no se puede evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó”* (Velásquez, 2011, p. 46). Este tipo de error no permite que se le achante al sujeto que responda penalmente de sus acciones u omisiones pues un sujeto medio en la posición del individuo hubiera debido obrar de igual manera pues a pesar de un actuar justo para esa circunstancia o grupo de ellas le fue imposible sustraerse a actuar de otra manera que no fuera la que quebró la legalidad.

Se habla de la existencia de unas causales de inculpabilidad, es decir, de unas circunstancias que anulan la culpabilidad. Se trata de eventos consagrados por la ley en los cuales no es posible emitir en contra del agente un juicio de exigibilidad de actuar de una u otra manera, ya que en tales excepciones la conducta no se torna jurídica o lícita para el ordenamiento, simplemente, la excusa de manera absoluta teniendo en cuenta la anormalidad de la circunstancia bajo la cual se ha realizado y atendiendo a la posición subjetiva del agente (Velásquez, 2011). La naturaleza de las causas de exculpación es distinta de aquella atribuida a las justificantes pues, aunque ambas generan el hacer desaparecer la

responsabilidad penal, en el primer caso es por frustración del juicio negativo de antijuridicidad y, entre tanto, en el segundo del juicio de culpabilidad. Como sostiene Velásquez (2011):

“[L]a culpabilidad no sólo falta cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales, sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de ‘no exigibilidad’, porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivadora excepcional que el hombre medio no podría soportar”; así mismo señala, “el derecho penal se dirige a hombres normales y no a seres legendarios o mitológicos, o a héroes o santos” (p. 56).

De esta manera, las causales de inculpabilidad se fundamentan en aquel principio según el cual nadie está obligado a lo imposible.

El artículo 32 de la Ley 599 de 2000 señala el catálogo de causales de inculpabilidad. Este se une bajo el criterio de la “no exigibilidad”, reconociéndoles el legislador su pleno valor eximente y agrupándolas con el nombre de ausencia de responsabilidad, nombre que la doctrina ha preferido que sea ‘causas de inculpabilidad o disculpa’ (Velásquez, 2011). Dichas causales son: (i) insuperable coacción ajena, (ii) miedo insuperable, (iii) estado de necesidad exculpante y (iv) error de prohibición invencible.

Se han explicado de manera general la estructura dogmática del delito introducida por el Código Penal Colombiano. Ahora es necesario analizar las causales de aplicación del principio de oportunidad contenidas en la norma analizada desde la óptica de las causales de inculpabilidad.

2.1. Análisis dogmático de las causales de aplicación del principio de oportunidad en el caso de adolescentes desvinculados del conflicto armado.

Como se ha afirmado, el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 introduce una causal al ordenamiento procesal penal colombiano para que, la Fiscalía General de la Nación renuncie, interrumpa o suspenda la acción penal en aplicación del principio de oportunidad. Dicha causal se dirige a los adolescentes que 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. Sin embargo, este supuesto debe complementarse con alguna de las cuatro causales expuestas por la norma en mención, tales son que:

- “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 permitían 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.”

Es necesario realizar un análisis dogmático de cada una de estas con el propósito de demostrar que son causales de inculpabilidad y no de aplicación del principio de oportunidad.

2.1.1. Primera, segunda y tercera causal. (i) Cuando “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”; (ii) “Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad”; (iii) “Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social”.

Para analizar estas causales, hay que recordar que en un apartado anterior, se estudió cómo la inserción de un adolescente en un grupo al margen de la ley no se puede considerar voluntaria –o proveniente de una decisión propia– al venir determinada siempre por circunstancias de desequilibrio social, económico y político como la violencia intrafamiliar, la falta de recursos al interior del hogar y por la existencia misma del conflicto (ICBF & MEN, 2009).

Recuérdese que Natalia Springer (2012) al respecto señala que:

“[E]n ningún caso en el reclutamiento media la voluntad de los niños y las niñas (...) esto es un acto de fuerza, facilitado por la vulnerabilidad social y económica de los afectados, pero que, de ninguna manera, tendría lugar sin la existencia de un conflicto armado, cuya violencia produce dinámicas que alienan todos los derechos y las libertades de las comunidades sometidas y arrastra consigo, especialmente, a los más vulnerables” (p.8).

Para el estudio de esas tres causales se pone de presente el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones corresponsables en materia de infancia y adolescencia, que van a incidir en el análisis de la culpabilidad del menor, en tanto aquel, ha fallado en el deber constitucional e internacional de “promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente” (Pavajeau, 2007, p. 74)⁸

Normalmente, los niños antes de ser incorporados a las filas de los grupos armados ilegales, viven en circunstancias de inferioridad y de deficiencia de socialización; no cuentan con condiciones de vida adecuadas ni el disfrute pleno de sus derechos (sin educación, cultura, vivienda digna, deporte, ante riesgo inminente de pérdida de la vida o integridad física por el conflicto armado). Es una población que es demasiado vulnerable pues se ubican en zonas de alta influencia de los grupos armados ilegales (FARC, ELN, BACRIM, para el caso colombiano), quedando a merced de estos en su condición de supuestos *garantes* de sus derechos desplazando y reemplazando al Estado de toda obligación y deber constitucional de velar y proteger a la población y las comunidades menos favorecidas.

Esta situación denota el incumplimiento por parte del Estado en materia de infancia y adolescencia. Gómez (2007) enlista los olvidos del Estado en los casos de niños vinculados al conflicto armado, así:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural (artículo 29 numeral 1, Convención de los derechos del niño).” (p. 35)

Por las circunstancias tan lamentables que viven los niños, niñas y adolescentes en zonas sensibles para el reclutamiento, se llega a la percepción por parte de estos y la comunidad, que la mejor opción para salir de esa forma de vida, es a través de la vinculación al conflicto armado, constituyéndose esta como la única opción. (Procuraduría General de la Nación, USAID y OIM, p. 19 y 20).

