

LA JUDICIALIZACIÓN PENAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESVINCULADOS DE GRUPOS ARMADOS IRREGULARES EN COLOMBIA

Carolina Villadiego Burbano*

En Colombia, el reclutamiento de niños y niñas menores de 18 años para utilizarlos en el conflicto armado es un delito¹. A pesar de ello, entre 6.000 y 11.000 niños y niñas están vinculados a los grupos armados ilegales que participan en el conflicto armado interno², ya que han sido reclutados ilícitamente por los grupos ilegales. Aquellos entre los 12 y los 18 años de edad que se desvinculan de dichos grupos, no solo son considerados víctimas del conflicto³ sino también, infractores de la ley penal, por lo que, son judicializados por un juez de menores o promiscuo de familia de acuerdo con los procedimientos propios de la legislación colombiana vigente.

Durante muchos años se discutió en Colombia si un niño víctima del delito de reclutamiento ilícito podía ser, además, infractor de la ley penal. Por un lado, quienes consideraban que esto no era posible, argumentaban que constituía un contrasentido judicializar penalmente a un niño por haber participado en el conflicto, cuando su participación en éste, era el resultado de un delito que se cometió contra él. Por otro lado, quienes creían que esto era factible, aducían que si bien su participación en el conflicto era el resultado de un delito del que fue víctima, en el marco de su participación en el mismo, pudo haber cometido delitos de gran gravedad que deberían ser investigados.

En el 2005, la Corte Constitucional colombiana definió que los niños y niñas desvinculados de grupos armados ilegales en Colombia, a pesar de ser víctimas del conflicto armado, podían ser judicializados penalmente, debido a los delitos que hubieren podido cometer con ocasión de su participación en el conflicto⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe realizarse algunas preguntas que serán analizadas en el presente escrito. En primera instancia, ¿cuál es en realidad el tratamiento jurídico que reciben los niños y niñas que son judicializados penalmente en Colombia? Además, dado que el Congreso colombiano expidió la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz -que establece que los miembros de los grupos armados ilegales que entreguen menores de edad que han reclutado ilícitamente y que se encuentren en un proceso de negociación con el gobierno, tienen derecho a no perder sus beneficios jurídicos y económicos, a pesar de haber cometido un delito contra el derecho internacional humanitario- vale la pena cuestionarse si ¿es

* Abogada Colombiana, egresada de la Universidad de los Andes de Colombia.

¹ Código Penal colombiano, Artículo 162: “el que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute a menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en una pena de prisión de seis a diez años y una multa de seiscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

² Ver: Humans Rights Watch, “Aprenderás a no llorar”, Bogotá, 2004; y Defensoría del Pueblo de Colombia, “Informe sobre la situación de la niñez en Colombia”, Bogotá, 2001.

³ Ver. Artículo 6. Ley 782 de 2002 de la República de Colombia.

⁴ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-203 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda.

proporcional el trato jurídico que se le brinda a los menores de edad desvinculados de los grupos armados irregulares, respecto del que se le da a los adultos desmovilizados?

En primer lugar, abordemos la judicialización penal de niños y niñas en Colombia. En este punto, lo primero que se debe tener en cuenta es que la Constitución Política colombiana estableció que los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano que reconocen derechos humanos, no susceptibles de ser limitados en estados de excepción, son parte integrante de la Constitución, es decir, pertenecen a lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad. De esta forma, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pertenece al bloque de constitucionalidad⁵.

