Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz

Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz

Diego Andrés González Medina
Jorge Fernando Perdomo Torres
Cielo Mariño Rojas

gtz

Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

Con el auspicio de Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Proyecto "Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis". PN: 2007.9065.9-001.00

Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz

© Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH (GTZ), 2009
Primera edición: febrero de 2009
ISBN: 978-958-8438-XX-X
Coordinación del contenido: Claudia López Díaz
Coordinación editorial: Editorial Milla Ltda.

Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH.

Barbara Hess
Directora Agencia GTZ Bogotá

Andreas Forer
Coordinador ProFis

Autores:
Diego Andrés González Medina
Jorge Fernando Perdomo Torres
Cielo Mariño Rojas

Los contenidos representan la opinión de sus respectivos autores.

Fotografía de portada: Juan Manuel Barrero
Composición: Harold Rodríguez
Diseño de carátula, edición, fotomecánica, impresión y encuadernación: Editorial Milla Ltda., tel. (571) 702 1144, editorialmilla@telmex.net.co

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Tabla de Contenido

Presentación 11

Capítulo Primero
Apuntes sobre la reparación judicial
en el marco de la Ley de Justicia y Paz 13
Diego Andrés González Medina
Agradecimientos 13
Introducción 13
I. Concepto de daño 15
A. Diferencia entre daño y perjuicio 16
B. Requisitos del daño 17
1. El daño deberá ser personal 17
2. El daño deberá ser cierto 20
C. Tipología del daño 21
1. Daños materiales 23
a. Daño emergente 23
b. Lucro cesante 24
2. Daño inmaterial 25
a. Daño moral 26
– Daño moral por la muerte de padres, hijos, esposos, hermanos y compañeros permanentes. Jurisprudencia de la Corte IDH y del Consejo de Estado 28
– Daño moral por lesiones personales 32
– Transmisibilidad del daño moral 32
b. Daño a la vida de relación 33
D. Reparaciones 39
1. Daño material 40
a. Por concepto de muerte 40
– Los ingresos de la víctima 40
– La vida probable de la víctima 42
– La dependencia económica 42

b. Por concepto de lesiones personales 44
– Incapacidad total temporal 45
– Incapacidad parcial definitiva 45
c. Por concepto de daño a bienes 45
– Pérdida total del bien 46
– Privación temporal del bien 46
a. Por concepto de daño moral 46
– En asuntos penales 46
– En asuntos civiles 47
– En asuntos contencioso administrativos 48
b. Daño a la vida de relación 49

II. Dos tópicos problemáticos en las reparaciones judiciales en el procedimiento especial de justicia y paz (Ley 975 de 2005) 49
A. Acreditación de la condición de víctima y del daño 52
1. Acreditación de la condición de víctima 52
2. Acreditación del daño 56
a. Régimen de objeción de testigos 57
b. Sobre presunciones, indicios o pruebas circunstanciales se pueden fundar sentencias 58
c. El especial tratamiento de la prueba en tratándose de víctimas de delitos contra la libertad e integridad sexuales 59
d. Los hechos notorios, las prácticas reiteradas de violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario o patrones de conducta, se deberán tener como pruebas del hecho generador del perjuicio 62
e. Acuerdos en cuanto a la prueba 63
f. En relación con graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, se presumirán los perjuicios morales 63
B. Aproximación al concepto de daño colectivo 64
1. Aproximación al concepto de daño colectivo 65
a. Daño colectivo como afectación a un interés difuso o colectivo 65
b. Daño colectivo como afectación a una colectividad 68
2. Autonomía del daño colectivo 69
3. Daño colectivo en el procedimiento especial de justicia y paz 72

Capítulo Segundo
El principio de oportunidad frente
a la Ley de Justicia y Paz 77
Jorge Fernando Perdomo Torres
I. Antecedentes y cuestiones preliminares 77
A. El actual proceso jurídico de desmovilización en Colombia 77
B. Naturaleza política del proceso de paz y de desmovilización 81
C. Breves notas sobre el delito político 83
II. El principio de oportunidad: una alternativa posible 90
A. Cuestiones fundamentales 90
B. El principio de oportunidad y la Ley de Justicia y Paz coinciden en sus fines. Por tanto, la aplicación de la oportunidad en el marco de un proceso de paz es legítima 91
C. Y, ¿qué pasa con la justicia? 95
D. Particularidades de la aplicación del principio de oportunidad a los "milicianos rasos" desmovilizados de grupos armados ilegales 100
1. ¿Es aplicable el principio de oportunidad a hechos sucedidos antes de la reforma al artículo 250 de la Constitución? 100
2. ¿En qué momento procesal es procedente la aplicación del principio de oportunidad? 102
3. Requisitos especiales en este caso 104
4. ¿Es posible una aplicación colectiva del principio? ¿Puede haber control de legalidad colectivo? 109
III. La aplicación del principio de oportunidad a los adolescentes desmovilizados de organizaciones armadas ilegales 110
A. La responsabilidad penal del adolescente 111
B. La responsabilidad penal de los adolescentes pertenecientes a grupos armados ilegales 114
C. El principio de oportunidad es una institución base del sistema de responsabilidad para adolescentes 117
D. Causales de aplicación del principio de oportunidad a los adolescentes desmovilizados 122
de grupos armados al margen de la ley 122
IV. La aplicación del principio de oportunidad a los "testaferros" de organizaciones armadas ilegales 126

Capítulo Tercero
Derechos de las niñas y los niños víctimas
de los delitos contra personas protegidas por
el DIH en el marco de la Ley de Justicia y Paz 137
Cielo Mariño Rojas
I. Derechos de las víctimas 138
A. Definición de víctima 138
B. Derechos de las víctimas 140
II. Niñas y niños víctimas y sus derechos 144
A. Protección especial de la infancia 144
B. Protección especial de la infancia dentro
del derecho internacional humanitario 147
C. Víctima cualificada 149
III. Delitos contra personas protegidas
por el derecho internacional humanitario 151
A. Reclutamiento ilícito 152
1. Marco normativo 152
2. Reconocimiento de la condición de
víctimas de las niñas y los niños reclutados 159
3. Monitoreo establecido mediante la Resolución 1612
de 2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 160
4. Magnitud del reclutamiento ilícito 161
B. Desplazamiento forzado interno 165
1. Marco normativo 166
2. Magnitud del desplazamiento de niñas y niños 168
C. Violencia sexual en el marco del conflicto
armado interno: acceso carnal violento en persona
protegida, acto sexual violento en persona protegida
y prostitución forzada o esclavitud sexual 170
1. Marco normativo 171
2. Magnitud de la violencia sexual 177
IV. Niñez víctima en el Código
de la Infancia y la Adolescencia 179
V. Infancia víctima frente a la Ley de Justicia y Paz 183
A. Garantía de comunicación de las niñas y los niños víctimas 187
B. Participación de las víctimas en los procesos judiciales 188
C. Seguridad 189
D. Niñas y niños testigos 190
E. Protección 191
F. Reclutamiento ilícito y Justicia y Paz 194

VI. La situación jurídica de las personas que realizan comportamientos definidos como infracciones al DIH, antes y después del Código Penal de 2000 195
Bibliografía 201
Anexos 203
I. Ruta de atención 203
A. Garantía de comunicación a las niñas y los niños víctimas 207
B. Participación de las víctimas en los procesos judiciales 208
C. Seguridad 209
D. Mecanismos de protección
Papel de la Procuraduría General de la Nación y el ICBF 210
E. Niñas y niños testigos 211
II. Marco normativo internacional derechos de niños y niñas víctimas de infracciones al DIH 213
III. Marco normativo nacional 229
IV. Estado del arte 2003-2008 237
Sobre los trabajos bibliográficos en Colombia en relación con los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de desplazamiento forzado interno, reclutamiento ilícito y violencia sexual 237

Los autores 255

Presentación

El proyecto alemán "Apoyo al proceso colombiano de paz en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, financiado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Alemana y con la cooperación de la Deutsche Gesellschaft für technische Zusamenarbeit –GTZ–, se permite poner a disposición de la comunidad académica y de los operadores judiciales este libro que desarrolla tres temas propuestos por la Fiscalía General de Nación que han sido cuestionados y que tienen que ver con su interpretación a la luz del procedimiento especial de justicia y paz incorporado en la Ley 975 del 25 de julio de 2005: Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia, que han generado debates académicos interesantísimos y dificultades para los operadores jurídicos a la hora de su aplicación.

El capítulo referido a la reparación judicial fue escrito por uno de nuestros asesores permanentes más jóvenes en el Proyecto, Diego Andrés González Medina. Consta de dos partes: la primera, estrictamente descriptiva, sistematiza la jurisprudencia nacional sobre los elementos del daño, su tipología y las formas de reparación del perjuicio. Allí, se analiza la diferencia entre daño y perjuicio, adoptando Diego González su propia postura; los elementos del perjuicio, a saber, cierto y personal; la muy conocida clasificación entre perjuicios materiales e inmateriales contentivos, en su orden, del daño emergente y lucro cesante, y del daño moral y a la vida de relación, y por último, las formas de reparación adoptadas por los tribunales nacionales.

Luego en el mismo capítulo, se estudiarán dos aspectos problemáticos de importancia manifiesta en el procedimiento especial de Justicia y Paz, a saber: el daño a intereses y derechos colectivos y la prueba del daño para efectos de determinar la reparación judicial. Temas que cuestionan los cimientos de la responsabilidad clásica en punto de los requisitos de existencia del perjuicio.

Seguidamente encontramos el trabajo realizado por Jorge Fernando Perdomo Torres, quien expone las posibles soluciones que se han propuesto hasta hoy para resolver la situación jurídica de muchos desmovilizados de los

grupos armados al margen de la ley a quienes no se les aplicaría directamente el catálogo de beneficios de la Ley 975 de 2005, los cuales han sido considerados por el Gobierno Nacional como "combatientes de base" o "milicianos rasos". El centro del estudio radica sin embargo en la posible aplicación del principio de oportunidad para la base de los grupos organizados al margen de la ley que se acojan a la Ley de Justicia y Paz.

Para ello Perdomo procedió así: en una primera parte, expone los antecedentes inmediatos del nuevo proceso jurídico de desmovilización afirmando su clara naturaleza política, lo que lo conduce necesariamente a unas breves reflexiones sobre el denominado "delito político". Luego, presenta el principio de oportunidad como una posible solución para la situación de los "milicianos rasos" haciendo diversas propuestas, que incluyen un proyecto de ley en la cual se garantizan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En la tercera parte, se explica el tema en relación con los adolescentes desmovilizados, interpretando armónicamente las normas pertinentes del estatuto procesal penal con las de la Ley 1098 de 2006. Por último, analiza la posibilidad –ya consagrada en el ordenamiento jurídico– de aplicar el principio de oportunidad a los "testaferros" de organizaciones armadas ilegales.

Para cerrar el libro, encontramos el capítulo escrito por Cielo Mariño Rojas, quien desde el marco normativo internacional establece una serie de derechos y de garantías que deben ser tenidos en cuenta, en relación con la situación de las niñas y los niños que acceden a la justicia como víctimas del conflicto armado interno, en tanto son sujetos de una protección especial.

Los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes víctimas de delitos contra personas protegidas por el DIH requieren de una protección constitucional especial en el marco de la Ley de Justicia y Paz, ya que la propia Constitución Política establece que sus derechos son fundamentales y prevalentes dentro del marco general de protección a víctimas, como de los derechos y la protección especiales que la infancia tiene dentro y fuera de los conflictos. En particular, el nuevo Código de la Infancia y Adolescencia ha establecido derechos y garantías especiales de la infancia víctima, para garantizarle sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, desde el principio del interés superior de la niña y el niño consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Estamos convencidos que este trabajo constituirá un gran aporte académico y un incentivo más para profundizar en los temas de Justicia y Paz.

Andreas Forer
Coordinador del Proyecto ProFis

Capítulo Primero
Apuntes sobre la reparación judicial en el marco de la Ley de Justicia y Paz

Diego Andrés González Medina

Agradecimientos

La idea de realizar este trabajo surgió en el ámbito de las múltiples jornadas de discusión y capacitación dirigidas a los integrantes de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, en desarrollo del proyecto de apoyo técnico ProFis de la Agencia de Cooperación Alemana para el Desarrollo gtz.

Tuve la fortuna de contar con el concurso y la invaluable colaboración del doctor Édgar Cortés Moncayo, quien muy amablemente leyó las versiones preliminares y no escatimó esfuerzos en formular agudas críticas y observaciones así como en recomendarme excelsa bibliografía, comentarios y literatura que enriquecieron la obra final.

Debo infinita gratitud a los doctores Andreas Forer coordinador del Proyecto ProFis y Claudia López Díaz directora de la línea jurídica del proyecto, por haberme permitido trabajar en tan loable esfuerzo; a ellos se debe cada uno de los aciertos que contenga el presente escrito; los errores son por completo de mi autoría.

Introducción

El presente trabajo no pretende constituir una teoría general de la materia; en puridad, dista mucho de tal propósito. Por fortuna abundan en la doctrina nacional y foránea serios y profundos trabajos especializados de

connotados juristas que han dedicado sus esfuerzos académicos a dilucidar el alcance de la responsabilidad civil y del Estado. Frente a tales obras, la presente rinde un sencillo homenaje.

Sin embargo, en lo conocido por el autor, escasea la doctrina relacionada con la responsabilidad judicial en el marco de los procesos de justicia transicional, en especial, en lo concerniente al régimen probatorio del daño: valoración, oportunidad, necesidad y calidad de la prueba del perjuicio sufrido. Asimismo, a pesar de la abundancia de jurisprudencia y doctrina relativas a los derechos e intereses colectivos, difusos y de grupo, muy poco se ha reflexionado acerca de los elementos del daño inferido a este tipo de derechos.

El artículo 15 de la Ley 975 de 2005 establece que el fiscal delegado de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz deberá investigar

> las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o sicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

En aras de dilucidar el contenido de dicha disposición, esta monografía contiene dos partes. La primera, estrictamente descriptiva, sistematiza la jurisprudencia nacional sobre los elementos del daño, su tipología y las formas de reparación del perjuicio. Así, se analizan: la diferencia entre daño y perjuicio, adoptándose una postura propia; los elementos del perjuicio, a saber, el ser cierto y personal; la muy conocida clasificación entre perjuicios materiales e inmateriales contentivos, en su orden, del daño emergente y el lucro cesante, y del daño moral y a la vida de relación; y, por último, las formas de reparación adoptadas por los tribunales nacionales.

En el segundo acápite se estudian dos aspectos problemáticos de importancia manifiesta en el procedimiento especial de justicia y paz, a saber: el daño a intereses y derechos colectivos, y la prueba del daño para efectos de determinar la responsabilidad judicial. Temas que cuestionan los cimientos de la responsabilidad clásica en punto de los requisitos de existencia del perjuicio.

Una aclaración final: si bien se reconoce que los programas administrativos son la mejor forma de reparar los perjuicios en los procesos de justicia transicional, en el caso colombiano, la Ley 975 de 2005 prevé la posibilidad de perseguir tales reparaciones en el marco de procesos judiciales. En consecuencia, será la víctima quien escoja entre la vía judicial y la administrativa para reparar su perjuicio, y ello de conformidad con el respaldo probatorio de su pretensión.

I. Concepto de daño

Existen tantas definiciones del vocablo daño como autores que se han ocupado de su estudio. Así, pues, el daño ha sido definido como

> La aminoración patrimonial sufrida por la víctima, es decir, la alteración negativa de un estado de cosas existente[1]. La lesión del derecho ajeno, consistente en el padecimiento moral y en la merma patrimonial sufrida por la víctima[2]. Todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un determinado acontecimiento experimenta una persona en sus bienes espirituales o patrimoniales[3]. El nocimiento o perjuicio, es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable[4].

El daño es uno de los elementos de la responsabilidad, mas no es el único. En efecto, en ocasiones no resulta procedente declarar la responsabilidad, a pesar de estar plenamente probada la existencia del perjuicio[5]. Además del daño, se deberá acreditar el hecho generador o culpa (según se trate de regímenes objetivo o subjetivo) y la relación de causalidad con el daño.

El daño es una fuente de obligaciones[6]. En efecto, siempre que se cause un daño surge para la víctima el derecho a que se le reparen todas las consecuencias nocivas derivadas del perjuicio; y, correlativamente, el responsable tendrá a su cargo la obligación de reparar el perjuicio.

---

1 Juan Carlos Henao. *El daño*, Bogotá, Externado, 1998.
2 Fernando Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes*, Bogotá, Externado, 2000.
3 Rodrigo Escobar Gil. *Responsabilidad contractual de la administración pública*, Legis, 2003.
4 Adriano de Cupis. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Madrid, Bosch, 1975.
5 Henao. Ob. cit.
6 Hinestrosa. Ob. cit.

Ahora bien, en tratándose del daño derivado de un delito, el sujeto titular del derecho vulnerado no solamente ostenta el derecho a la reparación. En efecto, con fundamento en la dignidad humana, la jurisprudencia nacional[7] e interamericana[8] han reconocido que las víctimas de hechos punibles son titulares del derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición.

A. Diferencia entre daño y perjuicio

Si bien tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia nacional no habían distinguido entre los conceptos de daño y perjuicio, últimamente tal discusión ha estado presente en algunos sectores de la doctrina.

Henao ilustra en detalle la diferencia entre daño y perjuicio[9]. Así pues mientras que daño es el simple hecho, perjuicio es la consecuencia nociva que percibe el titular del derecho vulnerado. En efecto,

> El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio.

Mientras que

> el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó[10].