Ahora bien, no solo las condiciones personales, sociales y familiares de especial vulnerabilidad, son las que conducen a que los menores de edad sean reclutados, y a consecuencia de lo cual, se vea menguada su culpabilidad. Son también las vivencias de la guerra, las que la anulan. Así, Goodwin- Gill y Ilene Cohn (1994) en su artículo "*Child Soldiers, The Role of Children in Armed Conflicts*" señalan que en el reclutamiento, los menores de edad sufren abusos físicos y mentales, desequilibrios emocionales causados por el riesgo evidente de muerte o lesiones graves en combate y deformación de valores como resultado de sus experiencias en la guerra. Por ejemplo, señalan los autores, los niños iraníes durante la guerra con Irak fueron ubicados en campos minados con el fin de detonar las minas antes de que los soldados adultos pisaran el lugar, esto les generó, a los sobrevivientes, mutilaciones y traumas psicológicos (Goodwin & Cohn, 1994). Con frecuencia en los conflictos armados los menores son golpeados o torturados con el fin de fomentar la disciplina y crear asesinos listos malversando sus valores y destruyendo su conciencia respecto al bien y el mal. Aquí es donde falla la conciencia de antijuridicidad de la conducta, "por falsa o insuficiente valoración normativa". (Gómez, 2007, p. 73)

Esta valoración remite directamente a una causal de inculpabilidad expuesta por el Código Penal (L.599/2000); se trata de haber obrado bajo error de prohibición invencible, pues como se dijo, el adolescente mayor de 14 años, está determinado por circunstancias exógenas a su voluntad –su condición social, económica y cultural– para considerar que lo correcto es su pertenencia a un grupo armado y consecuentemente estima de mayor valor su pertenencia a un grupo armado, o la situación de marginamiento social, económico y cultural en que

se encontraba no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad; así como en los eventos en los que no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social. En todos estos casos, falla la conciencia sobre la ilicitud de la conducta.

Pues bien, decir error no equivale a decir ignorancia. El error consiste en una equivocada valoración de la realidad producida por la falta de correspondencia entre lo que existe en el campo de nuestra conciencia y lo que hay en el mundo exterior. Entre tanto, la ignorancia, es un estado intelectual que implica inexistencia de conocimiento sobre alguna cosa. Al respecto la doctrina señala que “se trata de dos conceptos distintos: mientras la primera supone ausencia de conocimiento, el segundo denota un discernimiento distorsionado; aquella pues, es un estado negativo, este uno positivo” (Velásquez, p. 260). En consecuencia, podemos afirmar que, quien ignora no tiene conocimiento alguno sobre determinado hecho, mientras que quien yerra, posee un conocimiento, pero este es equivocado.

El artículo 9 del Código Civil Colombiano señala que “[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa”. De conformidad con este principio toda persona conoce las leyes y a nadie le está permitido ignorarlas, de allí que su desconocimiento no sirva de excusa o eximente de responsabilidad. Sin embargo, este postulado no es absoluto, o mejor, admite excepciones, sobre todo en el ámbito de lo penal. Tales excepciones son las que consagró el Código Penal (L.599/2000) en su artículo 32 numerales 10°, 11° y 12°, las cuales excluyen la responsabilidad penal a las personas que desconozcan o yerren en el contenido de la ley. Cuando el error recae sobre la potencial comprensión de la antijuridicidad de la conducta, se habla de error de prohibición, el cual puede ser vencible o invencible. Es error vencible o evitable cuando se le puede exigir al agente que lo supere, atendiendo las circunstancias concretas en las cuales actúa, entre tanto, es invencible cuando el agente actúa sin culpabilidad o con un grado menor de ella, dependiendo del

alcance del error, tal es el caso de la defensa putativa en donde aparece el error indirecto de prohibición.

El error invencible se da cuando el agente obrando con la diligencia debida, no pudo comprender la antijuridicidad del injusto que realizó teniendo en cuenta su profesión, grado de instrucción, medio cultural, y lo más importante, el contexto social en el que el hecho se produce y la misma redacción del tipo penal.

Desde esta perspectiva, si los adolescentes se desarrollan en un ambiente social, cultural y político en el cual lo “normal” es pertenecer a un grupo al margen de la ley, no se les puede exigir que actúen de otra manera pues obraron bajo error invencible y por lo tanto, esta causal es una causal de inculpabilidad. Pues tienen la comprensión del mundo en un entorno, -p. e. a los adolescentes que crecen en circunstancias sociales, económicas y culturales en las cuales la guerra es lo correcto, no se les puede responsabilizar por actuar de manera distinta a lo que les impone ‘su realidad’-.

Cabe aclarar que la inculpabilidad se presenta cuando el error de prohibición directo es invencible, pues en el vencible la responsabilidad penal se produce de todas maneras, aunque atenuada la pena, y es en este único evento en el cual, procedería la aplicación del principio de oportunidad. Aunque a decir verdad, y como se verá en el siguiente capítulo, el mismo en la práctica colombiana es ineficaz, por lo que únicamente se habilitaría el proceso administrativo de restablecimiento integral de derechos dentro del programa especial que tiene diseñado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2.1.2. Cuarta causal: Cuando el adolescente haya hecho parte o participado en hostilidades por “fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento”. Es decir, motivado por una circunstancia exógena difícil de superar. Desde esta perspectiva, el artículo 32 del Código Penal (L.599/2000) señala dos causales de ausencia de responsabilidad que aplican a esta descripción. Según esta norma, no

habrá responsabilidad penal cuando “se obre bajo insuperable coacción ajena” (N. 8) o “impulsado por miedo insuperable” (N.9). Conviene recordar que según la estructura dogmática del delito, las consecuencias de que una conducta encuadre en una causal de ausencia de responsabilidad es que se libre de la pena en consideración a que se anula la culpabilidad del sujeto. Desde esta perspectiva, esta causal es una causal de inculpabilidad.

No obstante lo anterior, es preciso entender que, por coacción la fuerza material o moral que, es ejercida sobre el cuerpo o la psiquis de una persona y revistiendo suficiente magnitud o intensidad, tiende a cambiar o doblegar su voluntad. Esta constituye una causal de inculpabilidad siempre que reúne los siguientes elementos: a) que se ejerza una coacción sobre otra persona; b) que ésta accione u omita accionar a causa de la misma; c) que la violencia recibida sea, para él, insuperable.

La coacción sobre el agente se traduce en que éste puede ser obligado a través de la violencia al punto de eliminar total o parcialmente su voluntad para determinarse. Así, al suprimir total o parcialmente la libre determinación en la persona, tanto en su capacidad cognoscitiva como en la volitiva se elimina su “libertad moral”. Que dicha coacción sea insuperable significa que el agente no podía resistir o sustraerse. Estas circunstancias inciden en la culpabilidad del agente, lo hacen inculpable.