Por este motivo, y aún cuando algunos “operadores” judiciales y administrativos no lo quieran reconocer, las disposiciones que dicha Convención introduce sobre los menores de edad en conflicto con la ley penal hacen parte de la normativa colombiana. De esta manera, los artículos 37 y 40 de la Convención que establecen las reglas mínimas que se deben tener en cuenta cuando un niño/a cometa una infracción a la ley penal hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Es importante tener en cuenta lo anterior, ya que se ha debatido mucho si se puede expedir un régimen de responsabilidad penal juvenil en Colombia. Por ello, a partir de la lectura de la Convención quedan claras, por lo menos, tres cosas en materia de infancia: a) cada Estado puede definir una edad mínima por debajo de la cual, ningún menor de edad puede ser considerado responsable penalmente; b) cada Estado puede definir una edad por encima de la cual, se puede adjudicar responsabilidad penal siempre y cuando se prevean autoridades especializadas y diferenciadas a la de los adultos, se propenda por la menor intervención judicial posible, y se incorporen medidas privativas de la libertad en casos excepcionales; y c) cada Estado debe garantizar los derechos humanos, en especial, el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas que se desarrollen en casos de infracciones a la ley penal de adolescentes.

Por otro lado, el Código del menor colombiano dispone que los menores de edad entre los 12 y los 18 años, que cometen infracciones a la ley penal deben ser llevados ante un juez de menores o promiscuo de familia para que éste realice un proceso judicial de “protección”, encaminado a establecer la condición sociofamiliar y personal del niño/a, la gravedad del delito cometido, y determine la medida que se le va a imponer (Art. 204 del Código del menor).

Ahora bien, ¿este proceso judicial de protección, no es en realidad un proceso penal? ¿La medida que se impone por haber cometido un delito, no es en realidad una sanción penal? Independientemente de las discusiones sobre estos puntos, la realidad es que al adolescente que comete una infracción a la ley penal se le tramita en un proceso judicial y el juez, luego de analizar el caso, le impone una sanción que se llama “medida”. Más allá de las críticas que se le hacen a este proceso por la falta de garantías procesales y la excesiva discrecionalidad de

⁵ Ver. Corte Constitucional colombiana, Sentencias C-019 de 1993, C-817 de 1999, y C-203 de 2005.

los jueces para imponer la medida fundamentando su decisión en el “estudio” de la situación personal y familiar del niño, lo cierto es que el proceso judicial es penal, y la medida, es una sanción –diferente a la de adultos, pero sanción al fin y al cabo-.

Por esto, en buena hora la Corte Constitucional colombiana dijo claramente que la responsabilidad penal juvenil es constitucional en Colombia, ya que nuestro país ha ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que además incorpora otros documentos internacionales que contienen la doctrina de protección integral (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de los menores privados de la libertad, Directrices de RIAD, entre otros).

Esto, por supuesto, no quiere decir que la legislación actual no deba ser modificada. Por el contrario, lo que muestra es la plataforma constitucional que tiene la promulgación de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil acorde a los postulados de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. Además, señala la importancia de modificar el Código del Menor actual, ya que con sus disposiciones -propias de la doctrina de situación irregular-, y la falta de aceptación de algunos jueces de menores y promiscuos de familia sobre la incorporación de la Convención por vía constitucional, no se admite que existe responsabilidad penal juvenil en Colombia.

De esta manera, los adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales en Colombia no solo son víctimas del delito de reclutamiento ilícito y su participación en el conflicto armado les niega la posibilidad de crecer en un ambiente digno, sino que además, cuando llegan al Estado y tienen derecho a los beneficios jurídicos, (indulto o cesación de procedimiento) se pueden encontrar con “operadores” judiciales que consideran que su proceso no es penal y por lo tanto, no pueden obtener los beneficios jurídicos de los que trata la ley 782 de 2002.

Sin embargo, se puede hacer una reflexión mayor: ¿es aceptable que un Estado que dejó que sus niños y niñas fueran reclutados ilícitamente por grupos armados ilegales, considere pertinente judicializarlos penalmente por los posibles delitos que hayan podido cometer durante su participación en el conflicto? La respuesta a este interrogante debe ser debatida y decidida por toda la sociedad colombiana, y no solo por algunas personas que trabajan en la materia o que son ilustres juristas que deciden sobre la constitucionalidad de las normas.