Según el autor referido, dicha diferencia despliega efectos prácticos en por lo menos dos ámbitos, a saber, la medida de la reparación y el daño a intereses y derechos colectivos. En primer lugar, el patrimonio percibe el perjuicio, no el daño, lo cual implica que la reparación corresponderá a la magnitud del perjuicio, no del daño. Y, en segundo lugar, de un daño de-

---

7 Corte Constitucional. Sentencias C-282 y C-873 de 2002, C-004 de 2003, C-014 de 2004, C-823 de 2005 y C-319 de 2006.

8 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.*

9 Henao. Ob, cit., p. 76.

10 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de diciembre de 1943, M. P.: Cardozo Gaitán.

terminado se pueden derivar perjuicios que no vulneran específicamente un patrimonio individual.

B. Requisitos del daño

Para que pueda predicarse la existencia de un daño o perjuicio indemnizable éste deberá ser cierto y personal[11].

La mayor parte de autores reiteran que el daño deberá ser cierto, personal y directo. Sin embargo, tal como lo señala Henao, siempre que se hace referencia a un perjuicio o daño *directo*, es decir, que se derive directamente del hecho generador o culpa, en puridad se alude a otro elemento de la responsabilidad, cual es el nexo de causalidad. Dicha característica únicamente tendría sentido si se acogiese la diferencia entre daño y perjuicio, por cuanto en este caso el perjuicio deberá ser consecuencia directa del daño.

1. El daño deberá ser personal

Para que el daño sea reparable es necesario que sea personal, es decir, se requiere plena identidad entre quien pretende la reparación y quien percibió el perjuicio en su patrimonio. En efecto, únicamente son titulares del derecho a la reparación el titular del derecho vulnerado o sus causahabientes[12].

El daño, para que sea indemnizable, ha debido recaer sobre una situación protegida por el ordenamiento jurídico. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha desarrollado tesis moralistas y retrógradas que no en pocas ocasiones han desconocido el derecho a la reparación. A pesar de estar superado el debate acerca de si la concubina está legitimada para pretender la reparación por la muerte de su compañero[13], en múltiples pronunciamientos el Consejo de Estado ha establecido que, por ejemplo, en el caso de la muerte de una prostituta sus herederos no pueden pretender

---

11 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 6 de septiembre de 2001 y 12 de febrero de 2004.

12 Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, t. II, "Los perjuicios y su reparación", Edit. Temis, 1990, p. 80.

13 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 29 de abril de 1980.

reparación alguna por concepto de lucro cesante, por cuanto la actividad que ejercía la causante es ilegal[14].

En efecto, si bien es cierto que el daño ha de recaer sobre una situación jurídicamente protegida, esta máxima no puede dar lugar a la arbitrariedad judicial; en últimas, la mera subjetividad del fallador no es el parámetro para determinar si una situación está amparada por el derecho.

Resulta pertinente referir la sentencia de reparaciones del *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*[15]. Dicha sentencia resuelve la demanda de los familiares del señor Efraín Bámaca Velásquez, guerrillero comandante de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG–, quien fue desaparecido y torturado, pese a haberse celebrado unos acuerdos de paz entre el Estado y dicho grupo armado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH–, para calcular el lucro cesante sufrido por los demandantes infirió, "que la víctima aspiraba a incorporarse a la actividad productiva de su país, una vez que el conflicto hubiera llegado a su fin", y en consecuencia, si bien no consideró los ingresos del señor Bámaca Velásquez mientras fungió como guerrillero, concedió la indemnización con base en el salario mínimo legal.

Esta sentencia devela una postura garantista de la Corte IDH puesto que, lejos de negar la indemnización por el hecho de que la actividad desempeñada por el señor Bámaca Velásquez fuera ilegal, en buena hora distinguió, a partir de indicios, entre el periodo de ilegalidad y el tiempo amparado por el derecho.

En efecto, existen situaciones que, a pesar de no estar amparadas expresamente por el derecho, una vez son vulneradas dan pie al surgimiento del derecho a la reparación. Es éste el presupuesto del *principio de confianza legítima*[16].

Pues bien, siempre que el Estado haya manifestado su anuencia, o no hubiera expresado su desaprobación respecto de una situación ilícita,

---

14 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de agosto de 1991.

15 Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Sentencia de 22 de febrero de 2002.

16 Cfr. Jesús González Pérez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983; Ricardo García Macho. "Contenido y límites del principio de la confianza legítima", en *Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989; José Roberto Dromi. *Instituciones de derecho* administrativo, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1983; Especial mención merece la obra de la colombiana María José Viana Cleves. *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Externado, 2007.

surge para los individuos una especie de tutela que protegerá su situación al margen del derecho y lo resguardará de decisiones intempestivas de la administración. Viana Cleves señala al respecto:

> este principio confiere al administrado el poder de exigir la protección de sus esperanzas jurídicas legítimas cuando habiendo razones objetivas para creer en la estabilidad de la situación jurídica preexistente el cambio brusco sin otorgar el tiempo y los medios necesarios para hacer frente a la nueva situación, produce una alteración grave de las condiciones económicas y patrimoniales[17].

Ahora bien, la aplicación de esta teoría depende de tres factores. En primer lugar, la situación al margen de la ley ha debido perdurar en el tiempo, es decir, no se podrá aplicar esta teoría a situaciones excepcionales; en segundo lugar, se requiere que la administración haya expresado su anuencia o se haya abstenido de manifestar su desaprobación; y, por último, su aplicación no supone la intangibilidad de los derechos vulnerados, sino la garantía de que una determinada situación no será modificada en forma abrupta e inconsulta[18].

Con base en este principio, la Corte Constitucional ha fallado innumerables tutelas impetradas por vendedores informales que ocupan el espacio público y que solicitan que se ampare su situación ante los proyectos de reforma urbana. Al respecto, ha señalado el alto tribunal que si bien subyace una situación ilegal que en principio no está llamada a ser objeto de amparo o tutela por el derecho, habida cuenta de la confianza de los ciudadanos en las actuaciones y omisiones de la administración, no se pueden defraudar sus expectativas y, en consecuencia, deberán ser reubicados en determinados espacios para que sigan desarrollando su actividad comercial[19].

---

17 Ibíd.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 2008.

19 Corte Constitucional. Sentencias T-550 y T-778 de 1998, SU-360, T-364, SU-601A, T-706 y T-754 de 1999.

2. El daño deberá ser cierto

El daño reparable deberá ser cierto, por oposición al daño eventual[20]. Es decir, el perjuicio deberá ser concreto, específico; no podrá repararse un perjuicio hipotético, eventual, general o abstracto[21]. Deberá, pues, acreditarse la existencia de un perjuicio que afecte de manera puntual un patrimonio determinado[22].

Resulta indiferente que se trate de un perjuicio pasado, presente o futuro. En últimas, para que proceda su reparación siempre deberá acreditarse su certeza[23].

El perjuicio será consolidado siempre que al momento de dictar sentencia ya se hubiere consumado, exteriorizado. Es decir, siempre que el perjuicio ya se hubiere percibido al momento de proferirse la sentencia se tendrá por *consolidado*. En este evento el juez simplemente constatará la existencia del perjuicio y su magnitud.

Por regla general, el daño pasado es un daño cierto por cuanto la lesión al derecho ya está consumada y consolidada.

Por el contrario, el perjuicio no consolidado es aquel cuya reparación es solicitada en el libelo sin que a la fecha se hubiera causado; es una valoración de la víctima de los perjuicios que a futuro devendrán a causa del daño. Sobre este particular, Henao distingue dos eventos:

> Aquel en que el juez califica la certeza del perjuicio a partir de una situación existente, y otro, aquel en que la calificación ha de hacerse a partir de una situación que no es real al momento de la calificación. En el primer caso, el juez solo debe tomar posición respecto de la extensión en el tiempo de la situación que se le presenta. En el segundo, al contrario, el juez debe en primer momento tomar partido respecto de la situación en sí misma, precisamente porque no es real, para luego determinar, si a ello hubiere lugar, su prolongación en el tiempo[24].

---

20 Chapus. *Responsabilité publique et responsabilité priveé*, p. 507, cit. por Henao. Ob. cit., p. 129.

21 Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencias del 15 de junio, 17 de agosto y 7 de septiembre de 2000.

22 Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencias de 7 de mayo de 1998 y 4 de diciembre de 2006, entre otras.

23 Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008.

24 Heano, Ob. cit., p. 136.

En el primer evento, es decir, siempre que el juez califica la certeza del perjuicio a partir de una situación real, se incluyen diferentes hipótesis tales como el cálculo de la pérdida de ingresos de aquellos que derivaban utilidad de una persona fallecida, o el caso de las incapacidades laborales derivadas de lesiones personales.

En estas hipótesis, una vez probada la existencia del perjuicio, la actividad del juez consiste en establecer límites al otorgamiento de la indemnización. Para tal fin, el Consejo de Estado se ha valido de una serie de presunciones. Por ejemplo, en el caso de menores, la indemnización por pérdida de ingresos se debe hasta que alcance la mayoría de edad (18 años) o hasta que alcance la edad en que, por regla general, las personas salen del ámbito de protección de sus progenitores (20 años) [25], o en ocasiones hasta la edad en que, por regla general, se finalizan los estudios universitarios (25 años)[26].

Sin embargo, resulta pertinente resaltar que siempre que se logre acreditar que un hijo percibiría ayuda económica de sus padres, o viceversa, más allá de los límites establecidos por la jurisprudencia, la indemnización deberá corresponder a lo probado. En últimas, dichas presunciones son un sucedáneo de la prueba.

Asimismo, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se repararán los perjuicios derivados de la pérdida de un bien determinado, hasta cuando la víctima hubiere estado en posibilidad de obtener un bien capaz de mitigarle los efectos nocivos del daño.

Por último, resulta pertinente resaltar que si bien la certeza del perjuicio únicamente ha sido estudiada a partir de la lesión a un derecho, día tras día se afianza la tesis que considera un perjuicio cierto la mera amenaza inminente al goce tranquilo y pacífico de un derecho[27].

C. Tipología del daño

Los clásicos enseñaron en su momento que el daño se clasificaba en daño patrimonial o material y daño moral. En este sentido, los hermanos Mazeaud establecieron que en el primer caso existe "perjuicio material, pe-

---

25 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 4 de octubre de 1991.

26 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2001.

27 De Cupis y Henao, entre otros.

cuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial"[28].

En esta óptica, mientras el daño patrimonial consiste en toda afrenta o lesión a los derechos de carácter patrimonial, el daño moral, por su parte, afecta la esfera de la personalidad de los sujetos, su fuero interno. Así, pues, mientras el primero es tasable o medible en dinero, en el caso del daño moral no es posible determinar con exactitud su equivalente pecuniario.

La mayoría de autores coinciden en que mientras el primero, el daño material o patrimonial, ostenta una naturaleza estrictamente económica, el daño extrapatrimonial, carece de tal condición, por cuanto se refiere exclusivamente a los bienes de la personalidad.

Ahora bien, la clasificación clásica del daño ha sido criticada con por lo menos dos argumentos de peso. En primer lugar, "es imposible concebir un daño que afecte un bien que se encuentre fuera del patrimonio, es decir, que sea extra patrimonial"[29] En efecto, tal como señala Henao, si el patrimonio está compuesto por todo el conjunto de bienes y obligaciones de una persona, es decir, no existen derechos ni obligaciones extraños al patrimonio, resulta ilógico siquiera imaginarse una categoría especial de daño que afecte el ámbito extrapatrimonial de un sujeto.

De otra parte, la visión clásica que equiparaba las nociones de daño inmaterial y daño moral ya está superada en múltiples ordenamientos. En la actualidad la relación que existe entre estos dos conceptos es la de género a especie; si bien dentro del daño inmaterial se encuentra el daño moral, éste no es su único componente, a su alrededor se han erigido varias categorías de daños que afectan diferentes ámbitos de la personalidad[30].

En este sentido se acoge la propuesta de Henao dirigida a

> borrar del lenguaje doctrinario y jurisprudencial la clasificación entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, y conservar la misma idea, enunciada de manera diferente: daños materiales y daños inmateriales[31].

---

28 Henri y León Mazeaud y André Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, Buenos Aires, EJEA, 1977, pp. 468 a 470.

29 Henao. Ob. cit., p. 192.

30 Cfr. María Cecilia M'Causland. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Externado, 2008.

31 Henao. Ob. cit., p. 193.

Así, pues, en la jurisprudencia nacional el daño se clasifica en material e inmaterial. El primero se refiere al daño emergente y al lucro cesante; y el segundo, comprende las categorías de daño moral y a la vida de relación.

En otras latitudes se han desarrollado diferentes categorías de daño inmaterial. En efecto, la jurisprudencia francesa e italiana ha reconocido, por ejemplo, el daño a las condiciones de existencia y el perjuicio de agrado.

Ahora bien, mientras el daño moral ha sido reconocido por las jurisdicciones penal, civil y contencioso administrativa, hasta el año pasado el daño a la vida de relación solo había sido explorado por la jurisdicción contencioso administrativa; en las restantes, esta categoría se indemnizaba como un todo dentro de la rúbrica de daño moral. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante sentencia del 13 de mayo de 2008, reconoció el daño a la vida de relación[32].

1. Daños materiales

Los daños materiales son aquellos inferidos a bienes e intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero[33]. Esta categoría comprende el daño emergente y el lucro cesante (arts. 1613 y 1614 del C. C.).

a. Daño emergente

El daño emergente es definido como aquellos gastos necesarios para conjurar los resultados del perjuicio que se ha sufrido, y, como consecuencia, se manifiesta en una pérdida patrimonial. A su vez, esta clase de perjuicio se clasifica en presente y futuro. Será presente cuando la víctima haya erogado o extraído de su patrimonio un determinado bien antes de la expedición de la sentencia. Será futuro siempre que la conjuración de los efectos amerite gastos con posteridad a tal fecha[34].

---

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008, M. P.: César Julio Valencia Copete.

33 Henao. Ob. cit., p. 195.

34 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 4 de diciembre de 2006 y 30 de agosto y 8 de marzo de 2007.

En este sentido, Tamayo entiende por daño emergente "cuando un bien económico (dinero, cosas o servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima"[35].

En relación con el daño emergente, resulta útil distinguir entre destrucción o avería de cosas, lesiones corporales y muerte.

Así, en tratándose de daños a cosas, el daño emergente está compuesto por todos aquellos gastos necesarios para la reparación del mismo; es decir, se relacionan en este acápite todos los gastos y expensas necesarios para recuperar el bien y dejarlo en el mismo estado antecedente a la ocurrencia del perjuicio. Sin embargo, siempre que el bien resulte destruido totalmente, el daño emergente estará representado por el valor del bien de reemplazo.

En este sentido, el Consejo de Estado estableció que "el monto de la indemnización corresponderá al valor de la reposición del bien o del interés destruido o averiado"[36].

En el evento de lesiones a personas, el daño emergente está compuesto por todos y cada uno de los gastos relacionados con la recuperación y la mejoría del afectado. Y, por último, en caso de muerte, el daño emergente comprende todos los gastos funerarios y médicos, si los hubo.

b. Lucro cesante

Por otra parte, el lucro cesante se define como la ganancia o provecho que deja de ingresar al patrimonio de la víctima a causa del daño. Es una ganancia frustrada en razón del daño[37]. Al igual que el daño emergente, puede ser presente, cuando el ingreso se debió reportar con anterioridad a la fecha de la sentencia y ello no fue posible como consecuencia del perjuicio, o futuro, si el ingreso se habría reportado en el patrimonio de la víctima después de la fecha de la sentencia, mas se frustra en razón al daño acaecido[38].

Es decir que lucro cesante será todo aquello que se perdió o indefectiblemente se perderá como consecuencia del daño sufrido por la persona.

---

35 Tamayo Jaramillo. Ob. cit., t. II, p. 117.

36 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 1990.

37 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 1.º de marzo y 4 de diciembre de 2006.

38 Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 2 de febrero de 2001 y sentencias del 29 de enero de 2004 y 30 de marzo de 2006.

En este sentido, DE CUPIS señala que "el objeto del daño es un interés futuro, es decir, un interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona"[39].

El estudio del lucro cesante también admite la clasificación según recaiga sobre una cosa o sobre una persona. En tratándose de cosas, el lucro cesante comprenderá todas las utilidades netas que el bien ha dejado de reportar como consecuencia del daño inferido[40].

Por su parte, en tratándose de lesiones personales, el lucro cesante estriba en todas aquellas ganancias que la víctima ha dejado de percibir a consecuencia de la incapacidad derivada del daño.

Por último, siempre que a consecuencia del daño devenga la muerte de un sujeto y se logre probar que en el momento de su muerte recibía ingresos y destinaba parte de estos a terceros, ellos están legitimados para pretender su reparación. En el caso de los familiares, la jurisprudencia ha establecido que se presume la colaboración entre estos.

2. Daño inmaterial

Los daños inmateriales "son aquellos que, existiendo afectación de la persona humana, producen un impacto adverso en la esfera emocional, afectiva, sensorial, o espiritual de la misma"[41]. Mientras los daños materiales se caracterizan por ser medibles o mesurables en dinero, la característica principal de los daños inmateriales es la imposibilidad de fijarles un equivalente pecuniario exacto[42].

Dentro de esta categoría la jurisprudencia colombiana ha reconocido el daño moral y el daño a la vida de relación. En efecto, la legislación (salvo la penal desde el Código de 1936) nunca se ha referido a la existencia de perjuicios inmateriales, erigiéndose así esta categoría en una creación netamente jurisprudencial en nuestro ordenamiento.

En Colombia, antes del fallo *Villaveces*, resultaba impensable otorgar indemnización alguna por concepto de daño inmaterial, por cuanto se consideraba que las afectaciones al fuero interno de una persona no se podían tasar en dinero, salvo que se manifestaran en pérdidas materiales.

---

39 DE CUPIS. Ob. cit., p. 312.

40 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de septiembre de 2002.