La inculpabilidad de los adolescentes, por insuperable coacción ajena o miedo insuperable, puede advertirse en los diferentes informes de Organizaciones internacionales encargadas de interpretar los instrumentos internacionales de derechos humanos, donde se puede advertir trabajos de campo serios basados en testimonios reales de adolescentes desvinculados, y donde claramente demuestran que la forma de vivir del reclutado, está permeada de coacción y de miedo; así el actuar delictivo se convierte en mecanismo de supervivencia.

En este sentido, el 9 de septiembre de 1996 la Asamblea General de las Naciones Unidas presentó el informe *Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*, en el cual señala que los niños, niñas y jóvenes soldados una vez reclutados, asumen funciones de apoyo y de combate que entrañan gran riesgo y penuria; son utilizados para prestar servicios como combatientes, mensajeros, portadores o cocineros, al igual que en servicios sexuales. Casi todas las niñas que han sido raptadas por grupos armados se ven forzadas a la esclavitud sexual, sometidas a violencia física y psicológica, y obligadas a prestar otros servicios personales. El reclutamiento de niños, niñas y jóvenes se hace a través de conscripción, secuestro o coacción, y aunque los jóvenes también se presentan “voluntariamente” para prestar servicio, no puede considerarse esta acción como voluntaria. Además identificó grupos de riesgo que tienen mayores posibilidades de convertirse en niños, niñas y jóvenes soldados: los jóvenes separados de sus familias, especialmente los desplazados, los niños, niñas y jóvenes con poca o ninguna formación académica, los que provienen de los sectores más pobres de la sociedad o de entornos familiares destrozados o los que vienen de zonas de guerra.

Colombia no es la excepción; dentro de la dinámica del conflicto armado interno que permanece vigente en el país desde hace más de 50 años, el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados ilegales ha sido una constante manifiesta, en razón a que los reclutados a tan corta edad, les representa economía de fuerza, manutención barata, fácil acondicionamiento ideológico y manipulación de su propia persona; en tal sentido, los menores son empleados en diferentes actividades delictivas y además obligados a tomar parte directa en el conflicto, como combatientes; y esto naturalmente les hará no solo variar su concepción entre el bien y el mal, sino que estarán compelidos a actuar al compás de las exigencias de los comandantes.

En este sentido, Pachón (2009), describe cómo la vida de los adolescentes en el marco del conflicto armado, está fundamentalmente familiarizados con la muerte:

se los enseña a matar y se los adiestra en las múltiples formas de hacerlo violenta y dolorosamente. Sus recuerdos tienden a privilegiar la brutalidad y sadismo del entrenamiento (p.12).

“Los testimonios revisados muestran los extremos inimaginables alcanzados durante estos procesos de entrenamiento, en los cuales no solo se les exigía matar a una persona, sino que con frecuencia este proceso recaía en los mejores amigos a quienes además debían descuartizar. Era necesario probar su obediencia a las órdenes del comandante y cómo éstas se encontraban por encima de cualquier sentimiento. Los relatos atestiguan cómo si los niños no cumplen la orden, ellos serían las próximas víctimas y cómo, muchos de ellos, terminan familiarizándose con la muerte y las más aterradoras formas de matar. Se recuerda cómo las víctimas, atadas de pies y manos, rogando porque no les quitaran la vida, eran ejecutadas por ellos, ante la mirada amenazadora del comandante y de los compañeros: “(...) Le corté el cuello, los pies, y los brazos. Me sentí muy triste y lloré (...). Nada más podían hacer” (Pachón, 2009, p. 12).

La narración de una adolescente sobre su vida en el conflicto, citada por Pachón (2009) describe la situación:

“(…) Tenía que matar a una señora (...) yo lloraba y le decía al comandante: ‘No, mi comando, yo no hago eso, yo no voy a matar a nadie’. El me respondió: ‘Si no la mata, tiene que morirse usted’. (...) Y, pues lo hice. Fui y la mate (...) No sé si la señora era sapa o qué, pero me dio mucha tristeza; uno sin estar acostumbrada a eso. Pero la maté y después ya no me daba miedo nada. Eso es como una costumbre, es como el vicio al cigarrillo, que uno no lo deja. Y así me envíe a quitarle la vida a la gente (...) Después me mandaron a matar a unos niños y a unos señores. Me volví malísima, porque a uno allá le toca matar a la gente y le toca quitarle los dedos, despresarlos, descuartizarlos. El paramilitar es tenaz” (p. 13).

Si se perciben, las causales 1, 2, 3, y 4 del art. 175 de la Ley de Infancia y Adolescencia, conducen a afirmar que el adolescente, en el contexto de un conflicto armado y estando reclutado por un grupo armado ilegal, no podría actuar de otra manera, es decir, que estaba coaccionado por alguna circunstancia exterior a él, que no le permitía obrar distinto. En últimas, no hay exigibilidad de otra conducta.

Ahora bien; si el principio de oportunidad se aplica a conductas típicas, antijurídicas y culpables y si éstas causales del art. 175 L. 1098/2006 anulan la culpabilidad de una conducta, es decir, su condición de delito, la figura estudiada es inaplicable desde el punto de vista dogmático y solo operaría en los eventos de las causales 1, 2, y 3, *únicamente* cuando el error de prohibición sea vencible.

Finalmente, se estudiará la figura del principio de oportunidad desde un análisis de eficacia, donde será necesario determinar si el mismo en el marco de adolescentes desvinculados de grupos armados al margen de la ley, realmente cumple con los postulados de política criminal.

3. DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ADOLESCENTES DESVINCULADOS DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY, ¿REALMENTE CUMPLE LAS RAZONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO?.

3.1. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL.

El principio de oportunidad y la globalización conforman una unidad inescindible. La influencia de la globalización económica se ha dejado sentir en el sistema de justicia penal. En tal sentido, “los criterios de mayor eficiencia y menor costo han afectado el proceso penal y la ejecución del castigo (...) es un sistema

profundamente preocupado por los costos económicos de la justicia” (Acuña & Muñoz, 2006). Por esta potísima razón, solo deben llegar a juzgamiento los casos importantes que ameriten los costos del Estado.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 988 del 29 de noviembre de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis, señaló que el “Principio de oportunidad”, es de naturaleza estrictamente excepcional, supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado.