Pero además, y en segundo lugar, los debates deberían tratar de manera seria otra cuestión: la proporcionalidad entre las medidas jurídicas aplicables a los miembros de grupos armados que se desmovilizan en un proceso de negociación, y aquellas aplicables a los niños y niñas desvinculados de dichos grupos. En efecto, la Ley 975 de 2005 *“por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*, estableció en su artículo 64 que *“la entrega de menores por parte de miembros de grupos armados al margen de la ley no será causal de la pérdida de los beneficios a los que se refiere la presente ley y la Ley 782 de 2002”*.

Lo anterior, a pesar de que el reclutamiento ilícito de niños y niñas menores de 18 años es una conducta tipificada como delito en la legislación colombiana, y penalizada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁶ (ratificado por el Estado colombiano), cuando se ha reclutado a un niño/a menor de 15 años.

Aún así, la legislación colombiana recientemente expedida –Ley 975 de 2005- que da el marco jurídico al proceso de negociación entre el Gobierno y los grupos irregulares, ha previsto que los desmovilizados que entreguen niños/as que se encuentran en sus filas no perderán los beneficios jurídicos a los que tienen derecho (indulto, penas alternativas), mientras que a los niños y niñas desvinculados, no solo se les deberá iniciar un proceso judicial penal sino que incluso, en caso de comprobarse su participación en delitos no susceptibles de ser indultados, pueden incluso perder sus beneficios jurídicos (cesación de procedimiento)⁷.

De esta forma, y aún cuando la Corte Constitucional establece algunos elementos que deben ser considerados por los jueces que tramitan los procesos de los niños y niñas desvinculados⁸, la expedición de la ley 975 de 2005, -tan solo tres meses después de haberse producido el fallo del Alto Tribunal- genera un mayor desequilibrio entre el trato jurídico que se le brinda a los niños/as desvinculados y el que se le da a los adultos que los han reclutado.

Por ello, se hace necesario recordar que el Estado colombiano ha suscrito instrumentos internacionales que lo obligan a proteger los derechos de la infancia, a restablecerlos cuando éstos han sido vulnerados, y sobretodo, a determinar medidas encaminadas a efectuar dicho restablecimiento sin que éstas puedan ser más gravosas que las que se le aplican a los adultos.

En conclusión, aun cuando la judicialización penal de niños y niñas desvinculados del conflicto armado colombiano es constitucional en Colombia, el trato desequilibrado que se le brinda en la actualidad a estos niños/as hace necesario la inclusión de normas acordes con su condición de víctimas del delito de reclutamiento ilícito que, entre otras, considere la posibilidad de no judicializarlos penalmente, en razón a que la Convención Internacional sobre los derechos del niño dispone que en los casos de niños/as infractores se deberá tener la menor intervención judicial posible, y además, que los Estados tienen la obligación de restablecer los derechos de los niños víctimas de violaciones a sus derechos.

⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 8, (2) (e) (vii).

⁷ Ver. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-203 de 2005.

⁸ La Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-203 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, establece que: “En todo proceso de juzgamiento de los menores de edad desmovilizados de grupos armados ilegales se debe analizar, como consideración previa básica, su condición de víctimas del delito de reclutamiento forzado, y las diversas circunstancias que rodean su conducta como miembros de dichos grupos, en particular cuando dichas circunstancias puedan incidir sobre la configuración de responsabilidad en casos concretos –entre ellas: su corta edad, su nivel de desarrollo psicológico, las circunstancias específicas de comisión del hecho, las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, el grado de responsabilidad imputable a los partícipes del reclutamiento forzado así como a los autores intelectuales del delito que sean mayores de edad, la incidencia de las amenazas de muerte o castigos físicos sobre la determinación de la voluntad del menor para cometer el acto, las circunstancias de configuración de un delito político a pesar del carácter forzado del reclutamiento en cada caso, el alcance de los indultos concedidos en casos concretos, y varias otras consideraciones que pueden surtir un efecto concreto sobre la concurrencia, en casos individuales, de cada uno de los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal”.