41 Ibíd.

42 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2003.

a. Daño moral

El daño moral es la afrenta a los sentimientos de la persona, es decir, una afectación a su esfera emocional y psíquica. En Colombia fue reconocido por primera vez en 1922 en el famoso caso *Villaveces*[43], con base en una lectura sistemática de los artículos 2341, 2356, 1604 y 1514 y 1613 C. C.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 21 de julio de 1922, resolvió el recurso de casación interpuesto por el señor León Villaveces en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá al interior de un proceso en el que el demandante pretendía el pago de una indemnización de perjuicios por parte del Municipio de Bogotá, por cuanto los restos de su esposa, Emilia Santamaría, había sido exhumados y llevados a una fosa común sin su autorización.

En su momento, dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil que el tribunal superior de distrito judicial había negado la indemnización por cuanto, "Si bien se habían lesionado los sentimientos y afectos del señor Villaveces, este no había demostrado los perjuicios patrimoniales derivados de esta lesión"[44].

Por su parte, la Corte Suprema estableció:

> tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el sólo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa, que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

A renglón seguido, la Corte aludió al artículo 2356 del Código Civil en los siguientes términos:

> Este artículo extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 21 de julio de 1922, M. P.: Tancredo Nannetti.

44 Idem.

> propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana.

Es, pues, el fallo *Villaveces* el primer antecedente jurisprudencial colombiano del daño moral.

Sin embargo, como habría de esperarse, la introducción de la categoría de daño moral al ordenamiento jurídico colombiano no fue pacífica. En efecto, en las décadas subsiguientes la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia divagó acerca de por lo menos dos aspectos, a saber: la autonomía del daño moral y el carácter objetivo y subjetivo del mismo.

En relación con la autonomía de la nueva categoría, la Corte sostuvo en un primer momento que cuando además del daño moral se hubiese causado un perjuicio de índole patrimonial, la indemnización del primero estaría ínsita en la reparación del daño pecuniario[45].

Por fortuna dicha postura fue corregida en sentencia del 15 de marzo de 1941 en la que se estableció:

> no se puede en forma absoluta y general, como lo afirma el recurrente, haciendo referencia a la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, que cuando se ha evaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe de acuerdo con preceptos de nuestra legislación, hacer apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria y diferenciables por su origen y su naturaleza, pueden coexistir y dar lugar y base a la reparación separada por cada uno de los daños, el material y el que afecta directamente el patrimonio moral de algunos, de los elementos que legítimamente lo integran (el honor, la reputación, las creencias, el pensamiento), pero siempre que haya bases probatorias que sirvan para estructurar independientemente cada uno de estos detrimentos jurídicos.

Asimismo, en consonancia con los planteamientos de los hermanos Mazeaud y André Tunc[46], la Corte Suprema de Justicia acogió la diferencia entre "daño moral objetivado" y "no susceptible de objetivación"[47], en donde el primero aludía a la afectación en la esfera social y patrimonial

---

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de marzo de 1937. *Gaceta Judicial*, t. XLV, pp. 355 a 371.

46 Mazeud, Mazeud y Tunc. Ob. cit.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 23 de abril de 1941, MM. PP.: Aníbal Cardozo, Juan Maldonado y Arturo Tapias.

del individuo, a su honra, su buen nombre, y el segundo implicaba la causación de un perjuicio en sus sentimientos.

Con posterioridad, mediante sentencia del 4 de abril de 1968, la Corte intentó acoger una nueva clasificación del perjuicio no pecuniario. En efecto, dicho pronunciamiento establece que el daño puede afectar tanto la esfera sentimental, interior de un sujeto, como quebrantar la vida de relación o el ámbito social de un sujeto. Sin embargo, tal como lo señala M'Causland, no tardó la Corte en retomar la postura acogida en 1941.

Ahora bien, tal como lo advierte la autora mencionada, la Corte acogió en la década de los noventa un concepto amplio de daño moral, pero restringió la reparación a la afectación interna, emocional o sentimental del sujeto. Así, por ejemplo, en sentencia del 26 de junio de 2003, la Corte consideró que la disminución física materializada en la pérdida de la visión y la limitación en el movimiento de las extremidades no solamente surte efectos adversos en la esfera sentimental, sino que también afecta los ámbitos familiar, laboral y social del sujeto.

Asimismo, en sentencia del 15 de octubre de 2004, la Corte Suprema de Justicia aludió al concepto de alteración de condiciones de vida de un menor que había perdido sus extremidades inferiores. En esta oportunidad la corporación en cita señaló:

> ha de suponerse la congoja y la aflicción incalculables que en él se produzcan; y es que resulta apenas natural entender que, aparte de la tristeza que desde un comienzo se experimente, este sentimiento con el paso de los años se incremente y lo acompañe hasta el final de su existencia, al contemplar cómo, debido al traumatismo físico de las proporciones del sufrido, tempranamente se alteraron las condiciones de su vida, puesto que antes de las restricciones o limitaciones a que estará sometido por el uso permanente de una prótesis, algunas de sus esperanzas o posibilidades futuras quedaron truncadas prematuramente.

– Daño moral por la muerte de padres, hijos, esposos, hermanos y compañeros permanentes. Jurisprudencia de la Corte IDH y del Consejo de Estado

En relación con el perjuicio moral causado por la muerte de un familiar cercano, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que una vez se acredite en debida forma el parentesco cercano, se entenderá acre-

ditado el perjuicio. Resulta pertinente la siguiente reflexión: *stricto sensu* no se trata de una presunción del daño moral[48], es simplemente la construcción de un indicio en la que el hecho base o indicador será la relación parental. En este sentido, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 7 de febrero de 2002, estableció:

> Al respecto, debe decirse que si bien la jurisprudencia de esta sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella –que constituye el hecho indicador o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil–, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de las relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando este no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos; en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia.

Así, pues,

> la relación de parentesco cercano puede constituir un indicio suficiente de la existencia del perjuicio moral sufrido por una persona, como consecuencia de la muerte o el padecimiento de otra. Y es que es lo corriente que los padres, los hijos y los hermanos, se amen entre sí, y por lo tanto, que sufran los unos con la desaparición o el sufrimiento de los otros […] resulta ser lo común, en efecto, que el amor entre padres e hijos sea más fuerte que el amor de los hermanos, por ejemplo. Demostrada la relación de parentesco cercano, entonces, pueden construirse indicios, que deben ser valorados en conjunto, con las demás pruebas que obren en el proceso[49].

Un desarrollo interesante de esta postura se presento en sentencia del 13 de febrero de 2003, en la que el Consejo de Estado reconoció el daño moral sufrido por un hermano paterno. En este sentido estableció:

---

48 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 31 de mayo y del 23 de agosto de 2001.

49 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001.

> No hay razones para considerar que, en el caso concreto, se encuentran subvertidas las reglas de la experiencia que sirven de base a la construcción de la presunción sobre la existencia e intensidad del daño moral sufrido por los hermanos paternos de la víctima, con fundamento en el indicio del parentesco.

Asimismo, para efectos probatorios, el Consejo de Estado ha distinguido entre hermanos menores y mayores. En este sentido, la Sala Plena de esta corporación ha establecido que los perjuicios morales se presumen únicamente respecto de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pues en relación con los hermanos mayores se requiere la demostración plena de la relación afectiva que existe entre estos y la víctima[50].

Merece especial mención el caso del hijo póstumo, es decir, aquel que nace después de la muerte de su progenitor. El Consejo de Estado en múltiples providencias ha indemnizado por daño moral bajo el entendido de que el menor padeció en el vientre materno[51] y que fue privado del amor de su padre[52]. En fecha reciente, en sentencia del 11 de noviembre de 2002, reiteró el Consejo de Estado dicha postura:

> En materia de hijo póstumo la Sala ha reconocido la existencia de daño moral aun cuando la demandante no había nacido para el momento en que falleció su padre –en este caso casi ocho meses después de la muerte–; ha dicho que al momento de la ocurrencia del hecho dañoso aun cuando el actor era *nacisturus* no se puede desconocer, como lo enseña la vida social y la experiencia humana, que el suceso de muerte del progenitor priva al menor de las condiciones fundamentales de crecimiento, desarrollo personal y sentimental, en tanto carecerá, a lo largo de su vida, de la figura paterna para recibir de él afecto y la dirección necesarios para el normal desenvolvimiento de un ser humano[53].

En este particular se comparte la postura de Henao[54], quien considera que este particular daño se asemeja más al perjuicio a la vida de relación que al moral, por cuanto en últimas lo que se indemnizará será la privación del

---

50 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 13 de septiembre de 1999.
51 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de octubre de 1994.
52 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de noviembre de 1989.
53 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 29 de enero de 2004, 19 de julio y 10 de agosto de 2000.
54 Henao. Ob. cit., p. 235.

amor y el afecto que el padre dispensaría al menor, así como la dirección y el acompañamiento en su crianza y desarrollo.

De otra parte, una vez superados los argumentos de estirpe moralista y religiosa el Consejo de Estado ha reconocido el daño moral causado por la muerte del compañero o compañera permanente. En este sentido, en sentencia del 19 de julio de 2001 estableció:

> Debe tenerse en cuenta que si la Constitución Política de 1991 ampara, en el artículo 5.°, la familia como institución básica de la sociedad y resalta, en el artículo 42, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, resulta suficiente para acreditar el dolor la prueba de la condición de compañera permanente, como la de calidad de cónyuge es adecuada para probar dicho dolor.

Asimismo, el Consejo de Estado ha establecido que la calidad de compañero o compañera permanente podrá acreditarse mediante cualquier medio de prueba en atención a lo establecido en el artículo 4.º de la Ley 54 de 1990[55].

En fin, el Consejo de Estado ha reconocido el daño moral que sufren los abuelos en relación con la muerte de un nieto[56], o un tío respecto del deceso de un sobrino.

Ahora bien, resulta pertinente resaltar que al margen de los casos anteriormente citados, siempre que un sujeto experimente daño moral por la muerte de otro podrá pretender el pago de la indemnización. Claro está: el éxito de su pretensión dependerá del acervo probatorio que la acompañe.

De otra parte, la Corte IDH ha establecido en diversos fallos[57] que en tratándose de graves violaciones a derechos humanos el daño moral se presume no solamente para la víctima directa del crimen sino también para sus parientes. Esta tesis ha sido acogida por el Consejo de Estado colombiano:

> Respecto al daño moral sufrido como consecuencia de la vulneración a derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que dicho daño se presume, dada la naturaleza misma de las violaciones, así

55 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2002.
56 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de noviembre de 1996.
57 Corte IDH. Casos *Godínez Cruz* y *Velásquez Rodríguez*, entre otros.

como el hecho de que es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un sufrimiento moral. Se ha entendido también, que en la medida en que las víctimas hayan sufrido, sufrirán también sus familiares, de allí que la gravedad e intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, constituyen criterios determinantes para valorar el perjuicio sufrido por aquellos[58].

– Daño moral por lesiones personales

El Consejo de Estado ha establecido que las lesiones personales causan daño moral, tanto para la persona que sufre la lesión (víctima directa) como para aquellos parientes o personas cercanas al lesionado (víctimas indirectas)[59]. Asimismo, para efectos probatorios, ha distinguido entre lesiones personales graves y leves[60].

En cuanto a las lesiones graves, dicha corporación ha establecido que el daño moral de la víctima directa "puede inferirse de la prueba de la gravedad de la lesión, o puede determinarse a través de prueba directa sobre el sufrimiento padecido con ocasión de aquella"[61]. Por su parte, las víctimas indirectas deberán acreditar tanto la gravedad de la afección del lesionado, como la condición de pariente o de persona cercana al lesionado.

En relación con las lesiones leves, se podrá inferir el daño moral de la víctima directa a partir de la prueba de la lesión. Mientras que las víctimas indirectas, padres, hermanos, etc., deberán acreditar directamente el daño moral, el parentesco con el damnificado y la lesión leve[62].

– Transmisibilidad del daño moral

Antes de abordar el tema resultan pertinentes dos aclaraciones. En puridad, lo que se transmite no es el daño moral, sino el derecho a la repara-

58 Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005. Cfr. Sentencia de 7 de febrero de 2002.

59 Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2005.

60 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 10 de agosto, 14 de septiembre y 18 de octubre de 2000, 1.º de marzo, 8 de marzo,19 de abril, 26 de abril, 17 de mayo, 22 de junio, 13 de septiembre y 1.º de noviembre de 2001, 4 de abril, 18 de julio y 27 de noviembre de 2002, 17 de junio, 1.º de julio y 29 de noviembre de 2004.

61 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2005.

62 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 28 de octubre de 1999, 23 de marzo, 17 de agosto, 14 de septiembre de 2000, 17 de mayo y 8 de noviembre de 2001 y 27 de noviembre de 2002.

ción del mismo. Y, de otra parte, únicamente procederá la transmisión del derecho a la reparación del daño moral si efectivamente fue padecido por la víctima directa; es decir, en todos aquellos casos de muerte instantánea no hay lugar a la transmisión del derecho a la reparación del daño moral, por cuanto esté no se causó.

Ahora bien, en relación con la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a la reparación de los daños morales, siempre que su titular hubiese fallecido sin haber ejercido la acción indemnizatoria, la doctrina no ha sido pacífica. Para unos, debido al carácter de derecho personalísimo de la reparación del daño moral, éste no puede transmitirse a sus herederos, por cuanto resultaría contrario a las reglas de la moral que el dolor y la aflicción espiritual sea susceptible de disposición. Para otro sector de la doctrina, en últimas lo que se transmite en estos casos es una obligación indemnizatoria, idéntica a cualquiera otro crédito derivado de un daño[63].

El Consejo de Estado ha acogido este último criterio,

> por considerar que el derecho a obtener la reparación de los perjuicios morales es de carácter patrimonial y como tal se trasmite a los herederos, habida consideración de que en el ordenamiento jurídico nacional no existe disposición que prohíba dicha trasmisión; por el contrario, la regla general es que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial[64].

En síntesis, el derecho a la indemnización por el perjuicio moral se transmite porque se trata de un crédito que puede ser reclamado, bien por su titular o por sus sucesores *mortis causa*, "en cuanto continuadores de su personalidad, que ocupan la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial trasmitidas por el fallecimiento"[65].

b. Daño a la vida de relación

Si bien en la sentencia del 4 de abril de 1964 la Corte Suprema de Justicia estableció que un hecho dañino podía extender sus consecuencias sobre la

---

63 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 2005.

64 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006.

65 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 10 de septiembre de 1998 y 10 de marzo de 2005.

esfera económica, caso en el cual se generaría daño emergente y lucro cesante, o en las relaciones de vida y los sentimientos de un sujeto, el primer antecedente del daño a la vida de relación se remonta a una sentencia del 3 de julio de 1992 proferida Tribunal Superior de Antioquia.

Así, pues, como ocurrió 70 años atrás, el juez de lo contencioso administrativo echó mano del artículo 2341 C. C. para indemnizar una nueva categoría de daño: el perjuicio fisiológico. Ante la situación de paraplejia de un sujeto señaló el Tribunal: "La parálisis de los miembros inferiores que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares".

Posteriormente, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de mayo de 1993, estableció que la categoría de *perjuicio fisiológico o a la vida de relación* se distingue tanto de los daños materiales como del perjuicio moral:

> Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte "...no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente […] el *perjuicio fisiológico o a la vida de relación*, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar [...] otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia […] A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido [*sic*][66].

En sentencia del 13 de junio de 1997 del Consejo de Estado se evidenció un error que incluso en la providencia del 6 de mayo de 1993 se había pasado por alto. En efecto, el alto tribunal, a pesar de que reconocía como categoría independiente el daño fisiológico o a la vida de relación, a la hora de repararlo indemnizaba por este concepto rubros propios del daño emergente futuro. Así pues, en la aludida sentencia del 6 mayo de 1993 se estableció:

---

66 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993.

> Por lo que tiene que ver con el monto de los perjuicios que deben ser indemnizados, la Sala, habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de ocho millones de pesos ($8.000.000.00), con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro.

En la referida sentencia de 1997, el Consejo de Estado concluyó acerca del *daño fisiológico o a la vida de relación* que era

> Una figura pretoriana para poder administrar justicia en estos casos en que dichos perjuicios no se recogen o encasillan totalmente dentro del rubro de los morales, ni de los materiales [...] Ahora bien, para la tasación misma de los perjuicios fisiológicos se debe tener en cuenta su naturaleza jurídica ya que, en cuanto a que materiales que son, pueden ser resarcidos con el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de una silla de ruedas.

El salvamento de voto del magistrado Hoyos Duque aclara la situación:

> De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante los cuales algunas personas suplen sus deficiencias orgánicas, ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de daño emergente, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido.

Sin embargo, ese mismo año, mediante providencia del 25 de septiembre de 1997, el Consejo de Estado dio un paso adelante en la configuración del nuevo perjuicio. Así, pues, criticó la definición de perjuicio fisiológico porque, "Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.)".

Mediante sentencia del 19 de julio de 2000[67], el máximo tribunal de lo contencioso administrativo reconoció el daño a la vida de relación como

67 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000.

categoría autónoma e independiente dentro de los daños inmateriales. Lo definió entonces como aquel perjuicio que imposibilita a una persona para seguir relacionándose de manera normal con el mundo exterior, es decir, con las personas y las cosas que la rodean, e impide ejercer las actividades rutinarias y placenteras, actividades que aunque no generan un beneficio económico, su privación deviene en una frustración existencial.

Con este fallo se abandonó la expresión "perjuicio fisiológico", esto por cuanto ni siquiera cuando el perjuicio proviene de una lesión física o corporal la misma puede ser considerada sinónima del concepto de daño a la vida de relación, dado que esta última noción no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien las sufre; además, no estriba únicamente en la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, puede tratarse simplemente de actividades rutinarias.

Como notas características del perjuicio a la vida de relación el Consejo de Estado estableció "que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal […] no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio".