Este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia. No se trata de discriminar conductas con medidas distintas, para sustentarlas del ámbito penal, sino que se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta, conforme a una valoración político criminal”.

La política criminal es definida desde la jurisprudencia como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (C. Const. C-936/2010 M.P.: Vargas Silva, Luis Ernesto). Como se percibe, esta institución tiene un carácter teleológico, es decir, se funda sobre la búsqueda de un fin específico; al respecto, la jurisprudencia citada señala que es “la protección de los intereses esenciales de la Organización Política y de los derechos de las personas residentes en el territorio nacional” (ibídem). La existencia del Estado se justifica en cuanto protege

los derechos de las personas y de allí que este sea uno de sus principales intereses. Esto quiere decir, que la política criminal desde un análisis netamente jurídico, busca proteger los derechos de las personas que habitan el territorio colombiano.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional sostiene que la razón de ser de la política criminal es la garantía del derecho al acceso a la administración de justicia (C. Const. C-175/2012, M.P.: Vargas Silva, Luis Ernesto). Este derecho de índole constitucional tiene tres pilares que lo conforman: i) la posibilidad de acudir y plantear un problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto y iii) que tal decisión se cumpla de manera efectiva (C. Const. T-295/2007, M.P.: Tafur Galvis, Álvaro). Estos pilares se pueden resumir en un solo postulado: *la materialización de la eficacia de la administración de justicia*. Tanto la competencia, como los términos para resolver un caso y la manera de ejecutar la sentencia, son asuntos que están determinados en la Ley, sin embargo, para que dichas normas sean eficaces, para que se garantice el derecho a la justicia, se requiere que el Estado cree un conjunto de políticas que le permitan a las autoridades judiciales cumplirlas. Por ejemplo, un Juez sabe los términos para resolver un proceso, sin embargo, si en su despacho hay congestión por acumulación de procesos, si hay mucha carga laboral, difícilmente va a poder administrar justicia y, de manera consecuente, el Estado no podrá garantizar el derecho a la justicia que tienen los ciudadanos. Es en este escenario, que la política criminal adquiere sentido como un conjunto de maneras de garantizar la efectividad de la justicia.

Se ha percibido que una de las maneras de lograr la eficacia de la administración de justicia penal es evitando que hechos que afecten levemente el ordenamiento jurídico sean llevados a juicio (Comisión Asesora de Política Criminal, Min. Justicia, 2012). Bajo esta lógica los delitos de baja lesividad, es decir, aquellos que afectan muy levemente los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, deberán ser objeto de estudio de la política criminal quien deberá crear

estrategias para evitar que sean llevados a juicio y, consecuentemente, permitirle a los jueces concentrarse en asuntos que tengan más relevancia desde el punto de vista jurídico –p. e. el narcotráfico–. Así las cosas, es correcto afirmar que la política criminal pretende evitar que determinados procesos de baja lesividad lleguen a juicio ahorrando costos económicos y humanos que se pueden invertir en asuntos de mayor criminalidad.

En este orden de ideas, el fin de la política criminal con la aplicación del principio de oportunidad, según García (2009) consiste en la eficiencia del sistema. La aplicación del principio de oportunidad debe permitir reducir la sobrecarga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el Órgano Judicial conozca conductas delictivas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobre poblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del país.

Visto desde una perspectiva económica, el principio de oportunidad es estimado como una herramienta procesal idónea en aplicar el postulado de *menor costo, mayor beneficio*. En ese sentido, le permitirá al Estado perseguir con mayor celeridad y eficacia los delitos de mayor impacto social e imponer penas más ejemplarizantes, que a pesar de ser un poco más cortas, generan una mayor prevención general en la comunidad, al tiempo que le dan credibilidad a las instituciones judiciales (Orejarena, 2007, p. 26).

Queda por analizar si el fin último del principio de oportunidad, se cumple en el marco de los adolescentes desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, es decir, si se están ahorrando costos económicos y humanos en la administración de justicia penal.

3.2. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ADOLESCENTES DESVINCULADOS DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY

El principio de oportunidad, conforme a lo estudiado en la segunda parte de este análisis, “hace referencia a las razones por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los casos que establezca la ley y dentro del marco de la política criminal del Estado” (C. Const. C-925/2005, M.P.: Cepeda Espinosa, Manuel José). Desde esta percepción, es una institución jurídica que termina de manera anormal un proceso penal, es decir, sin que haya una sentencia absolutoria o condenatoria con base en la realización de un juicio oral y público. Así, contribuye a la efectividad de la justicia en la medida que permite darle prioridad a asuntos de mayor trascendencia jurídica.

Se ha visto como, una de las maneras creadas por el legislador para evitar llevar a juicio a personas que cometen delitos que revisten baja lesividad y, consecuentemente, hacer más eficaz la administración de justicia, es la aplicación del principio de oportunidad que le permite al acusador renunciar, suspender o interrumpir la acción penal. Al respecto, la jurisprudencia señala que “la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido, la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado, y la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal” (C. Const. C-936/2010 M.P.: Vargas Silva, Luis Ernesto).

Naturalmente, el principio de oportunidad es de aplicación excepcional, pues la regla es el principio de legalidad, al tener el Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, el deber de iniciar la acción penal en todos los casos que revisten la apariencia de un delito.

No obstante, en el contexto de los adolescentes infractores de la ley penal, desvinculados de grupos armados al margen de la ley, se ha afirmado por un sector de la doctrina, que la fórmula planteada funciona a la inversa. Es decir, el principio de oportunidad es la regla general, y el de legalidad, la excepción.

Así claramente lo plantea Gómez (2007), quien explica que el cambio de paradigma en este sentido tiene como fundamento el principio de integralidad-simultaneidad, el cual es la clave para entender que en materia del proceso penal del adolescente, el principio de oportunidad no funciona como una excepción sino como una verdadera y fundante regla general, pasando a naturaleza meramente excepcional la obligación de llevar adelante la judicialización del menor de edad.

Por ello, la política criminal en la figura de la oportunidad en el caso de los adolescentes, tiene unos matices impuestos por el Derecho internacional de los derechos humanos, que lo diferencia del principio de oportunidad aplicable en adultos. La Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos adicionales, ratificada por el Estado colombiano y aprobada mediante la Ley 12 de 1991, así como las Reglas de Beijing y las Directrices del Riad, que si bien no son tratados internacionales, hacen parte de una fuente del Derecho internacional obligatoria para los Estados, por encontrarse dentro de la Costumbre internacional, permiten inferir que la implementación del principio de oportunidad en la Ley 1098 de 2006, art. 175, tiene una orientación tendiente a garantizar el interés superior del menor, bajo el paradigma de la protección integral, evitando las consecuencias que un proceso penal acarrea y encaminando su personalidad hacia la rehabilitación y la restauración de su dignidad, malograda con ocasión del conflicto armado.