En relación con este fallo resultan particularmente lúcidas y pertinentes las conclusiones de M'Causland[68]. Así,

> entendida de esta manera, la nueva categoría reconocida por el Consejo de Estado resulta, sin duda, más comprensiva que la noción de daño a la parte social del patrimonio moral admitida en alguna época por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que ésta sólo aludía a la afectación del honor, la reputación o la consideración del individuo, y resulta también más extensa que la reconocida en ciertos eventos por la misma Corte, en Sala de Negocios Generales, como daño moral objetivado, refiriéndose al complejo de inferioridad padecido por la víctima de una lesión física con implicaciones estéticas. Por lo demás, constituye una categoría más amplia que la acuñada por la Sala Civil de esta corporación bajo el mismo nombre de daño a la vida de relación, en la citada sentencia del 4 de abril de 1968, en cuanto ésta se refería únicamente a las proyecciones de la lesión inmediata –consistente en el desmedro a la integridad física o mental, la injuria al honor, la libertad o la intimidad– en la vida social de la persona.

68 María Cecilia M'Causland. "Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial" en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, t. II, Bogotá, Externado, 2003.

En adelante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido el daño a la vida de relación en múltiples y variados ámbitos. Así, con ocasión de lesiones personales de diversa índole[69], de la situación del hijo póstumo[70], o de detenciones ilegales[71], ha dado lugar a la reparación por este rubro indemnizatorio.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sólo hasta el 13 de mayo de 2008 reconoció por primera vez el daño a la vida de relación. En efecto, con posterioridad a la citada providencia del 4 de abril de 1968, la Corte nunca más volvió siquiera a pronunciarse en relación con esta categoría. Así, pues, los términos daño moral y daño inmaterial eran equivalentes a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil.

En sentencia del 13 de mayo de 2008 la Corte, tras referirse a las conclusiones del fallo del 19 de julio de 2000 del Consejo de Estado sobre daño a la vida de relación, estableció que la diferencia entre la nueva categoría y el daño moral estriba en que éste último

> corresponde a la órbita subjetiva íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó "actividad social no patrimonial".

Resulta particularmente interesante la semejanza entre el daño a la vida de relación reconocido por los tribunales nacionales y el daño al proyecto de vida reconocido por la Corte IDH.

Así, pues, en la sentencia de reparaciones del caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte IDH estableció que el proyecto de vida alude a "la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas", además de que este concepto se asocia "al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone". En este sentido, la Corte IDH

---

69 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 18 de octubre de 2000, 9 de agosto de 2001, 4 de octubre y 4 de diciembre de 2007, entre otras.

70 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de enero de 2007.

71 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de agosto de 2001 y 20 de febrero de 2008.

enfatizó en la estrecha relación del proyecto de vida y la libertad: "difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad".

Pese a dicho desarrollo conceptual, en dicha oportunidad la Corte IDH se abstuvo de incluir tal rubro en la reparación por cuanto "la evolución jurisprudencial y doctrinaria hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el tribunal se abstiene de incluirlos".

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, la Corte IDH, mediante sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001 en el caso *Cantoral Benavides contra Perú* reconoció el daño al proyecto de vida y consideró que la forma de reparación más idónea era una beca de estudios universitarios en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado, así como la manutención durante este periodo.

En diversas jurisprudencias del Consejo de Estado se ha reconocido la similitud que existe entre las categorías de daño a la vida de relación y perjuicio al proyecto de vida[72]. Sin embargo, esta corporación también ha resaltado que los dos conceptos difieren en cuanto para la Corte IDH el daño al proyecto de vida hace parte de los llamados perjuicios materiales, mientras que la jurisprudencia nacional ha entendido que el daño a la vida de relación ostenta la naturaleza de inmaterial.

La supuesta diferencia no es tal. Si bien en la sentencia de reparaciones del caso *Loaiza Tamayo vs. Perú*, al conceptualizar el tema del perjuicio al proyecto de vida, se aludió al daño material, fue precisamente para diferenciar la nueva categoría del daño emergente y el lucro cesante[73]. Así, en

---

72 Consejo de Estado. Sentencias del 22 de febrero, 8 de marzo y 30 de agosto de 2007.

73 Corte IDH. Sentencias de reparaciones del 26 de mayo de 2001, caso *Villagrán Morales vs. Guatemala*, y de 3 del diciembre de 2001, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Por lo que respecta a la reclamación de daño al "proyecto de vida", conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del "daño emergente" y el "lucro cesante".

subsiguientes providencias de la Corte IDH esta categoría ha sido estudiada dentro del concepto de daño inmaterial o moral[74].

Además, la calificación de un determinado perjuicio como material o inmaterial no depende exclusivamente de la esfera del sujeto que ha sido afectada. Bajo este presupuesto no existe la menor duda de que el daño al proyecto de vida es un auténtico perjuicio inmaterial equiparable sin restricción alguna con el daño a la vida de relación reconocido por los tribunales nacionales.

D. Reparaciones

La reparación del perjuicio deberá cubrir íntegramente los perjuicios causados (art. 16 Ley 446 de 1998), mas no podrá superar tal límite[75]. Es decir, una vez causado el perjuicio deberá repararse integralmente, pero no podrá derivarse lucro o ganancia del mismo[76].

El daño material puede ser pasado, presente o futuro, y en el último caso, con base en la situación actual, se hará una proyección razonada de las consecuencias que se generarán en el futuro. En este sentido el Consejo de Estado se ha manifestado en múltiples providencias en el siguiente sentido:

> Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que "ya se exteriorizó", es "una realidad ya vivida". En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados; si se trata del lucro cesante, consiste en que "se haya concluido la falta del ingreso". Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, es futuro; esta categoría se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados (daño emergente futuro) y, en los ingresos que dejarán de percibirse (lucro cesante futuro). De allí que, no existe discusión en cuanto a que el daño emergente y el lucro cesante futuros no pueden considerarse como peticiones accesorias[77].

---

74 Corte IDH. Sentencias de reparaciones del 26 de mayo de 2001, caso *Villagrán Morales vs. Guatemala*, y del 3 de diciembre de 2001, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*.

75 Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 1993.

76 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 3 de octubre de 2002 y 19 de octubre de 2007.

77 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero de 2001.

Tal como se anotó en el anterior acápite, en relación con el daño inmaterial, inicialmente no había lugar a su reparación, ya que no era susceptible de valoración pecuniaria. Por ejemplo, se consideraba que la muerte o la invalidez de una persona no podían indemnizarse con una suma de dinero. Actualmente, es procedente la reparación de esta clase de perjuicios.

Para tal fin, existen varias herramientas de valoración, como el arbitrio judicial con límites máximos legales, en el caso de la ley penal colombiana, o con límites máximos jurisprudenciales con carácter indicativo, en el caso de los asuntos civiles y contencioso administrativos.

En Colombia, se reconoce e indemniza el daño moral en materia penal, civil y contencioso administrativa. Por su parte, el daño a la vida de relación únicamente ha sido reconocido en asuntos civiles y de responsabilidad del Estado.

1. Daño material

Por regla general se indemnizará todo perjuicio cierto y personal que resulte probado en el proceso. A continuación se analizaran tres hipótesis de reparación de perjuicios materiales, a saber, por muerte, por lesiones personales y por daño a bienes.

a. Por concepto de muerte

En este caso procede la indemnización por daño emergente y lucro cesante. El primero estará representado por todos los gastos funerarios y médicos u hospitalarios, si se causaron.

Por su parte, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el lucro cesante causado a los parientes con ocasión de la muerte de un individuo dependerá de las siguientes variables:

– Los ingresos de la víctima
– La vida probable de la víctima, y
– La dependencia económica.

– Los ingresos de la víctima

Siempre que se acredite el ingreso que reportaba la víctima al momento de su deceso, se actualizará y el resultado se tomará como valor base de

la indemnización. Por el contrario, si únicamente está probado que la víctima desempeñaba alguna actividad productiva, mas no la cuantía de su ingreso, se tomará el valor del salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) para la época del fallecimiento y se actualizará de conformidad con las fórmulas utilizadas por la jurisprudencia[78]. Sin embargo, si el resultado de esta operación reporta un valor inferior al SMLMV actual, se tomará este último[79].

Asimismo, el Consejo de Estado ha establecido que siempre que se trate de un trabajador formal, al resultado final del cálculo de sus ingresos se sumará un 25% por concepto de prestaciones sociales[80].

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado en sentencias del 19 de junio y 30 de octubre de 1997 y 29 de noviembre de 2004, calculó los ingresos de las víctimas sin tener en cuenta los ingresos reales al momento del fallecimiento, ni el SMLMV en calidad de sucedáneo. Así, por vía de ejemplo, en el primero de los fallos referidos se estableció

> La liquidación sobre la suma mencionada no corresponde a lo que LOW [MUTRA] dejó de percibir a raíz de su muerte y en consecuencia con ella no se indemniza realmente el daño material causado. En efecto, en el momento de ser asesinado hacía apenas cuatro meses que había regresado al país después de pasar más de un año en la embajada de Suiza, apenas estaba empezando a reorganizar su actividad económica por fuera de un cargo público, y el único ingreso fijo que tenía era aquel derivado de su actividad académica, pero que no correspondía realmente a su capacidad productiva, si se tiene en cuenta la trayectoria que tenía en posiciones públicas y su preparación académica. Su trayectoria permite a la Sala determinar que la remuneración que tendría de haber continuado con su vida, correspondería por lo menos a la de un alto funcionario del Estado, entre los cuales se encuentran los magistrados de las Altas Cortes; cabe recordar que fue consejero de Estado. Pero en ningún caso su remuneración podía ser inferior. La Sala optará por reconocer la indemnización con base en la remuneración que hoy devenga un Consejero de Estado.

---

78 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 11 de mayo y 6 de julio de 2005, 6 de junio de 2007 y 8 de marzo de 2007.

79 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005.

80 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 17 de agosto de 2000 y 22 de diciembre de 2001.

– La vida probable de la víctima

El Consejo de Estado determina la vida probable de la víctima en atención a la edad al momento del deceso y los parámetros fijados en las tablas de morbilidad de las resoluciones 996 del 29 de marzo de 1990, 585 del 11 de abril de 1999 y de las circulares externas 007 y 497 del 20 de mayo de 1997, expedidas por la Superintendencia Financiera[81].

– La dependencia económica

De nuevo, aquí resulta pertinente reiterar que toda aquella persona que tenga derecho a reclamar indemnización por un perjuicio sufrido lo puede hacer. Claro está: el éxito o fracaso de su pretensión estará determinado por el respaldo probatorio que la acompañe.

En tratándose de dependencia económica, el Consejo de Estado de tiempo atrás ha establecido que se presumirá en relación con los acreedores alimentarios[82]. En estos casos, el periodo de indemnización se calculará en atención a las tablas de morbilidad anteriormente mencionadas y la edad de cada uno de los perjudicados. En este particular, la jurisprudencia ha distinguido entre padres, hijos y cónyuges o compañeros permanentes

En el caso de los padres del occiso, el cálculo del lucro cesante se fijará en atención a la fecha de vida probable de cada uno[83]. Por su parte, en tratándose del cónyuge o compañera(o) se determinará la menor vida probable, es decir, se calculará el lucro cesante a partir de la edad del cónyuge o compañera(o) mayor y la probabilidad de vida[84].

Por su parte, respecto de los hijos se calculará el lucro cesante hasta la fecha en que se alcance la mayoría de edad y, si es inválido, hasta la fecha de la muerte probable del occiso.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha establecido que la ayuda que un hijo presta a los padres se presumirá en menores de 25 años, por cuanto a partir de esa edad, por regla general, se independizan. Sin embargo,

---

81 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 29 de enero de 2004 y 6 de julio de 2005, entre otras.

82 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 1.º de marzo y 26 de abril de 2006, y 20 de septiembre de 2007.

83 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2003.

84 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 25 de julio de 2002 y 26 de abril de 2004.

en sentencias del 24 de mayo de 2000 y 27 de noviembre de 2002 esta corporación se manifestó en el siguiente sentido: "si bien ha inferido, por las reglas de la experiencia humana, que el hijo mayor de 25 años, por lo general, forma su propio hogar o se independiza y por tanto utiliza sus ingresos para ello, también ha considerado que si se prueba la ayuda y dependencia económica de hijos frente a los padres es esta situación, y no la experiencia humana, la que debe tenerse en cuenta".

Por vía de ejemplo, en sentencia del 20 de febrero de 2003 el Consejo de Estado consideró:

> Aunque la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, "realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares", esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza de que el hijo prestaba auxilio económico a sus padres y se han encontrado reunidos otros elementos indiciarios como la vida modesta de la familia o "la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico" y particularmente, cuando el hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa paterna.

– Cuantía del perjuicio

En relación con la cuantía de la indemnización, el Consejo de Estado ha establecido que del monto total del ingreso del occiso deberá deducirse un porcentaje igual al 25% que éste dedicaba a su subsistencia[85], excepto cuando la familia tiene más de cuatro miembros, casos en los cuales el total del salario se divide entre todos.

Para efectos de dividir la indemnización entre los parientes de la víctima, el Consejo de Estado ha establecido que se otorgará el 50% del monto total al cónyuge y el resto se dividirá entre los hijos.

– Fórmulas y procedimientos

Para efecto de realizar los procedimientos antes descritos, el Consejo de Estado utiliza las siguientes fórmulas.

---

85 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2005, entre otras.

Para la actualización de sumas de dinero[86]:

$$Ra = Rh \times \frac{I.\ Final}{I.\ Inicial}$$

Para calcular la indemnización consolidada, es decir aquella que se ha causado hasta la fecha de la sentencia[87]:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Por último, para efectos de calcular la indemnización futura o no consolidada[88]:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i\ (1 + i)^n}$$

Las variables indicadas representan los siguientes conceptos:

S = Suma a obtener

Ra = Renta actualizada

n = número de meses por período

i = 0.004867, que corresponde a la tasa mensual del interés puro o legal para fórmulas compuesta, que se obtiene así: $(1 + i)^{1/12} – 1$, donde i es la tasa anual de interés legal (6% o 0,06).

b. Por concepto de lesiones personales

En el caso de lesiones personales, el Consejo de Estado ha reconocido daño emergente, tanto presente como futuro, representado en los gastos médicos, hospitalarios y demás generados con ocasión del perjuicio.

Por su parte, el lucro cesante se calcula según el tipo de incapacidad derivada de la lesión, a saber: temporal, definitiva, total o parcial; para lo cual deberá demostrarse el impacto de la lesión respecto de la capacidad laboral del lesionado.

---

86 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2004, entre otras.

87 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de noviembre de 2004, entre otras.

88 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2004, entre otras.

– Incapacidad total temporal

En este evento, el daño emergente comprenderá el valor de los medicamentos y los servicios médicos y hospitalarios, indexados desde la fecha en que se produjo la erogación hasta la fecha de la liquidación. Igual procedimiento se seguirá para calcular el lucro cesante, pero con lo dejado de percibir[89].

– Incapacidad parcial definitiva

Por concepto de daño emergente se calcularán todos los gastos consolidados y los futuros necesarios para conjurar las secuelas del daño.

En relación con el cálculo del lucro cesante se aplicará el porcentaje de la incapacidad laboral al salario percibido por la víctima, y sobre este valor se calcularán los perjuicios consolidados y futuros.

– Incapacidad total definitiva

El perjuicio material se cuantifica como si se tratara de muerte, teniendo en cuenta que la víctima directa también será objeto de indemnización.

En este evento se cuantifica el rubro correspondiente al daño emergente, pasado o futuro, según se trate de erogaciones –pasadas o futuras– necesarias para el tratamiento y bienestar del lesionado[90].

La cuantificación de las erogaciones necesarias para tratar al lesionado se logra mediante la prueba de su valor, la fecha en que se producen y el período en que habrán de causarse.

c. Por concepto de daño a bienes

Para efectos de la reparación de los perjuicios materiales en el caso de daño a bienes, la jurisprudencia ha distinguido si la pérdida fue total o parcial[91].

---

89 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002.
90 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000.
91 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de noviembre de 2001.

– Pérdida total del bien

Siempre que tras el daño se hubiere perdido por completo el bien, se indemnizará con base en el valor del bien indexado a la fecha del daño más los intereses compensatorios, que se calcularán a partir del valor histórico, por el período de tiempo transcurrido desde la causación del daño hasta la liquidación del perjuicio.

– Privación temporal del bien

En los casos de privación temporal del bien, el daño emergente comprenderá los costos de reparación del bien o costos de reemplazo temporal, según las circunstancias del caso concreto.

Por su parte, el lucro cesante se calculará sobre el valor que se ha dejado de percibir desde el momento en que se dañó el bien hasta cuando se repuso o se reparó.

2. Daño inmaterial

En relación con el daño inmaterial, concretamente en lo relativo al daño moral, el Consejo de Estado ha establecido que la indemnización ostenta una naturaleza satisfactoria, que no reparadora del daño causado, por cuanto si bien es posible acreditar la causación del perjuicio, no es posible determinar una medida patrimonial exacta que mitigue el dolor[92].

a. Por concepto de daño moral

– En asuntos penales

El Código Penal de 1936 estableció un tope de indemnización de dos mil pesos, valor que con el paso del tiempo se tornó irrisorio. En el Código Penal de 1980 se cambió el patrón indemnizatorio de pesos a gramos oro, fijándose así como tope indemnizatorio la cantidad de cuatro mil gramos oro.

---

92 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 9 de febrero de 1978 y 6 de septiembre de 2001.

Actualmente, los artículos 96 y 97 del Código Penal del año 2000 hacen referencia a la indemnización del daño. Así, el artículo 96 establece:

> Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que conforme a la ley sustancial están obligados a responder.

Por su parte, el artículo 97 ibídem dispone:

> En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso.