Así, el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño, integrada a la legislación interna a través de la Ley 12 de 1991, exige que los derechos especiales de los menores de edad, tienen que ser vistos en perspectiva sistemática atendiendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las

Naciones Unidas y desarrollando la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, lo cual también ha sido enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del niño y en la Declaración de los derechos del niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular en el art. 10). En el ordenamiento jurídico colombiano, el interés superior del menor está garantizado en el artículo 44 de la Carta Política y desarrollado, entre otros en los artículos 7 y 8 del Código de Infancia y Adolescencia, complementado con el principio de prevalencia (artículos 9 y 17 *ibidem*).

El paradigma de la protección integral y del interés supremo del menor, se ve reflejado en el proceso penal del adolescente conforme las siguientes reglas del derecho internacional consuetudinario. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), establece que el tratamiento jurídico que debe dársele a un adolescente, debe ser interdisciplinario, *efectivo, humano y equitativo* (regla 1.3.) y la justicia de menores deberá administrarse en el marco general de justicia social (regla 1.4.). Por su parte, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), establece que las actividades del Estado en materia de niños, niñas y adolescentes, deberá guiarse por la justicia y la equidad y bajo la finalidad de velar por el interés general de los jóvenes (Directriz I.5,c).

Por otra parte, las normas internacionales que le dan sustento al principio de oportunidad, tienen la orientación fundamental de *reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley*, en la solución del conflicto del adolescente que tenga problemas con la misma (Reglas de Beijing 1.3.). En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño considera como apropiado y deseable

establecer medidas concretas que eviten “recurrir a procedimientos judiciales” (art. 40 num. 3° literal b). Sobre el particular, las Reglas de Beijing ordenan a las autoridades estatales, el deber de examinar la posibilidad, de ocuparse de los menores delincuentes “sin recurrir a las autoridades competentes (...) para que los juzguen oficialmente” en armonía con el principio de protección integral. (Reglas de Beijing 8.1 y 8.2). Así también, las Directrices de Riad, determinan que las autoridades oficiales en el caso de un adolescente infractor, deben hacer lo posible de sustraer a los jóvenes del sistema de justicia penal (Directriz 58 de la RIAD).

Como puede advertirse, los estándares internacionales de protección de derechos humanos, en el caso de los adolescentes infractores de la ley penal, imponen la necesidad de no acudir a procedimientos judiciales, y por el contrario establecer procedimientos justos, equitativos y eficaces, tendientes a garantizar el principio del interés supremo del menor y la protección integral.

Esta conclusión, es la que ha llevado a afirmar a muchos, que dichos estándares son la base para afirmar que en los procesos de los adolescentes el principio de oportunidad es la regla y no la excepción.

No obstante, aquí se considera por todo lo expuesto, que en los casos de infractores de la ley penal vinculados a grupos armados al margen de la ley, el Derecho penal no tendría que intervenir, ni siquiera dando aplicación al principio de oportunidad, porque cómo se vio, éste tipo de población son víctimas (en términos de derechos humanos) o sujetos pasivos (en términos de dogmática penal) del delito de reclutamiento forzado, pues su vinculación ha obedecido a circunstancias, personales, familiares y sociales que los hacen vulnerables a ser reclutados, por lo que ven en el reclutamiento, la única posibilidad de vida, con lo cual se altera su conciencia de antijuridicidad. Ahora, todas las conductas delictivas que cometan al interior del grupo armado, están influenciadas ya sea por

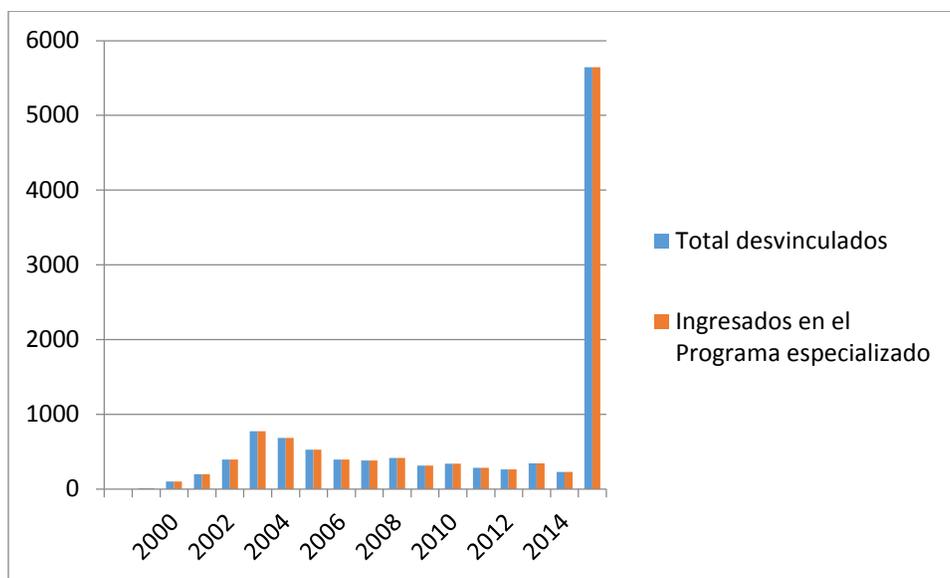
el temor a ser sacrificados si no cumplen órdenes, o por la insuperable coacción de los comandantes. transversalizando así, la naturaleza penal del tema, con el contenido de derechos humanos, la conclusión es evidente: el *ius puniendi*, aquí encuentra su límite, y esta clase de conflictividad social, debe solucionarse por otras vías.

Bajo esta óptica, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y de la adolescencia) establece en su artículo 175, respecto de los menores desvinculados del conflicto armado, que *“(l)os 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”*. Luego, esta salida que se enmarca en el proceso administrativo (y no en el penal), es una salida viable para solucionar el conflicto, y el derecho penal deja de actuar, haciendo alarde a su consideración de *última ratio*.

Esta solución es acorde con la realidad en la cual se desenvuelven los operadores del sistema, quienes frente a adolescentes desvinculados de grupos armados al margen de la ley, no son remitidos a la Fiscalía General de la Nación, para que éste decida iniciar un proceso de responsabilidad penal o dar aplicación al principio de oportunidad. Por el contrario, en el programa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se inicia directamente un proceso administrativo de restablecimiento integral de derechos, y la única denuncia que se hace, es en contra de los comandantes, por el delito de reclutamiento forzado. Esto permite percibir dos circunstancias: la primera, es que, al no ponerse en conocimiento de la Fiscalía Delegada, denuncias en contra de los adolescentes desvinculados, la figura del principio de oportunidad en los términos de la norma estudiada (Art. 175 L.1098/2006) pierde su aplicabilidad, pues el Fiscal no tendrá nada de que disponer discrecionalmente.

Las estadísticas suministradas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, demuestran que de los adolescentes desvinculados, todos son remitidos al *Programa especializado para la atención a niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados ilegales*, y ninguno es llevado ante el ente de persecución penal.

Cuadro No. 1. Adolescentes desvinculados de grupos armados al margen de la ley frente a Adolescentes incluidos en el Programa Especializado para la atención a niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados ilegales



Fuente: ICBF.

Este dato cuantitativo demuestra que las causales previstas en el Art. 175 de la Ley de Infancia y Adolescencia no es eficaz, en los términos que lo plantea Hans Kelsen (2009), entendida la eficacia, como la aplicación real de la norma en cuanto reguladora de la actividad humana. Entonces, si la norma estudiada no se aplica, no es eficaz.

La segunda, es que, de iniciarse un proceso penal en contra de los adolescentes desvinculados, este sería necesariamente archivado en virtud de la aplicación del principio de oportunidad. De esta última circunstancia se deduce que la aplicación del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 genera un desgaste procesal, pues, ante la evidente inaplicabilidad de la norma, los fiscales necesariamente deben archivar el proceso, lo cual requiere la elaboración de documentos que copan el tiempo del acusador, de sus asistentes, la inversión del gasto público en este aspecto, y el desgaste procesal que debería utilizarse en delitos de mayor gravedad *social*. En suma el principio de oportunidad aplicado a adolescentes desvinculados de grupos ilegales, no cumple con la teleología de la política criminal del Estado, por un lado, porque no hace más efectiva la administración de justicia, y por el otro, porque no garantiza materialmente el principio de protección integral ni el del interés supremo del menor, que aplicado a las infracciones de la ley penal, por parte de los adolescentes, llevan a la solución del conflicto con medidas extrapenales, esto es administrativas, que garanticen tratamientos efectivos, equitativos y justos.

Así las cosas, la norma objeto de estudio carece de aplicabilidad en la medida en que no contribuye a la efectividad de la administración de justicia pues desgasta inútilmente el sistema procesal al generar trámites para que el Acusador archive un proceso basado en una norma que, por los tres análisis hechos en este documento – (i) la situación de víctima de los menores, (ii) las causales de inculpabilidad introducidas por esta norma y (iii) la política criminal del Estado –, no se puede aplicar, lo que lo obliga a quitarle la prioridad a asuntos que en realidad requieren la intervención de la función del Estado penal.

4. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 175 LEY 1098 / 2006

Se han desarrollado tres facetas de análisis sobre la norma estudiada, por los cuales la misma es inaplicable. Sin embargo, la norma no es inaplicable por sí misma, por el contrario, requiere un análisis y una fundamentación por parte de la autoridad so pena de prevaricar. Del argumento a través del cual se puede valer el operador jurídico para dejar de aplicar esta norma, se hace énfasis a continuación.

En la teoría pura del derecho, Hans Kelsen planteaba que las normas del derecho interno eran válidas, en tanto se conformaran con el derecho internacional y en el sistema jerárquico de las normas, las leyes estarían supeditadas a la Constitución y ésta a su vez, está en la obligación de adecuarse a las exigencias del Derecho internacional.

La Constitución Política de 1991 establece en su artículo 4° una fórmula de aplicabilidad del derecho basada en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico positivo, según ésta; “(l)a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”⁹. Según lo anterior, el constituyente previó casos problemáticos de incompatibilidad entre la Ley promulgada por el congreso

⁹ Al respecto la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-415 de 2012 (M.P.: González Cuervo, Mauricio) que: “(l)a noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico (...) Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución (...) La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma *normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4°”.

y la Constitución Política elaborada por el pueblo en su condición de constituyente primario y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en su representación, y, ante ésta previsión, introdujo una fórmula de solución que reafirma la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico dándole aplicabilidad preferente, respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico.

Conviene en éste punto hacer una aclaración conceptual; el artículo 4° de la Constitución señala una fórmula de aplicabilidad del derecho para la solución de determinados casos y no una para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. Esto se reafirma cuando percibimos que en la práctica para hablar de la inconstitucionalidad de una ley se requiere un pronunciamiento de la Corte Constitucional que así lo determine y que ha sido causado por el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad o por control constitucional de las normas que directamente le corresponde. Entre tanto, toda autoridad judicial y administrativa –no solo la Corte Constitucional–, a la cual se haya expuesto un conflicto entre la Carta Suprema y la Ley u otra norma, podrá aplicar la disposición del artículo 4° y, de esta manera, excluir la aplicación de una Ley u norma que contravenga la Constitución. Desde esta perspectiva, para que un Juez o entidad administrativa, aplique la inconstitucionalidad requiere una sentencia de la Corte Constitucional y, por el contrario, para que no aplique una norma por contravenir la Constitución solo requiere verificar esta situación en el ordenamiento jurídico.

El control de constitucionalidad en Colombia se adhiere a un sistema mixto; es decir, a un sistema que combina el control concentrado en la Corte Constitucional –quien decreta la inconstitucionalidad de una norma que contraviene la Constitución a través de una sentencia– y el control difuso que hace cualquier autoridad –cuando determina que no aplicará una norma por ser contraria a la Constitución a través de una sentencia, un auto o un acto administrativo–. A este último control de constitucionalidad se le llama con rigor

científico 'excepción de inconstitucionalidad'. Al respecto la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-122 de 2011 (M.P.: Henao Pérez, Juan Carlos) que:

“La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución (...) Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.”