Al respecto, el Consejo de Estado[93] y la Corte Constitucional[94] se han pronunciado en el sentido de que el límite fijado en el citado artículo 97 se aplica únicamente para la indemnización de los daños morales y no de los daños materiales o patrimoniales.

Para indemnizar el daño moral, el juez en todo caso se atendrá a lo probado en el proceso, sin exceder el tope antes señalado.

La oportunidad procesal destinada para que las víctimas soliciten la indemnización por los daños sufridos es el incidente de reparación integral. Resulta importante resaltar que la reparación integral persigue el que la indemnización sea equivalente a la medida del daño; sin embargo, en el caso de los daños morales su objetivo y naturaleza es disímil, ya que aquí la indemnización tiene un carácter compensatorio.

– En asuntos civiles

En principio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia acogió el límite establecido en el Código Penal de 1936 que, tal como se señaló en el acápite anterior, establecía un valor de dos mil pesos. Con posterioridad, dicha corporación[95] señaló que el tope del Código Penal servía sólo para indemnizar el daño moral generado por la comisión de

93 Consejo de Estado. Sentencia del 6 de septiembre de 2001.

94 Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002.

95 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de septiembre de 1974.

delito, por lo que no aplicaba a otras jurisdicciones, y en consecuencia fijó el nuevo límite en 30.000 pesos, el cual constituía un simple indicador, pues no estaba previsto en la ley.

En adelante, ésta corporación ha modificado periódicamente el tope indemnizatorio.

Así, por vía de ejemplo, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2001, estableció que el tope para indemnizar el daño moral sería de 15 millones de pesos.

En la actualidad, se reconoce el daño moral proveniente de la culpa o de la responsabilidad objetiva. Aunque no existe una norma que establezca un tope en materia civil, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 30 de junio de 2005, estableció el monto de 20 millones de pesos como tope máximo para la indemnización de perjuicios por daño moral; sin embargo, dado su carácter jurisprudencial, es un tope simplemente indicativo, no obligatorio.

– En asuntos contencioso administrativos

Por último, en la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que en la civil, se acogió en un comienzo el tope de 2.000 pesos del Código Penal de 1936. Más tarde el Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de febrero de 1978, estableció que para evitar la pérdida del poder adquisitivo del dinero ocasionada por la inflación se cambiaría el patrón indemnizatorio de pesos a gramos oro, y una vez actualizado el valor de 2.000 pesos a la fecha, es decir a 1978, se fijó el tope de 1.000 gramos oro.

Por último, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2001, se estableció un tope máximo de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para la indemnización del daño moral. Sin embargo, en tratándose del daño moral padecido por hermanos de la víctima, el Consejo de Estado ha establecido que será indemnizado máximo con cincuenta salarios mínimos[96].

Como se puede apreciar, la indemnización más alta en materia de daño moral ha sido fijada por la jurisdicción penal; la sigue la contencioso administrativa y, por último, el tope inferior corresponde a la jurisdicción civil.

---

96 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2004.

b. Daño a la vida de relación

En la jurisdicción contencioso administrativa, el daño a la vida de relación se indemniza en salarios mínimos según la discrecionalidad del juez (*arbitrio iudicis*). No obstante, la máxima indemnización que el Consejo de Estado ha otorgado por este concepto ha sido de 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes[97].

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema Justicia, en sentencia del 13 de mayo de 2008, condenó al pago de 90 millones de pesos por este concepto[98]. Sin embargo, el fallo resaltó que en atención a las particularidades del caso concreto el juez determinará la indemnización por este rubro.

II. Dos tópicos problemáticos en las reparaciones judiciales en el procedimiento especial de justicia y paz (Ley 975 de 2005)

A manera de introducción del segundo capítulo, resulta necesario reiterar que en el marco de los procesos de justicia transicional los programas de reparación administrativa son, sin la menor duda, el mecanismo más idóneo para alcanzar los fines de reparación a las víctimas y reconciliación nacional. Esta tesis se funda en diversas razones; sin embargo, el presente escrito sólo se ocupará de dos.

En un ejercicio de justicia transicional no tendría sentido alguno exigirle a las víctimas que acrediten, conforme a los parámetros o estándares ordinarios de valoración, oportunidad, suficiencia y necesidad de la prueba judicial, los elementos de la responsabilidad, a saber: el daño sufrido, el nexo de causalidad y el hecho generador del perjuicio. Lo anterior por cuanto en la mayoría de los casos las víctimas no cuentan con los medios probatorios idóneos para acreditar la responsabilidad del victimario y, en consecuencia, su pretensión reparatoria estaría destinada al fracaso en sede judicial.

De otra parte, por motivos de economía y celeridad procesal, en esta clase de ejercicios resulta ser mucho más eficiente y oportuna la reparación mediante programas administrativos. En efecto, en aras de salvaguardar a las víctimas de nuevos traumatismos y de una larga espera a fin de obtener

---

97 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2007.
98 Ob. cit.

una indemnización, esta clase de programas de reparación masiva son más adecuados[99].

Tal como lo afirma Catalina Díaz[100] con la expedición de la Ley 975 de 2005 Colombia adoptó el sistema de reparaciones judiciales; sin embargo, se permitió a todas aquellas víctimas que no pudiesen individualizar al autor del crimen obtener una reparación siempre que demostraren la existencia del daño y el nexo causal con la actividad del bloque o del frente. Además, se creó el Fondo para la Reparación de las Víctimas y se asignó a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación la elaboración de unos criterios de reparación y responsabilidad restaurativa.

En relación con este aspecto, la sentencia C-370 de 2005 estableció que los postulados deberían entregar, además de sus bienes ilícitos, los lícitos, siempre que ello resultare necesario para reparar a las víctimas. También señaló que el Estado debería concurrir a la reparación en caso de que los bienes, lícitos e ilícitos, del postulado o del bloque no fueren suficientes para atender las reparaciones a las víctimas.

Con la expedición del Decreto 1290 de 2008 se creó el Programa de Reparación Individual por Vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley a cargo de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. Sin embargo, tal como lo sostiene M'Causland este programa tiene al menos tres limitantes y tres problemas[101].

En efecto, el programa de reparación administrativa cobija a las víctimas de delitos cometidos con anterioridad a la expedición del decreto; únicamente protege a las víctimas de los delitos contra la vida, la integridad y la salud física y mental, la libertad individual y la libertad sexual; y, por último, en tratándose de la reparación por la muerte o desaparición de un sujeto, limita la categoría de víctima al cónyuge o compañero o compañera permanente, al familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa, y a aquellos que dependían económicamente de la misma. Así, pues, las víctimas que no estén dentro de alguno de estos parámetros no serán destinatarias de las medidas de reparación que prevé este decreto.

---

99 Cfr. Pablo de Greif. "Justicia y reparaciones" en *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*, Serie de Justicia Transicional, Catalina Díaz (comp.) Bogotá, ICTJ, pp. 301 a 340.

100 Ibídem, pp. 7 a 15.

101 Ob. cit.

El Decreto 1290 de 2008 funda el deber de reparar a las víctimas en el principio de solidaridad y no en el principio de responsabilidad, lo cual *per se* genera una victimización secundaría; además, establece unas indemnizaciones muy bajas y no alude a las víctimas de los crímenes ejecutados por los agentes estatales.

Así las cosas, el tema de la reparación judicial de las víctimas en el procedimiento especial de justicia y paz tiene plena vigencia al menos por dos razones. En primer lugar, tal como se desprende de los anteriores párrafos, el programa de reparación administrativa del Decreto 1290 de 2008 está inacabado y tiene un marco de cobertura mínimo. Y, en segundo lugar, incluso en el evento en que se adoptara un auténtico y completo programa administrativo de reparación masiva, siempre que las víctimas así lo quisieran, podrían acudir a las instancias judiciales en busca de una reparación integral.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 975 de 2005 el incidente de reparación integral es la etapa en la cual se determinará la reparación judicial a la cual tienen derecho las víctimas. Así pues, en esta etapa intervendrá la víctima o su representante, el fiscal delegado o el Ministerio Público, y señalará expresamente la fórmula de reparación que se pretende y las pruebas que soportan sus pretensiones.

Una vez la sala de conocimiento examine la fórmula de reparación propuesta y las pruebas en que se funda, admitirá o rechazará la pretensión. Será rechazada la pretensión siempre que quien promueva el incidente de reparación integral no esté legitimado para hacerlo o esté acreditado el pago efectivo de los perjuicios.

Si la pretensión es admitida, la sala de conocimiento la comunicará al imputado e instará a las partes a conciliar. Siempre que al cabo de la fase de conciliación hubiere acuerdo alguno, éste será incorporado en la decisión que resuelve el incidente.

En caso contrario, siempre que la conciliación no culmine con un acuerdo, la sala de conocimiento la declarará fallida, dispondrá la práctica de las pruebas ofrecidas por las partes y escuchará los fundamentos fácticos y jurídicos de las pretensiones.

Finalmente, la sala de conocimiento fallará el incidente.

Ahora bien, la segunda parte de esta monografía contiene dos ensayos relativos a dos aspectos problemáticos de la reparación judicial en el procedimiento especial de justicia y paz, a saber: lo relativo a la acreditación

de la condición de víctima y del daño, y lo referido al desarrollo de la categoría del daño colectivo.

A. Acreditación de la condición de víctima y del daño

En principio, los programas administrativos de reparación masiva se crean con el objetivo primordial de aliviar la excesiva carga de las víctimas relativa a la acreditación del perjuicio sufrido con base en los parámetros judiciales, lo que parecería sugerir que la reparación judicial de dichos perjuicios seguiría basándose en los principios generales de la reparación del daño y, en especial, se utilizarían los mismos parámetros de valoración, oportunidad y necesidad de la prueba del perjuicio propios de la normatividad ordinaria.

En el presente ensayo se sostendrá la tesis contraria. Así pues, aun cuando la víctima pretenda una reparación integral y para ello escoja la vía judicial, la prueba del perjuicio deberá valorarse a la luz de los criterios desarrollados por las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, por resultar más apropiadas en razón de la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas de violaciones masivas a derechos humanos.

1. Acreditación de la condición de víctima

A primera vista la diferencia entre la acreditación de la condición de víctima y el daño sufrido no resulta ser ortodoxa. En efecto, víctima es toda aquella persona titular de un derecho que ha resultado lesionado, es decir, todo aquel que ha sufrido un daño. En consecuencia, la acreditación del perjuicio conlleva necesariamente la prueba de la condición de víctima.

Sin embargo, para efectos del procedimiento especial de justicia y paz se ha considerado que la acreditación de la condición de víctima es independiente de la prueba del daño. En aras de garantizar el derecho fundamental de acceso de las víctimas a todas las etapas del procedimiento, se ha considerado que dicha condición se acredita mediante una seria de pruebas sumarias. Mientras que el debate relativo a la prueba del perjuicio tendrá lugar en el incidente de reparación integral.

La definición de víctima en los principales instrumentos internacionales sobre la materia resulta ser a grandes rasgos similar a la acogida por el ordenamiento nacional. En efecto, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se define a las víctimas como todas aquellas personas naturales que hayan sufrido un daño con ocasión de la comisión de algún crimen de competencia del Tribunal[102]. Asimismo, establece que podrán considerarse víctimas "las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios"

Por su parte, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia se considera que todo aquel en contra de quien se hubiere cometido un crimen de competencia del tribunal será considerado víctima[103].

Por último, resulta de obligatoria referencia la definición de víctima contenida en los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" adoptada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005. En este documento se entiende por víctima toda aquella "persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario".

Asimismo, esta declaración establece expresamente que una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

El artículo 5.º de la Ley 975 de 2005 definió el concepto de víctima así:

---

102 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla 85.

103 Reglas de Procedimiento y Prueba de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoeslavia, Regla 2.

> Artículo 5.º *Definición de víctima*. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.
>
> También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.
>
> La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.
>
> Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.
>
> Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

Por su parte, la sentencia C-370 de 2006 declaró la exequibilidad de dicho artículo bajo el entendido de que la presunción establecida en los incisos 2.º y 5.º no excluía de la definición de víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.

El Decreto 315 de 2007 reglamentó la intervención de las víctimas en los procesos de justicia y paz. En este sentido, estableció que la víctimas

accederían a las diferentes etapas del proceso, bien directamente o por intermedio de un abogado, y que en caso de no contar con éste, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad económica, la Fiscalía General de la Nación solicitaría a la Defensoría del Pueblo la asignación de un defensor público.

Asimismo, en el citado decreto se dispuso que en aras de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas, éstas podrán: a. Acceder a salas paralelas e independientes de aquellas donde se rinde versión libre; b. Suministrarle al fiscal delegado la información necesaria y los medios de prueba que tengan en su poder para el esclarecimiento de los hechos; c. Informar acerca de los bienes en poder del grupo armado al margen de la ley; d. Sugerir preguntas al fiscal relacionadas con los hechos investigados; y e. Solicitar información sobre los hechos que les causaron un daño directo.

Ahora bien, el citado decreto estableció que las víctimas deberían acreditar su calidad ante el fiscal delegado de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación que conozca de la investigación, mediante la identificación personal del interesado y la demostración del daño sufrido como consecuencia del accionar de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan acogido a la Ley 975 de 2005.

En concreto, el artículo 3.º del citado decreto estableció que para probar el daño directo se requerirá la presentación de alguno de los siguientes documentos:

a. Copia de la denuncia del hecho generador del daño presentada ante autoridad judicial, administrativa o de policía;

b. Si no se hubiera presentado dicha denuncia se podrá acudir para tal efecto a la autoridad respectiva;

c. Certificación expedida por autoridad judicial, administrativa, de policía o por el Ministerio Público que dé cuenta de los hechos que le causaron el daño;

d. Copia de la providencia judicial por medio de la cual se ordenó la apertura de la investigación, se impuso medida de aseguramiento o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos, o individualización de pena y sentencia, según el caso;

e. Certificación expedida por la autoridad competente del orden municipal sobre la vecindad o la residencia respecto del lugar y el tiempo en que presuntamente ocurrieron los hechos que generaron el daño; y,

f. Certificación que acredite el parentesco con la víctima, expedida por la autoridad competente cuando esta se requiera.

Sin embargo, tal como se infiere de una lectura desprevenida de la citada disposición, tales documentos constituyen prueba apenas sumaria con base en la cual se permite a las víctimas el acceso al expediente y a las audiencias, en aras de garantizar el ejercicio de sus derechos procesales, pero por sí solas no acreditan la existencia real del daño para efectos de una eventual reparación.

2. Acreditación del daño

En relación con la acreditación del daño por parte de la víctima, la normatividad internacional varía notablemente respecto de los criterios ordinarios de necesidad, oportunidad, carga y valoración de la prueba, a tal punto que los principales instrumentos internacionales establecen una prohibición general de remisión a los ordenamientos internos en esta materia[104].

Son varios los aspectos probatorios que se destacan en los principales instrumentos internacionales sobre la materia, a saber: a. Las reglas sobre objeción de testigos tienen un alcance menor, lo cual permite al juez un mayor margen de valoración de la prueba testimonial; b. Respecto de hechos notorios o prácticas reiteradas de violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario, se presumirán los perjuicios; c. Sobre presunciones, indicios o pruebas circunstanciales se pueden fundar sentencias, y d. Existen en especial tratamiento de la prueba en tratándose de víctimas de delitos contra la libertad y la integridad sexual, entre otros.

A lo anterior se suma el reconocimiento de la plena libertad de los tribunales para valorar las pruebas y la carencia de parámetros probatorios necesarios para fundar un fallo. En este sentido la Corte IDH ha establecido en múltiples fallos que los procedimientos relativos a la recepción y valoración de la prueba

---

104 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla 63. Reglas de Procedimiento y Prueba de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, Regla 89.

> no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites que impone el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, no ha adoptado una rígida determinación del quántum de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es válido para los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen de amplias facultades en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia[105].

Por último, la valoración de la prueba de los daños sufridos por las víctimas de graves violaciones a derechos humanos demanda de las autoridades judiciales un serio compromiso para evitar una "re victimización" o "victimización secundaria"; es decir, deberán practicarse y valorarse las pruebas a que haya lugar siempre y cuando no se afecte la dignidad de las víctimas, ni se traigan a la memoria individual o colectiva recuerdos que causen profundo dolor y traumatismo[106]. Veamos.

a. Régimen de objeción de testigos

Incluso el mismo reglamento de organización y procedimiento de la Corte IDH establece que si bien en principio un testigo puede ser objetado por cualquiera de las partes, siempre que la Corte lo estimare conveniente puede oír a título informativo a una persona que está imposibilitada para declarar, en ejercicio de su libertad de valoración probatoria[107].

Así pues, en numerosos casos la Corte IDH ha tomado informaciones obtenidas de testigos objetados y las ha apreciado en conjunto con el resto de acervo probatorio, a la luz de las reglas de la sana crítica[108].

---

105 Corte IDH. Casos *Servellón García, Masacres de Ituango, Baldeón García y Ximenes López.*

106 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Recomendación de Criterios de Reparación y Proporcionalidad Restaurativa, Bogotá, 2007.

107 Reglamento que tiene por objeto regular la organización y procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 49.

108 Corte IDH. Sentencia *Masacre de Ituango*.

b. Sobre presunciones, indicios o pruebas circunstanciales se pueden fundar sentencias

Sobre este particular, los tribunales internacionales de derechos humanos han aceptado que a partir de pruebas circunstanciales o indiciarias se puedan fundar sentencias, siempre que las conclusiones sobre los hechos acreditados sean consistentes.

En este sentido resultan de particular interés las consideraciones de la Corte IDH en la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez*, en la que se estableció:

> la práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

Las pruebas indiciaria y presuntiva han resultado de particular importancia para la Corte IDH en la resolución de casos de desaparición forzada "ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas"[109].