Como se percibe la Corte subraya una diferencia fundamental entre la inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad. Mientras la inconstitucionalidad decretada por la Corte Constitucional quita los efectos a una norma del ordenamiento jurídico de manera general, la excepción de inconstitucionalidad solo tiene efectos entre las partes del proceso en el cual se declaró inaplicable un derecho por ser contrario a la Constitución¹⁰. Esta diferencia será de vital importancia a efectos del análisis que aquí se propone, sobre el cual se volverá más adelante.

Atendiendo al breve desarrollo conceptual que se ha elaborado sobre la fórmula de inaplicabilidad del derecho contrario a la Constitución que establece el artículo 4° de la Carta Política, es menester indicar que la Carta, no debe verse como una isla dotada de soberanía soberbia y completamente apartada del Derecho internacional. Hoy en día la Constitución Política, se entiende en sentido material, imbuida por el Derecho internacional, principalmente en materia de derechos humanos; lo que jurisprudencialmente se ha conocido como bloque de constitucionalidad, entendido como “aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.” (Corte Constitucional, sentencia C-067/2003).

¹⁰ Esta diferencia también se percibe en la sentencia T-103 de 2010 (M.P.: Pinilla Pinilla, Nelson) cuando señala que: “(l)a excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberánacompararse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado”.

Entendida la Constitución como un sistema lógico y coherente, garantizador de una unidad normativa, es necesario entender que comparado el art. 175 con dicho sistema único, resulta que en el caso concreto, de los adolescentes desvinculados de grupos armados al margen de la ley, la norma legal, resulta inconstitucional, pero como no puede serlo *erga omnes*, hasta tanto, no lo declare de esta manera la Corte Constitucional, debe serlo por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, según la cual, el operador jurídico o administrativo, debe dejar de aplicar el mencionado art. 175 y aplicar de preferencia ese bloque normativo. Los argumentos para dejar de aplicar la figura, fueron estudiados entre los tres capítulos de este documento, en los que se determinó la manera en que el paradigma de la protección integral puede ser aplicado de manera coherente y sistemática, con la dogmática penal y la política criminal del Estado, concluyendo que la conflictividad que genera el adolescente desmovilizado de grupos ilegales, no debe merecer la atención del Derecho penal, y que la misma debe ser dejada en manos de las políticas públicas del Estado, lo mismo que la garantía efectiva de los derechos de las víctimas de las conductas cometidas por los adolescentes.

CONCLUSIONES

El artículo 44 de la Constitución Política, consagra los derechos fundamentales de los niños a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

El artículo 44 *Supra*, encuentra respaldo en diversos instrumentos internacionales –integrantes del bloque de constitucionalidad–, como la Convención sobre los derechos del niño y sus protocolos adicionales, la Declaración sobre los derechos del niño, entre otros.

La unidad normativa, consagra la prevalencia de los derechos de los niños y el interés supremo del menor, interpretados bajo el paradigma de la protección integral. En el plano de adolescentes infractores de la ley penal que han cometido conductas al interior del grupo armado ilegal, ¿qué significan esto?

La conclusión interpretativa que conserva la unidad normativa junto con el art. 44 y que resuelve la pregunta, es la siguiente: (i) los adolescentes desvinculados de grupos armados ilegales son víctimas, por tanto sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzado; (ii) aunque el adolescente decida

voluntariamente ingresar al grupo armado ilegal, se entiende que el reclutamiento es forzado; (iii) los adolescentes que ingresan a hacer parte de las filas armadas, lo hacen porque viven condiciones de vulnerabilidad social donde hay total ausencia del Estado; (iv) estas especiales circunstancias personales, familiares y sociales, alteran la conciencia sobre la ilicitud de la conducta en los adolescentes, pues encuentran en el conflicto armado, el único proyecto de vida posible; (v) estando al interior de los grupos, por la dinámica de la violencia, los delitos que cometen los adolescentes, van influenciados por el miedo insuperable o por una insuperable coacción ajena que proviene de los comandantes, quien al ver que no cumplen sus órdenes, los amenazan con matarlos o matar a sus familias; (vi) todas estas circunstancias, hacen que el adolescente que cometa delitos perteneciendo al grupo armado ilegal, no se le pueda exigir otra conducta distinta a la desplegada; (vii) esto permite establecer, que las causales del art. 175 de la Ley 1098 de 2006, no son causales de aplicación del principio de oportunidad, sino causales de inculpabilidad; (viii) no obstante, por motivos de política criminal, no sería necesario llevar a juicio éstas conductas, por lo que podría darse aplicación al principio de oportunidad y proceder a archivar las diligencias; (ix) aplicando los estándares internacionales de los derechos humanos, guiados por el principio de protección integral, interés supremo del menor, y prevalencia, no es necesario en estos casos la intervención del Derecho penal, ni siquiera para dar aplicación al principio de oportunidad, porque, ni cumple la teleología de la política criminal, pues no vuelve eficaz el proceso penal, sino que lo desgasta, ni aplica los postulados de la política criminal en adolescentes, que pretender evitar la solución del conflicto con arreglo a la ley.

Hecho este breve estudio, se concluye que la norma contenida en el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 presenta tres problemas de aplicabilidad. El primero es un problema legal, pues la naturaleza del principio de oportunidad hace que este se dirija para los autores de conductas consideradas delitos, es decir, victimarios; este problema surge cuando percibimos que legal y doctrinalmente el

adolescente no es un victimario, por el contrario, se considera una víctima. El segundo es un problema dogmático pues el principio de oportunidad solo procede cuando hay claridad de que la conducta es típica, antijurídica y culpable; sin embargo, se evidencia que las causales son circunstancias de inculpabilidad y, en consecuencia, no hay responsabilidad penal. El tercero es un problema de política criminal pues la razón de ser del principio de oportunidad es hacer más eficaz el derecho penal lo cual no se logra con esta figura al hacer engorroso el trámite de restablecimiento de derechos. De estos tres problemas, surge una conclusión general que responde al problema inicialmente planteado; tal es que la figura es inaplicable, por temas de validez y también por asuntos de eficacia.

Ahora bien; como la figura no es inaplicable por sí misma, requiere la actividad de una autoridad. Desde esta lógica, se halla que el camino para quitarle valor a esta norma y, consecuentemente, dejar de aplicarla, es la vía de la excepción de constitucionalidad.

Es prioridad frente al trámite de la actuación de las autoridades respectivas la restauración de derechos a fin de que el niño, niña y adolescentes interiorice su calidad de sujeto de derechos y obligaciones, poniendo en práctica las condiciones materiales ineludibles para gozar libremente de las garantías y derechos fundamentales propios de un Estado Social de Derecho. Es el Estado en corresponsabilidad con la sociedad y la familia, quienes deben garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los menores, con la ineludible responsabilidad de satisfacerles en sus necesidades básicas, facilitándoles que se cumplan los ciclos vitales.

Por ello cuando cualquiera de los eslabones ha fallado en la garantía del principio de satisfacción integral, del adolescente, debe procederse a restaurar su dignidad dentro de un marco de políticas públicas, aislando de este análisis la intervención del Derecho penal, ni siquiera dando aplicación al principio de

oportunidad. Por esto, el programa especializado de adolescentes desvinculados de grupos armados ilegales, debe ser visto con buenos ojos porque concilia la dogmática penal, con el derecho internacional de los derechos humanos y la política criminal, para que el Estado pueda concentrarse en conductas que causan gran lesividad social.

No obstante, la opinión pública y los medios de comunicación son apabullantes y se manifiestan incisivamente en contra de las políticas del Estado, máxime cuando los menores de edad son capturados y sorprendidos en la comisión de delitos en el marco del conflicto armado, y se alzan voces que exigen una reforma al Código Penal en cuanto al endurecimiento de las penas y al tratamiento que el Derecho penal debe darles, interviniendo profundamente en la esfera de la libertad. No obstante, estos alegatos, no dejan de ser discursos en el marco del neopunitivismo o populismo penal, donde la euforia le gana a la racionalidad y la sacrificada siempre será la libertad personal.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación.

- Constitución Política de Colombia, 1991.
- Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia (Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006).
- Ley 782 de 2002, (Diario Oficial No. 45043 de 23 de diciembre de 2002).
- Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal (Diario Oficial No. 45658 de septiembre 1 de 2004).
- Ley 418 de 1997, (Diario Oficial No. 43201 del 26 de diciembre de 1997)

2. Jurisprudencia, Corte Constitucional

- Corte Constitucional. C-318/2013, M.P.: Guerrero Pérez, Luis Guillermo.
- Corte Constitucional. C-684/2009, M.P.: Sierra Porto, Humberto Antonio.
- Corte Constitucional. C-203/2005, M.P.: Cepeda Espinosa, Manuel José.
- Corte Constitucional. C-415/2012, M.P.: González Cuervo, Mauricio.
- Corte Constitucional. C-122/2011, M.P.: Henao Pérez, Juan Carlos.
- Corte Constitucional. T-103/2010, M.P.: Pinilla Pinilla, Nelson.
- Corte Constitucional. T-577/2011, M.P.: Calle Correa, María Victoria.
- Corte Constitucional. C-006/2012, M.P.: Calle Correa, María Victoria.
- Corte Constitucional. C-936/2010, M.P.: Vargas Silva, Luis Ernesto.
- Corte Constitucional. C-738/2008, M.P.: Monroy Cabra, Marco Gerardo.
- Corte Constitucional. C-175/2012, M.P.: Vargas Silva, Luis Ernesto.
- Corte Constitucional. T-295/2007, M.P.: Tafur Galvis, Álvaro.
- Corte Constitucional. C-925/2005, M.P.: Cepeda Espinosa, Manuel José.

3. Doctrina:

- Aponte, A. (2011). Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Ibañez; Bogotá D.C.

- Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia y Comisión Colombiana de Juristas (2009). El delito invisible. Criterios para la investigación del delito del reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia. ProFis: Bogotá D.C.
- Comisión Asesora de Política Criminal, Ministerio de Justicia de Colombia. (2012). Informe final: diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano. Disponible en: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FIN AL23NOV.pdf
- Córdoba Roda, Juan. (1963). Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista. Ariel; Barcelona.
- Daza González, Alfonso.(2012). El principio de oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados. En: Principia Iuris, Universidad Santo Tomás (N. 18, 2012 II,).
- Defensoría del Pueblo, Organización Internacional para las Migraciones & Agencia para las Migraciones, Misión en Colombia. (2008). Ruta ética jurídica para la atención de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley. Defensoría del pueblo: Bogotá.
- García, Emilio. (2009) Infancia, ley y democracia: Una cuestión de Justicia. Recuperado de [www.unicef.org.co/ley/AI/09/pdef.]
- Goodwin- Gill y Ilene Cohn. (1994). Child Soldiers, The Role of Children in Armed Conflicts. Oxford. Disponible en: <http://www.webjcli.ncl.ac.uk/articles3/maslen3.rtf>.
- Góngora Mera, Manuel Eduardo. (2004). El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. En: Nürnberg Menschenrechte, America Latina (Octubre, 2014).
- Gómez, Pavajeau. (2007). *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*. Ediciones Nueva Jurídica: Bogotá.

- Heller, Herman. (1933). La justificación del Estado. En: Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (Tomo III) (N.9, enero-junio de 1941).
- Human Rights Watch. (2004). Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia. Nueva York: Edición Nueva Gente. Disponible en: <http://www.unicef.org/colombia/pdf/aprend1.pdf>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) (2013). El ABC del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA). Editado por: Jorge Camacho Velásquez. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortallCBF/Especiales/SRPA/p1_SRPA.pdf
- Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes (2004). Derecho Penal: parte general (6.ª edición). Tirant lo Blanch: Valencia.
- Morillas Cueva, Lorenzo. (1991). Metodología y Ciencia penal. Granada; México D.F.
- Poveda Perdomo, Alberto. (1999). Reseña sobre la teoría del delito y las escuelas dogmáticas. En Alé-Kumá Revista Jurídica (n. 6, Neiva), Universidad Cooperativa de Colombia, 1999, p. 89 a 106.
- Springer, Natalia. (2012). Como corderos entre lobos: Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Nova: Bogotá D.C.
- Velásquez Velásquez, Fernando (2011). Manual de Derecho Penal; Parte General. Temis; Bogotá.
- Welzel, Hans. (1952). Posición dogmática de la doctrina finalista de la acción. Depalma; Buenos Aires.
- Welzel, Hans. (1956). Derecho penal: parte general. Depalma; Buenos Aires.
- Welzel, Hans. (1997). Derecho pena Alemán. Jurídica de Chile; Santiago.