Asimismo, habida cuenta de la dificultad probatoria propia del fenómeno del desplazamiento forzado, resulta de gran utilidad la adopción de presunciones que permitan aliviar la carga probatoria de la víctima en relación con el nexo causal entre el abandono de sus tierras, propiedades y viviendas y el conflicto armado.

En este sentido, los "Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas" de la ONU señalan:

> En casos de desplazamiento masivo en que existen pocas pruebas documentales de la titularidad o de los derechos de propiedad, los Estados pueden adoptar la presunción de pleno derecho de que las personas que hayan huido de sus hogares durante un determinado período marcado por la violencia o el desastre lo hicieron por motivos relacionados con la violencia o el desastre y que, por tanto, tienen derecho a la restitución de sus viviendas, sus tierras y su patrimonio. En dichos casos, las propias autoridades administrativas y

109 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez*.

judiciales pueden encargarse de determinar los hechos relacionados con las reclamaciones de restitución que no vayan acompañadas de la documentación necesaria.

c. El especial tratamiento de la prueba en tratándose de víctimas de delitos contra la libertad e integridad sexuales

Las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales otorgan un especial tratamiento probatorio a las víctimas de los delitos contra la libertad y la integridad sexuales. Así pues, al unísono reiteran que en estos casos la actividad probatoria estará inspirada en los siguientes principios[110]:

i. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

ii. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

iii. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

iv. Asimismo, coinciden los tribunales internacionales en que no se tendrán en cuenta las pruebas que versen sobre el comportamiento sexual anterior o ulterior de una víctima o un testigo[111].

Por último, siempre que se pretenda interrogar a una víctima de delitos de contenido sexual o develar alguna prueba relativa a tales hechos, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima, la sesión se deberá desarrollar a puerta cerrada y únicamente intervendrán el fiscal, el postulado y las víctimas, con sus respectivos representantes[112].

De otra parte, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia han reconocido que en tratándose de

---

110 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla 70. Reglas de Procedimiento y Prueba de los Tribunales Penales Internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia, Regla 96.

111 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla 71.

112 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla72.

crímenes sexuales la prueba más recurrida es la testimonial, por cuanto la práctica de dictámenes periciales genera en un buen número de casos nuevos traumatismos[113].

Sobre este particular, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en diversos pronunciamientos ha desarrollado parámetros de valoración del testimonio en tratándose de esta clase de crímenes. Así pues, en la sentencia del 10 de diciembre de 1998, que resolvió el caso *Prosecutor vs. Furundzija,* el Tribunal Penal Internacional para Rwanda estableció que para efectos de determinar la credibilidad de un testigo en nada afectaría el desorden o estrés postraumático causado por el propio crimen sexual[114].

Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha establecido que siempre y cuando un testimonio ofrezca un relato más o menos uniforme y claridad de los hechos, la prueba será valorada. Así pues, las referencias inexactas a fechas y lugares, las discrepancias entre el relato de varios testimonios o incluso las diferencias menores entre dos relatos de un mismo testigo no descalificarán la prueba[115].

En este sentido resulta particularmente interesante la sentencia del 22 de febrero de 2001 que resolvió el caso *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac and Vukovic*. En esta ocasión el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia estableció:

> Por su propia naturaleza, las experiencias a las que los testigos fueron sometidos resultaron traumáticas para ellos, y no puede razonablemente esperarse que recuerden las minucias de los incidentes imputados, tales como la precisa secuencia o las fechas exactas y los horarios de los acontecimientos que se han descrito. El hecho de que estos testigos fueron detenidos durante semanas y meses sin conocimiento de las fechas o tiempo, y sin la oportunidad de grabar sus experiencias, agrava sus dificultades de recordar los detalles de los incidentes. En general, la Sala de Primera Instancia no ha tenido en cuenta las discrepancias menores entre las pruebas de diversos testigos, o entre las

113 Javier Chinchón Álvarez. Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: Su aplicación en las instancias judiciales internas, en [http://eprints.ucm.es/6979/1/contribucion_justicia.y.reparacion_psc_(Javier_Chinchon).pdf].

114 En igual sentido la sentencia *Kunarac, Kovac and Vukovic* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Cfr. Trial Chamber, en [www.on.org/icty/Foca/trialc2/judgement/index.htm].

115 Chinchón Álvarez. Ob. cit.

> pruebas de un testigo y una declaración previamente otorgada por el mismo, siempre que el recuento contenga la esencia de los hechos imputados.
>
> La Sala de Primera Instancia también ha tenido en cuenta que estos hechos tuvieron lugar unos ocho años antes de que los testigos otorgaran el testimonio a punto de determinar si las discrepancias de un menor de edad deben ser valoradas en descrédito del acervo probatorio.
>
> Muchos de estos testigos eran menores de edad en el momento de los hechos, algunos de ellos tenían quince años. Así, el nivel de detalle que se puede esperar de estos testigos es diferente al que se espera de los testigos que eran más maduros en el momento pertinente […]
>
> A pesar de la ausencia de una detallada memoria por parte de estos testigos en relación con la ausencia de referencia a los detalles periféricos, en general, no se considera como aspecto suficiente para desacreditar tal prueba.

De lo anterior, se infiere una tendencia de los tribunales penales internacionales relativa a valorar con un menor grado de exigencia probatoria el testimonio ofrecido por quienes a la fecha de ocurrencia de los hechos fueren menores de edad, en consideración a su grado de madurez sicológica.

Por último, en relación con aquellos casos en que la única prueba obrante en el expediente es el testimonio de la víctima, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha establecido que si bien no se exige corroboración por parte de tercero de dicha declaración, la prueba estará sujeta a un análisis valorativo de mayor exigencia. En este sentido, en la sentencia del 22 de febrero de 2001 que resolvió el caso *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac and Vukovic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció:

> En algunos casos, sólo un testigo ha dado pruebas de un incidente con que uno u otro de los procesados ha sido acusado. El artículo 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba específicamente anula el requisito que existe o que solía existir en algunos ordenamientos nacionales referente a que las pruebas de un demandante que alega violación deben ser corroboradas –requisito éste– que ha sido eliminado en la mayoría de los sistemas nacionales.

> Sin embargo, aún hoy día sigue ocurriendo que sólo un testigo ha dado pruebas de ese incidente, por lo general, porque ha sido la única persona presente que no sea el acusado particular. En tal situación, la Sala ha examinado las pruebas del testigo de cargo con mucho cuidado antes de aceptar como suficiente para hacer una declaración de culpabilidad en contra de cualquiera de los acusados.

d. Los hechos notorios, las prácticas reiteradas de violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario o patrones de conducta, se deberán tener como pruebas del hecho generador del perjuicio

Desde la misma elaboración de su programa metodológico, el fiscal deberá comprender a cabalidad el accionar del grupo armado al margen de la ley, así como su presencia territorial y temporal, usanzas delictivas, principales delitos cometidos, estructura organizacional, alias y sobrenombres, entre otros aspectos, lo cual le permitirá establecer *reglas generales, patrones de conducta*[116] *o constantes delictuales* con base en al menos tres criterios: a. Criterio temporal (¿Cuándo estuvo presente el grupo armado organizado al margen de la ley en determinada zona?); b. Criterio espacial (¿cuáles fueron sus regiones de influencia?) y, c. Criterio funcional (¿qué delitos estilaba cometer, y cuál era la estructura organizacional del grupo?)[117].

Estas *reglas generales* se depurarán con el transcurso de la investigación y de las respectivas etapas procesales y dotarán al fiscal de valiosos elementos de juicio para valorar la prueba de la víctima o su carencia; asimismo servirán de soporte a eventuales presunciones[118].

El mecanismo probatorio en mención resulta de gran utilidad en el contexto de conflictos armados caracterizados por graves violaciones a los derechos humanos. Así, tal como lo establecen los Criterios de Reparación y Responsabilidad Restaurativa de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación

> en los casos en los que la autoridad judicial pueda establecer –a través de distintos medios probatorios– la existencia de un patrón de violaciones o de una prác-

116 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional para Rwanda, Regla 93.

117 Ibíd.

118 Corte IDH. Caso *Servellón García y otros y caso Ximenes López*.

> tica sistemática de violaciones, la Comisión recomienda considerar ese patrón o esa práctica como una prueba del hecho que es señalado por la víctima como causante de la violación de su derecho y, en consecuencia, de su condición de víctima.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba de los tribunales internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia no desconocen la valía de este medio probatorio. En efecto, el artículo 93 establece que la evidencia de un patrón de conducta relativo a graves violaciones del derecho internacional humanitario es admisible.

e. Acuerdos en cuanto a la prueba

Resulta pertinente resaltar que la Ley 975 de 2005 coincide con la Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional en relación con la posibilidad de que existan acuerdos entre la Fiscalía, la defensa y las víctimas para que un determinado hecho se tenga por probado[119]. Sin embargo, siempre que resulte necesario escudriñar las circunstancias en que acaecieron los hechos en aras de salvaguardar el derecho a la verdad de las víctimas o en interés de la administración de justicia, se podrá ordenar la práctica de pruebas en dichos casos.

Esta herramienta resulta de gran importancia por cuanto por esta vía se evita el desgaste procesal propio de la actividad probatoria.

f. En relación con graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, se presumirán los perjuicios morales

Respecto de los delitos contra derechos humanos o aquellos de derecho internacional humanitario, el daño moral se presumirá e indemnizará con el tope máximo fijado por la ley para el efecto[120]. Dicha presunción se extiende a los familiares más cercanos de la víctima directa[121].

---

119 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla 69, y artículo 23 de la Ley 975 de 2005.

120 Cfr. Corte IDH. Casos *Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz vs. Honduras*.

121 Constituye un fallo aislado la Sentencia que resolvió el caso *La Cantura*, en la que la Corte IDH estableció que los hermanos de la víctima directa no habían acreditado "un perjuicio moral cierto" por cuanto no fueron allegados "los suficientes medios probatorios" que lo acrediten.

En este sentido, en la sentencia que resolvió el caso *Paniagua morales y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció:

> el daño moral infligido a la víctima resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes, como los que se cometieron contra aquélla (detención ilegal, torturas y muerte), experimente un profundo sufrimiento moral, el cual se extiende a los miembros más íntimos de la familia, particularmente a aquéllos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima. La Corte considera que no requiere prueba para llegar a la mencionada conclusión[122].

En relación con los hermanos de la víctima directa de graves violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la Corte IDH ha establecido que deberá tenerse en cuenta la relación afectiva que mediaba entre estos y la víctima para efectos de la indemnización en equidad.

Lo anterior es una panorámica del especial tratamiento probatorio que han implementado los tribunales internacionales de derechos humanos y penales internacionales en tratándose de graves violaciones a derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cuya aplicación se recomienda, en lo pertinente, en el especial procedimiento de justicia y paz diseñado por la Ley 975 de 2005.

B. Aproximación al concepto de daño colectivo

Así como los individuos, las colectividades a menudo resultan víctimas de violaciones a derechos humanos[123]. Por consiguiente, además de la reparación de los daños individuales, resulta necesario que se implementen medidas que faciliten a las colectividades víctimas el ejercicio de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición[124].

La Ley 975 de 2005 establece que tanto el daño como las víctimas podrán ser individuales y colectivos[125]. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia C-575 de 2006, estableció que con la inclusión

---

122 Cfr. Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*.

123 Informe definitivo presentado por el Sr. THEO VAN BOVEN, Relator Especial. Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, del 15 de junio de 2005.

124 Corte IDH. Caso *Moiwana vs. Suriname.*

125 Artículos 5.º y 15 de la Ley 975 de 2005.

de la categoría de víctimas colectivas se hace referencia a los grupos o comunidades que han sido afectados por hechos delictivos cometidos por las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley.

Así pues, el presente ensayo ofrece una aproximación al concepto de daño colectivo derivado de graves violaciones a los derechos humanos.

Una aclaración previa: el tema del daño colectivo se desarrollará en gran medida a la luz de los parámetros jurisprudenciales de la Corte IDH y la Corte Constitucional en materia de derechos de las comunidades indígenas, por cuanto sobre este tema ha sido prolífica la jurisprudencia de ambos tribunales.

1. Aproximación al concepto de daño colectivo

Existen al menos dos vías de aproximación a la definición de daño colectivo, a saber: como perjuicio a un interés o derecho colectivo, y como afectación a una determinada colectividad; es decir, el daño colectivo ha sido definido en clave del interés o derecho vulnerado y en clave del sujeto víctima.

a. Daño colectivo como afectación a un interés difuso o colectivo

Plantear la existencia de un daño colectivo a la luz de las clásicas teorías de la responsabilidad constituía una aporía. En efecto, tal como se puso de presente en el acápite anterior, para que se pueda predicar la existencia de un daño indemnizable éste deberá ser personal, lo cual implica que quien solicite su reparación sea quien sufrió el perjuicio: *el titular del derecho lesionado*.

Esta noción clásica del daño es propia del individualismo característico del Estado liberal. Así pues, si la persona humana era la única titular de derechos, no se podía concebir un daño que afectar a otro ente, por ejemplo, a una colectividad, por cuanto ésta no era titular de derechos que pudieran resultar lesionados.

Incluso la idea misma de derechos fundamentales nace como un conjunto de garantías inherentes al individuo que lo protegen de las mayorías, de la colectividad. Así, los derechos fundamentales son por esencia *contramayoritarios*, protegen primordialmente a la persona humana.

Sin embargo, con el advenimiento de las sucesivas formas de Estado se reconoció un cierto grupo de derechos cuya titularidad no se predica de un sujeto en particular sino de un grupo, de una colectividad. Así pues, la Corte Constitucional ha manifestado reiteradamente en el sentido de que:

> el reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural[126].

Al margen del problema terminológico y de la confusión en relación con la definición de los derechos o intereses difusos o colectivos[127], se entiende por daño colectivo la lesión inferida a este tipo de derechos respecto de los cuales todos los miembros de una determinada comunidad son titulares[128]; así, daño colectivo es una afectación a un derecho que por definición no admite una titularidad particular o individual, y cuyo ejercicio, por el contrario, corresponde a todos los integrantes de un determinado grupo o de la sociedad.

Así, por vía de ejemplo, en tratándose de las comunidades indígenas y las minorías étnicas, la Corte Constitucional ha reconocido que ostentan la condición de derechos colectivos fundamentales: el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art. 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (arts. 1.º y 7.º C. N.) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (art. 12 C. N.); el derecho a la propiedad colectiva (arts. 58, 63 y 329 C. N.); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, entre otros[129].

De otra parte, algún sector de la doctrina nacional y foránea ha distinguido entre derechos e interés colectivos y difusos. Así pues,

---

126 Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1993.

127 Cfr. Mateo Bujosa Vadell. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 59 y ss.

128 Gabriel A. Stiglitz. "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 317.

129 Corte Constitucional. Sentencias T-380 de 1993, C-058 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996 y SU-039 de 1997.

> el titular de un interés difuso es una comunidad más o menos determinada según las circunstancias fácticas en que ésta se encuentre y el tipo de interés difuso objeto de protección; en cambio, el titular de intereses colectivos, será una comunidad de personas determinada e identificable bajo algún principio de organización[130].
>
> Sin embargo, esta diferencia no ha sido acogida por los tribunales internacionales de derechos humanos ni por la jurisprudencia nacional.

La Corte Constitucional ha establecido que existen tres tipos de daños completamente diferenciables, a saber:

> El daño individual, que afecta derechos patrimoniales, extrapatrimoniales y fundamentales de un solo individuo identificado o identificable; el daño de grupo, que afecta a una porción de individuos que forman parte de una comunidad determinada o determinable; y el daño colectivo, que no afecta directamente a un individuo o a un grupo de individuos, pero sí a una comunidad determinada o determinable. Estas tres clases de daño pueden darse de manera conjunta o separadamente[131].

Por su parte, desde sus más tempranos pronunciamientos tanto la CIDH como la Corte IDH han reconocido la existencia de perjuicios sobre derechos colectivos referidos a conjuntos organizados de personas, como es el caso de las comunidades y pueblos indígenas[132].

Por vía de ejemplo, tanto la CIDH como la Corte IDH han sostenido en reiteradas ocasiones la postura según la cual:

> el despojo sistemático de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas, afecta de manera grave y desproporcionada su derecho colectivo a la propiedad y, por esta vía, se pone en grave riesgo la existencia misma de las comunidades. En efecto, el control y el uso colectivo de las tierras, resultan

---

130 Sobre la distinción entre intereses difusos y derechos colectivos, a partir del principio de organización, cfr. también, Antonio Peña Freire. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997. Cfr. igualmente Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Juicio de amparo*, pp. 8 y ss*.,* cit. en Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004.

131 Corte Constitucional. Sentencia T-325 de 2002.

132 CIDH. Informe Especial sobre Guatemala, 1983.

esenciales para su supervivencia como pueblos, así como para el bienestar individual y colectivo[133].

En suma, la primera aproximación al concepto de daño colectivo está determinada por el carácter del derecho vulnerado. Así, siempre que se vulnere un derecho o interés de carácter colectivo, es decir, perteneciente a una comunidad, se estará ante esta particular clase de perjuicio.

b. Daño colectivo como afectación a una colectividad

Sin embargo, la lesión a un derecho colectivo no es la única vía de aproximación al concepto de daño colectivo. Este concepto puede ser definido en clave del sujeto que resulta afectado, es decir, como una lesión antijurídica a una *colectividad.*

Desde la perspectiva de las graves violaciones a los derechos humanos resulta más común hacer referencia a las víctimas individuales o colectivas. Con lo cual, se entenderá por daño colectivo aquel que afecta a una determinada colectividad. De conformidad con la "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos", tradicionalmente algunas de las colectividades víctimas de graves violaciones a derechos humanos han sido los niños y niñas, los adolescentes, las mujeres, las personas que pertenecen a grupos con diversas preferencias sexuales, lesbianas, gays, bisexuales o transexuales –LGBT–, las personas mayores, las personas en condiciones de discapacidad, los pueblos o comunidades indígenas, las comunidades afrodescendientes, y demás grupos étnicos, las organizaciones sociales, los periodistas, los sindicalistas y los defensores de derechos humanos[134].

Tal como se señaló líneas atrás, la Corte Constitucional ha establecido que en desarrollo del principio de diversidad cultural, las comunidades indígenas ostentan la titularidad de derechos fundamentales como sujetos colectivos[135]. En efecto, desde temprana jurisprudencia se ha señalado que los derechos de las comunidades indígenas "no se reducen a los predi-

133 CIDH. Caso *Aguas Tingui*, 1998.

134 Resolución aprobada por la Asamblea General 53/144 de la ONU. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*.

135 Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 2005.

cables de sus miembros individualmente considerados, sino que logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia […] como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros"[136], y en consecuencia tanto es posible dañar a los individuos pertenecientes a la colectividad en su esfera individual como al colectivo indígena.

Por su parte, en la sentencia que resolvió el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, refiriéndose a las comunidades étnicas, la Corte IDH estableció que de "ser una realidad fáctica pasa a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia", y que cualquier afectación a la propiedad colectiva de la comunidades indígenas desplegaba efectos dañinos tanto en la esfera individual de los sujetos que la componen como en la esfera colectiva[137].

Ahora bien, los tribunales internacionales de derechos humanos han reconocido en múltiples ocasiones la existencia de daños colectivos como afectaciones a colectividades. Por vía de ejemplo, ante la muerte violenta de un líder de una comunidad indígena, la Corte IDH estableció que "significó una desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su Comunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial"[138].

En suma, desde esta segunda perspectiva, será daño colectivo toda afectación o violación de derechos humanos inferida a una comunidad de personas.

2. Autonomía del daño colectivo

Resulta pertinente la siguiente aclaración: si bien en la mayoría de los casos existe una gran cercanía entre el daño sufrido por una colectividad y el padecido por un individuo, ambas categorías son autónomas entre sí. En efecto, cierto es que a partir de un daño colectivo se pueden generar daños

---

136 Corte Constitucional. Sentencias T-380 de 1993, C-089 de 1994, T-634 de 1999 y C-585 de 2005, entre otras.

137 CIDH. Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*.

138 Corte IDH. Caso *Escue Zapata vs. Colombia.*

colaterales en patrimonios individuales, sin embargo, en sí mismo, el daño colectivo es una categoría independiente de daño indemnizable.

Sobre este particular, resulta bastante pertinente el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia del caso *Masacre Plan de Sánchez*:

> Ni los derechos colectivos de la comunidad se confunden con los de sus integrantes, ni los derechos individuales de éstos se absorben o resumen en aquéllos. Cada "estatuto" conserva su entidad y su autonomía. Uno y otro, profunda y estrechamente relacionados entre sí, mantienen su carácter, están sujetos a tutela y requieren medidas de protección específicas. Así las cosas, el reconocimiento que se hace de cada uno de estos órdenes devienen relevante e incluso esencial para el otro. No existe conflicto entre ambos, sino concurrencia y mutua dependencia. Finalmente, la vida colectiva se instala en la vida individual, y esta misma adquiere tono y calidad en el marco de la existencia colectiva.

Pese a la claridad de este postulado, en las instancias internacionales de protección de derechos humanos en principio se reconoció el perjuicio colectivo como un mecanismo para salvaguardar derechos individuales.

En este sentido, desde mediados de los años 1970 el derecho internacional ha admitido la posibilidad de que se proteja a una colectividad

> sin que resulte necesario probar un perjuicio individual o un interés sustantivo individual, distinto del interés general"[139]. Sin embargo, dicha protección se extiende "a grupos sociales o colectividades humanas, salvaguardando, en realidad, no dichos grupos *per se*, sino más bien los individuos que los componen"[140].

Así, se abrió paso una nueva concepción de la protección internacional de los derechos humanos a partir de la cual se salvaguarda un especial interés colectivo en cabeza de todos los miembros de una determinada comunidad, y ello "aunque la base de acción fuere la lesión –o la probabilidad o iminencia de lesión– a derechos individuales"[141].

---

139 Corte Internacional de Justicia. Caso *África del Sudoeste*, voto disidente del juez Jessup, *ICJ Reports*, 1966, p. 388.

140 Corte Internacional de Justicia. Caso *África del Sudoeste*, voto disidente del juez K. Tanaka, *ICJ Reports*, 1966, pp. 252, 253 y 308.

141 Ibíd.

Desde los albores de la categoría de daño colectivo en la jurisprudencia de la Corte IDH, dicho tribunal ha vacilado entre reconocer autonomía y plena independencia a la nueva categoría o protegerla en razón de la protección de derechos individuales.

Por vía de ejemplo, en el caso *Comunidad Mayagna* se reconoció que dicha comunidad indígena era titular de derechos sobre bienes que había poseído de tiempo atrás y que constituían tanto la fuente de "subsistencia material" de la comunidad como elementos relevantes para su cultura y, en este sentido, necesarios para la integración, persistencia y trascendencia de aquélla, es decir, para la "subsistencia espiritual" del grupo.

En dicho fallo estableció la Corte IDH:

> Dado que la vida personal de los integrantes de la comunidad indígena se halla entrañablemente ligada a la de esta misma, tanto en aspectos materiales como espirituales, la suma de los derechos de esos integrantes se conforma tanto con las facultades, libertades o prerrogativas que poseen independientemente de la comunidad misma –derecho a la vida, derecho a la integridad física, por ejemplo– como por los derechos que surgen precisamente de su pertenencia a la comunidad, que se explican y ejercen en función de ésta, y que en tal circunstancia adquieren su mejor sentido y contenido –derecho a participar en el uso y goce de ciertos bienes, derecho a recibir, preservar y transmitir los dones de una cultura específica.

Sin embargo, en otras ocasiones, la Corte IDH ha entendido que el reconocimiento del perjuicio colectivo se funda en la necesidad de proteger los derechos de los individuos que conforman una determinada comunidad. Así, por ejemplo, en ocasiones exige, como un requisito para otorgar la indemnización correspondiente, que "los integrantes de los grupos o comunidades, o sea, de las personas que necesitan protección, estén plenamente individualizados"[142].

En numerosos asuntos[143] la Corte IDH ha ordenado la protección de una "pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que

142 Corte IDH. Voto concurrente del juez A. A. CANÇADO TRINDADE en el caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia.*

143 Cfr. Corte IDH: *inter alia, Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas Provisionales respecto de Colombia. Resolución de la Corte IDH del 24 de noviembre de 2000, considerando séptimo; caso *de los niños y adolescentes privados de libertad en el "Complexo do Tatuapé" de FEBEM.* Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resolución de la Corte IDH del 30 de noviembre de 2005, considerando sexto, y *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas

son identificables y determinables y que se encuentran en una situación de grave riesgo en razón de su pertenencia a un grupo o comunidad". Así, por vía de ejemplo, en el caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, al momento de ordenar las medidas de protección colectivas, la Corte valoró que dicha comunidad estaba integrada por aproximadamente 1.200 personas, constituyendo así "una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados"[144].

En estos particulares casos, si bien la Corte IDH ha reconocido y ordenado medidas de reparación colectiva, "se ha pretendido salvaguardar los derechos de los individuos que pertenecen a una determinada comunidad", es decir, en últimas se han amparado derechos individuales.

3. Daño colectivo en el procedimiento especial de justicia y paz

Sin importar la concepción que se acoja en relación con la definición de daño colectivo, resulta evidente que a partir de las graves violaciones a derechos humanos se infieren daños a las colectividades, autónomos e independientes respecto de los daños individuales, y que por lo tanto demandan una especial consideración y un especial tratamiento en lo que atañe a su reparación.

Así pues, desde la Resolución 13 de 1989, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU se ha establecido que "las personas", "los grupos" y "las comunidades" son titulares del derecho a la reparación en tratándose de graves violaciones a derechos humanos. En efecto, es necesario que, "además de los medios de obtener reparación de que disponen los individuos, se adopten medidas adecuadas para que los grupos de víctimas o las comunidades que son víctimas tengan derecho a presentar reclamaciones colectivas por los daños y perjuicios sufridos y a recibir la correspondiente reparación colectiva"[145].

Provisionales respecto de Colombia. Resolución de la Corte IDH del 7 de febrero de 2006, considerando octavo.

144 Cfr. Corte IDH. *Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.*

145 Informe definitivo presentado por el Sr. THEO VAN BOVEN. "Estudio relativo al derecho de restricción, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", 2 de julio de 2003, Ref: E/CN.4/Sub.2/1993/8, en [www.onhchr.ch/Horidocda/Horidoca.nsf/0/3097a4101a382a23c125a5b00375566/$FILE/69314161.pdf].

Así como las víctimas individuales, los colectivos también son titulares de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. En este sentido la Corte Constitucional, en la sentencia C-575 de 2006, estableció que la sociedad, los grupos políticos y los movimientos sociales y culturales tienen derecho a conocer la verdad sobre los delitos cometidos por los grupos armados al margen de la ley y el paradero de las víctimas y desaparecidos. Asimismo, que el deber de reparación incluye la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, así como la adopción de medidas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

En particular, en tratándose del daño colectivo, las autoridades judiciales encargadas del procedimiento especial de justicia y paz deberán auscultar todos los factores sociales, políticos, económicos, religiosos, culturales, etc., especial situación de vulnerabilidad y las condiciones precedentes a la afectación colectiva de los derechos humanos de la comunidad víctima, para poder determinar cuál habrá de ser la mejor fórmula de reparación en el caso concreto[146].

También, es menester resaltar que respecto de esta categoría especial de daño indemnizable también se predican todas las formas de reparación de violaciones masivas a derechos humanos. Así, los operadores judiciales cuentan con una amplia gama de fórmulas que van desde *la restitutio in integrum* hasta las medidas de reparación colectivas y simbólicas.

Por último me permito entregar a los operadores judiciales un posible modelo de narración de hechos y relación de pruebas para determinar el daño material e inmaterial en los procesos de justicia y paz.

---

146 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Recomendación de Criterios de Reparación y Proporcionalidad Restaurativa, Bogotá, 2007.

<table>
<tr><td colspan="7">Modelo único de narración de hechos y relación de pruebas para la unidad nacional de fiscalias para la justicia y la paz</td></tr>
<tr><td colspan="7">I. Hechos</td></tr>
<tr><td colspan="2">A. Identificación de las partes</td><td rowspan="2">B. Hechos propiamente dichos[1]</td><td rowspan="2">C. Alguna autoridad avocó conocimiento</td><td rowspan="2">D. Caracteristicas del GAOML

(Relación sucinta del presunto grupo perpetrador de los hechos)</td><td colspan="2">E. Clases de perjucios</td></tr>
<tr><td>1. De la víctima</td><td>2. Del procesado</td><td>1. Daño material</td><td>2. Daño inmaterial</td></tr>
<tr><td>Condición (Víctima directa e indirecta)</td><td rowspan="2">– GAOML al que pertenecía
– Rango que ocupaba
– Nombre
– Número de identificación
– Número del expediente</td><td rowspan="2">1. ¿Dónde?
2. ¿Qué sucedió?
3. ¿Cuándo?
4. ¿Quiénes eran los familiares de la (s) víctima (s)?
5. ¿Por qué?
6. ¿Quién presenció?</td><td>Rta/ Si/No
¿Cuál?</td><td rowspan="2">1. Presencia temporal y espacial.
2. Comandantes y rangos medios.
3. Estructura organizacional.
4. Principales delitos cometidos.
5. Zonas de influencia.</td><td>1.1. Daño emergente[2]</td><td>2.1. Daño moral[3]</td></tr>
<tr><td>– Nombre.
– Número de identificación
– Fenotipo
– Profesión u ocupación</td><td>¿En qué estado se encontraba el proceso?</td><td>1.2. Lucro cesante[4]</td><td>2.2. Daño a la vida de relación (al proyecto de vida)[5]</td></tr>
</table>

Modelo único de narración de hechos y relación de pruebas para la unidad nacional de fiscalias para la justicia y la paz				
II. Pruebas				
1. Medios probatorios	2. Tipología del perjuicio			
	1.1. Daño material		1.2. Daño inmaterial	
	A. Daño emergente	B. Lucro cesante	C. Daño moral	D. Daño a la vida de relación (al proyecto de vida)
A. Confesión				
B. Testimonio				
C. Documental				
D. Inspección judicial				
E. Prueba pericial				
F. Indicios				
G. Presunciones				

Capítulo Segundo
El principio de oportunidad frente a la Ley de Justicia y Paz

Jorge Fernando Perdomo Torres[1]

I. Antecedentes y cuestiones preliminares

A. El actual proceso jurídico de desmovilización en Colombia

El Estado colombiano ha venido dando enormes pasos en la consolidación de un sistema jurídico apto para enfrentar la moderna criminalidad y, al mismo tiempo, garantizar el respeto de los derechos humanos. Si bien no se puede decir que la política criminal en Colombia es totalmente coherente y que todos sus instrumentos son parte uniforme de un "verdadero sistema" de reacción punitiva, el esfuerzo por poner fin a las violaciones a estos derechos por los diferentes grupos armados al margen de la ley ha sido constante y ha llevado en nuestro país a lo que muchos han denominado una época de justicia transicional: "la expresión justicia transicional hace referencia a los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social o político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz"[2].

---

1 Máster y Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

2 Rodrigo Uprimy, *¿Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, 2006, p. 13.

Colombia se encuentra actualmente en un proceso de tal naturaleza en el que se han tomado medidas legislativas y políticas para que los grupos denominados "paramilitares" se desmovilicen, todo con el objetivo de dejar atrás una de las causas del conflicto armado y lograr la paz y la reconciliación nacionales. Pero como es normal en los casos de justicia transicional, no sólo resulta un desafío lograr un equilibrio entre las expectativas de justicia, verdad y reparación desde la perspectiva de las víctimas, y de paz desde el punto de vista de la generalidad, sino que también se hace necesario crear escenarios políticos y jurídicos atractivos para que los miembros de los grupos armados al margen de la ley tomen la decisión de dejar las armas y, atendiendo los requerimientos del derecho internacional, se sometan al poder punitivo del Estado siempre con responsabilidades y obligaciones frente a las víctimas de los hechos punibles por ellos cometidos.

Es así como al amparo de las disposiciones de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2007, se realizaron acuerdos de paz con grupos armados organizados al margen de la ley, acuerdos que prontamente desembocaron en desmovilizaciones masivas voluntarias que hoy ya se cuentan aproximadamente en 32.000 (en concreto nos referimos a las denominadas autodefensas[3]), en la dejación y entrega de armas y en el compromiso unánime de reinserción a la sociedad. El Congreso de la República respondió a este proceso y a través de la Ley 975 de 2005, denominada "Ley de Justicia y Paz" –LJP–, estableció las reglas a las que deberían someterse quienes, con ocasión y durante la pertenencia a dichos grupos armados, hubieren incurrido en delitos atroces y a los cuales no se les pudiere conceder los beneficios consagrados en la Ley 782 de 2002 (el indulto, la resolución inhibitoria, la preclusión de la investigación y la cesación de procedimiento), es decir, delitos diferentes a los políticos, al concierto para delinquir del inciso 1.º del artículo 340 del Código Penal (en adelante C. P.), a la utilización ilegal de uniformes e insignias, a la instigación a delinquir del inciso 1.º del artículo 348 del mismo estatuto y a la fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

En el marco de este proceso de desmovilización se hizo especial diferencia entre quienes cometieron delitos graves no indultables como, por ejemplo, de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, y quienes

3 Sobre otros procesos de paz, Orozco Abad. *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, 1992.

solamente podían ser objeto de reproche penal por la simple pertenencia al grupo armado ilegal, muchos de los cuales (aproximadamente 13.000) fueron objeto del beneficio de resolución inhibitoria, pues por encontrarse esta conducta consagrada en el artículo 71 LJP, se consideraba que se estaba frente a un supuesto de sedición, frente al cual entonces resultan aplicables los beneficios de la Ley 782 de 2002 antes mencionados.

Pero el principal inconveniente que tuvo el proceso de desmovilización surgió a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-370 de 2006 que declaró inexequible dicho artículo 71 por vicios de procedimiento en su formación; no obstante, debido a la carencia de efectos retroactivos de esta decisión, los desmovilizados podían seguir teniendo el tratamiento más benévolo en virtud del principio de favorabilidad penal, pues la norma más favorable tuvo una vigencia jurídica determinada. Sin embargo y contrariando su reiterada jurisprudencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 11 de julio de 2007, sentó la posición de que el artículo 71 LJP no podía aplicarse obedeciendo al principio de favorabilidad, de que éste no podía seguir desplegando sus efectos en el mundo jurídico, pues se trató, así la Corte, de una norma que no sólo equiparaba los delitos de concierto para delinquir y sedición cuando estos son supuestos de dos clases distintas de delitos –delitos comunes y políticos así diferenciados desde la Carta Política–, sino que también constituía un grave atentado y desconocimiento de las obligaciones internacionales que ha adquirido el Estado colombiano en materia de respeto de los derechos de las víctimas de hechos punibles; incluso, manifestó el alto Tribunal que de no haber sido declarada inconstitucional por vicios de forma, sería necesario oponerle la excepción de inconstitucionalidad.

Por todo lo anterior se generó una inmensa inseguridad jurídica, toda vez que esta situación obligaría en la práctica a judicializar a *todos* los que se desmovilizaron en el marco de este proceso de paz y no solamente a quienes han cometido delitos atroces y han hecho parte de la estructura dirigente "paramilitar", pues la conducta de simple pertenencia al grupo armado ilegal, que sería aquella por la que tendrían que responder los denominados "milicianos rasos" a quienes no se les imputen otras conductas delictivas, ya no puede tener el tratamiento de sedición y, en consecuencia, ser objeto de los beneficios de la Ley 782 ya referidos; según la misma decisión de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de pertenecer a un grupo ilegalmente armado es una situación fáctica que "en términos

normativos corresponde al inciso 2.° del artículo 340 del Código Penal de 2000, modificado por la Ley 1121 de 2006, artículo 19, punible para el cual no existe la posibilidad de conceder beneficios en los términos del artículo 69 de la Ley 975 de 2005", el cual se refiere a las personas desmovilizadas dentro del marco de la Ley 782 de 2002 y a sus beneficios. Entonces, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los llamados "milicianos rasos" han incurrido en el delito común de concierto para delinquir agravado por el sólo hecho de pertenecer o hacer parte de la organización armada al margen de la ley.

Los intentos del Gobierno Nacional, del legislativo e incluso de la academia por dilucidar esta incertidumbre jurídica no se hicieron esperar. Por un lado, el Gobierno presentó un proyecto de ley que pretendía tipificar como concierto para delinquir simple la conducta de "pertenecer" o "hacer parte" del grupo armado organizado al margen de la ley y que sería, en consecuencia, aplicable al "miliciano raso" que se hubiera desmovilizado dentro del marco de la Ley 782 de 2002 y fuera certificado por el gobierno nacional, y todo con el fin de poderle conceder los beneficios jurídicos del artículo 69 LJP. Por otro lado, se pretendió insistir en el carácter político del proceso de desmovilización y de paz y, por tanto, en que la simple conducta de pertenencia al grupo armado ilegal debía constituir un supuesto del delito de sedición tal como lo establecía originariamente el derogado artículo 71; esta insistencia, se dijo, estaría dentro de la facultad constitucional que tiene el Congreso de definir por vía legislativa todo lo atinente a la política criminal del Estado. Pero también surgieron voces autorizadas que vieron en la aplicación del principio de oportunidad una salida jurídica al problema de los aproximadamente 19.000 desmovilizados frente a los cuales con la situación jurídica descrita no habría otra opción diferente a la judicialización.

Sea cual fuere el camino que se siga, los problemas e inquietudes que surgen plantean la necesidad de meditar pausadamente la posible solución. Aunque en este escrito centraremos la atención en la última de las opciones, esto es, en la aplicación del principio de oportunidad, primeramente haremos unas cortas reflexiones sobre las dos primeras propuestas y los aspectos de fondo que allí se deben tener en cuenta y que, como veremos, van más allá de la simple decisión político-legislativa por una de ellas.

B. Naturaleza política del proceso de paz y de desmovilización

En efecto, lo primero que nos parece pertinente es determinar qué carácter y naturaleza tiene el proceso de paz que se ha venido realizando con los grupos armados ilegales, pues esta primera constatación será la base para decidir si éste debe ser dirigido preponderantemente por parámetros y criterios políticos o jurídicos.

Hemos dicho, y así lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras, que Colombia se encuentra en un proceso de justicia transicional orientado por la búsqueda de paz[4]. La paz, no obstante, se erige como un derecho colectivo en cabeza de toda la humanidad dentro de la tercera generación de derechos[5], y también, bajo ciertos aspectos, como un derecho subjetivo fundamental de cada persona individualmente considerada. Así el máximo Tribunal Constitucional al respecto:

> Una característica peculiar del derecho a la paz es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; *un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer*. Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que *excluya la violencia como medio de solución de conflictos*, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales[6] (cursiva nuestra).

---

4 Sobre el concepto de justicia transicional Uprimy. ¿Justicia Transicional sin transición?, cit., pp.13 y ss.

5 Reconocido por la Corte Constitucional de Colombia a partir del artículo 22 C. N.: sentencia T-008 de 1992, M. P.: Fabio Morón Díaz.

6 Sentencia T-102 de 1993, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Una justicia de transición elaborada y desarrollada en torno a la paz implica la necesidad de realizar acuerdos políticos de reconciliación no sólo con los actores armados del proceso, sino también con todos los grupos sociales del país que de una u otra forma puedan contribuir al fin último propuesto. Estos acuerdos son, en su esencia, manifestación de la voluntad política de los actores involucrados, por lo que el papel del derecho en todos estos casos se torna casi sucedáneo frente al verdadero contenido político del acuerdo de los actores. Por ello es que se acepta internacionalmente que los países flexibilicen su forma de administrar justicia, que se creen nuevas figuras jurídicas, etc., pues al final del túnel la luz que se advierte es la de la reconciliación social y la de la paz social duradera, en cuyo logro el derecho especial creado no es más que el medio o instrumento para volver real la voluntad política de cambio. En este contexto el derecho debe ser instrumento de una política de paz. Que estos procesos de transición no pueden desconocer totalmente los valores jurídicos (derechos y libertades) de una sociedad y que deben tener como soporte, fuente y límite la Carta Política es algo palmario; es precisamente en cumplimiento de los deberes estatales de prevención de violaciones de derechos humanos y de su garantía y protección efectivas que los Estados están llamados a concertar procesos políticos y jurídicos de reconciliación.

Si se trata de procesos preponderantemente políticos porque en ellos, por ejemplo, se discuten posturas disidentes frente al Estado, los actores que en ellos intervienen deben ser igualmente considerados como actores políticos, máxime cuando, como en el caso colombiano, haya quedado evidenciada la incapacidad del Estado para solucionar el conflicto por otra vía diferente al diálogo y la negociación. Sólo un proceso político con sustento jurídico sólido, y esto significa, que atienda las necesidades de la concreta realización de dicha intención política y que esté siempre acorde con las directrices del derecho internacional de los derechos humanos y con la Constitución, puede resultar exitoso a los ojos de todos.

El proceso de desmovilización de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se ha llevado a cabo en Colombia es, entonces, un proceso de contenido preponderantemente político que debe tener un tratamiento como tal por el derecho, en concreto, por el derecho penal. Esta simple pero importante constatación debe ser, una vez más, el punto de partida para la búsqueda de la solución más apta al problema de inseguridad jurídica planteado en el apartado anterior. Y aquí se arriba a las

primeras y preliminares conclusiones: si el proceso es político, no parece de buen recibo considerar que el delito, si se nos permite decirlo así, "primario" por el cual deben responder los simples miembros de base de los grupos ilegales sea el de concierto para delinquir y no uno político; todo lo contrario, esto es, considerar que los actores armados ilegales son autores del delito común de concierto para delinquir simple, precisamente desvirtuaría el sentido y significado político del proceso. Hoy más que nunca ha quedado evidenciado, y ello es lo que estamos discutiendo en estas líneas, que solamente con derecho penal no se puede solucionar nada, y menos aún orientar un proceso de paz.

Ahora bien, pensar que, por el contrario, la conducta de "pertenecer" o "hacer parte" del grupo puede ser un supuesto de sedición tampoco es una conclusión fácil de obtener. No sólo habrá que discutir sobre el concepto de delito político en general, también será necesario determinar si esa conducta cumple los "requisitos" tradicionales de lo que se entiende en la doctrina y la jurisprudencia penales por delito político. Aunque aquí no pretendemos ahondar en esta discusión ni ofrecer soluciones definitivas, plantearemos enseguida algunas cuestiones e ideas que consideramos relevantes en este punto, pues las implicaciones que tiene este tema, y aún más teniendo en cuenta la jurisprudencia al respecto, van incluso hasta plantearse la posibilidad de que, por ejemplo, un delito de lesa humanidad pueda ser considerado como delito político o conexo con éste, y entonces objeto de beneficios jurídicos como el indulto u otros.

C. Breves notas sobre el delito político

Una de las discusiones centrales que en este punto debe abordarse (incluso ante la sospecha de "incorrección política") es la referente al concepto de delito político; solamente cuando se estudie y se termine por aceptar, desdeñar o replantear la trajinada contraposición entre los conceptos *absoluto* y *relativo* de delito político, contraposición que, por lo que advertimos, hasta este momento ha orientado las posturas doctrinales y jurisprudenciales en nuestro país, se podrá decidir si resulta correcto y conveniente que el sistema jurídico colombiano considere la conducta de pertenecer o hacer parte de un grupo armado al margen de la ley como un supuesto de sedición o, más exactamente, como un delito político o conexo. Por supuesto, un estudio tal, que para ser completo debería abordar temas fun-

damentales de esta figura delictiva, escapa a lo pretendido en estas líneas, por lo que enseguida solamente haremos algunas reflexiones sobre el concepto de delito político en general; de todas formas, este será un primer punto de partida para arribar a una correcta solución.

Dar una definición de lo que debe entenderse hoy en día por delito político no es tarea fácil, pues algunas de las definiciones que conocemos, precisamente porque la Carta Política no lo hace (y la pregunta aquí es: ¿debería hacerlo?), están íntimamente relacionadas con su carácter histórico-político. La discusión sobre esta definición tuvo su origen y significado más práctico, y así también en la actualidad, en el derecho de extradición; el carácter político de una acción punible, según la doctrina mayoritaria, excluye la posibilidad de extradición. Desde la época de los griegos y los romanos valía como delito político todo lo que el ostentador de poder consideraba como tal, idea que en términos generales reinaba en la época anterior a la Revolución Francesa donde un ataque grave al Estado y a la clase dominante era entendido como tal. Fue con dicha revolución y con el éxito liberal cuando empezó a cambiar esta concepción y se reconoció que autores de delitos políticos, precisamente por el fin altruista que persiguen, no deben ser extraditados a su país de origen[7].

Pero en el marco de la discusión sobre la extradición subyace también el mismo problema que podemos plantearnos ante otras figuras como la amnistía o el indulto, ante la cuestión de saber si la simple pertenencia a un grupo ilegal es o no un delito político: esto es, el problema de su definición. Una de las posibilidades para aclarar dicho interrogante es partir del presupuesto subjetivo, vale decir, proceder de la mano de los fines perseguidos por el autor, según si se busca, por ejemplo, un cambio de poder; también se puede pensar en la estructura objetiva del delito y, en esa medida, en la naturaleza del objeto jurídico lesionado; piénsese, *verbigracia*, en si es el régimen constitucional u otro similar. Sin embargo, parece que la definición que engloba todo esto tiende a orientarse al ataque antijurídico al poder estatal y a la totalidad de la organización constitucional, persiguiendo un cambio en las instituciones estatales o el relevo de régimen existente con afectación o no del sistema político[8]. Estas pau-

---

7 Cfr. sobre este punto y sobre otros de los temas aquí tratados, Jorge Fernando Perdomo Torres. "Justicia penal internacional y amnistía", *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, 2004, pp. 394 y ss.

8 Respecto de la evolución de las concepciones sobre el delito político Felchlin. *Das Politische Delikt. Entwicklung, Problematik und Wandel im Auslieferungsrecht unter*

tas generales, si bien abren un marco de discusión real, no solucionan de fondo tampoco el problema de definición; y es que, como se advirtió, la dificultad de una definición exacta anida en el carácter político de esta categoría y del derecho penal en general, pues no se olvide que cuando se habla de delito político se hace referencia directa a dos sistemas independientes pero interrelacionados, el jurídico y el político. Sobre esto la Corte Constitucional:

> No obstante, se trata de dos instituciones (amnistía e indulto) que como pocas reflejan el profundo contenido político del derecho penal pues si bien sus consecuencias se advierten al interior de las actuaciones penales, ellas son fruto de actuaciones tomadas en la instancia legislativa y en la instancia ejecutiva ante situaciones que el constituyente ha calificado como graves motivos de conveniencia pública[9].

La discusión doctrinal sobre el delito político y que ya advertimos se manifiesta claramente en el salvamento y en algunas de las aclaraciones de voto a la providencia del máximo tribunal constitucional colombiano acabada de citar. Allí se pueden apreciar dos concepciones: la que parte del *delito político absoluto* considerado en la doctrina como aquel que de forma inmediata lesiona la existencia, la capacidad de acción, la seguridad, la organización política y los propios derechos del Estado, por ejemplo rebelión o asonada, y también la concepción de quienes afirman el delito político, podríamos decir, en su carácter doctrinal de *relativo*, esto es, interpretándolo de una forma más amplia e incluyendo así hechos punibles de la criminalidad común pero que de alguna manera están en relación o conectados con el ámbito de lo político[10]. De todas formas, tanto una con-

---

Berücksichtigung der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Zürich, 1981, pp. 33 y ss.

9 Cfr. Sentencia Corte Constitucional. C-695 del 28 de agosto de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

10 Sobre la doble interpretación doctrinal del delito político, Stein. *Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten*, Berlin 1983, pp. 62 y ss. Incluso se escuchan voces de quienes con sólidos argumentos consideran que los delitos denominados atroces pueden ser objeto de beneficios como el indulto o la amnistía, siempre y cuando medie el objetivo de alcanzar la paz: "La dogmática jurídica ha indicado que *prima facie* no existe posibilidad de asimilar un delito atroz o un delito de lesa humanidad, con un delito político […] *Prima facie*, debe compartirse esta apreciación. No resulta sencillo comprender cómo actos de secuestro o genocidio u otras violaciones al Derecho Internacional Humanitario o al derecho a la guerra puedan considerarse

cepción como la otra ofrecen grandes dificultades al momento de definir lo político del delito en el caso concreto.

La inseguridad conceptual que en esa dicotomía se advierte no toca, sin embargo, los nuevos desarrollos del derecho penal internacional, pues en las últimas décadas se ha venido consolidando un consenso en torno a que aquellos delitos denominados *international crimes* deben ser excluidos de la categoría de delito político; es decir, la definición, en este caso negativa, del delito político coincide con el desarrollo que en los últimos años ha experimentado el derecho internacional humanitario y que tiene que ver con el deber estatal de perseguir y juzgar determinados delitos. La cuestión que plantea la doctrina acerca de cuáles hechos punibles tienen carácter universal y que, por tanto, no deben entenderse como políticos se ve más o menos solucionada de la mano de los diferentes instrumentos internacionales que se han desarrollado hasta ahora, incluyendo el Estatuto de Roma. Si bien hay diversidad de opiniones doctrinales acerca de lo que se debe entender bajo esta categoría, se hace referencia también a su expresa consagración en algunos tratados internacionales, pudiéndose decir así, y para los efectos de esta líneas, que los delitos de lesa humanidad no pueden ser considerados crímenes políticos.

Pero además de esta básica constatación, la tendencia que defiende el concepto de delito político absoluto es acogida en la aclaración de voto a la mencionada providencia por los magistrados Escobar Gil, Monroy Cabra y Tafur Galvis; en este punto ellos argumentan de la siguiente forma:

> El legislador no puede obrar libre e indiscriminadamente al calificar los delitos políticos y conexos, desconociendo que la Constitución política y los tratados internacionales han determinado y especificado el alcance de los delitos políticos y conexos sobre los cuales pueden recaer las amnistías e indultos, razón por la cual, esta clasificación no constituye simplemente una decisión política que penda de las mayorías coyunturales del congreso, sino

---

delitos políticos o conexos a éstos. Con todo, esta concepción ha de estar mediada por la posibilidad de alcanzar la paz [...] En este orden de ideas, la pureza conceptual (*i. e*. delitos atroces o de lesa humanidad no pueden asimilarse a delitos políticos) ha de ceder ante la realidad y la necesidad de lograr la paz. Si ello demanda la asimilación, no puede el sistema jurídico convertirse en obstáculo para asegurar aquello sin lo cual el derecho carece de sentido"; así la aclaración de voto del magistrado Montealegre Lynett a la sentencia C-695 de 2002.

> que es la concreción de unos postulados constitucionales que sirven de parámetro objetivo para el ejercicio de un control constitucional.
>
> Así las cosas, aun cuando el concepto de delito político, no se encuentre definido en la Constitución, es un concepto jurídico determinado, pues su sentido, significación y alcance se deduce inequívocamente de los tratados internacionales y de los valores, derechos y principios constitucionales previstos en la Constitución.

Consideramos que el concepto de delito político no puede ser limitado, a la tradición histórica de su surgimiento. A pesar de que, como vimos, este concepto tiene múltiples enfoques y la postura de los magistrados citados pretende ver un significado "inequívoco" limitado o absoluto en la Constitución, la misma corporación, precisamente teniendo en cuenta la especial situación de orden público y de violencia del país, ha sido enfática al afirmar que la interpretación de las normas constitucionales no puede desconocer la realidad de un país y las especiales situaciones y transformaciones sociales; así el Tribunal:

> 6. De entrada es importante clarificar que el análisis que conducirá a la resolución de los distintos interrogantes planteados tiene como marco general el entendimiento de que el país atraviesa difíciles condiciones de orden público y de violencia, con todas las consecuencias que ello implica para las personas y las actividades que ellas realizan. Un estudio como el que exige el caso bajo análisis tiene que tener siempre en cuenta cuáles son las condiciones sociales y políticas del medio en que se aplican e interpretan las normas constitucionales. El análisis constitucional no se reduce a un ejercicio conceptual, ahistórico e indiferenciado. Puesto que la Constitución persigue ofrecer un marco de regulación jurídica a los múltiples conflictos que experimenta una sociedad dada, la interpretación constitucional debe siempre tener en cuenta las condiciones particulares –y cambiantes– de esa sociedad. De lo contrario, el texto constitucional perdería cualquier posibilidad de mantener su vigencia, y los mencionados conflictos pasarían a ser resueltos por medios distintos a los jurídicos[11].

Es esta perspectiva o dimensión histórica del tema la que pone en evidencia lo inconveniente que resulta aferrarse, así sea desde la Constitución y sus principios, a definiciones exactas o estáticas sobre el concepto de delito político, pues esto no sólo mermaría su capacidad de rendimiento

11 Sentencia T-066 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

frente a las figuras que anudan a él (extradición, amnistía e indulto), sino que también obstaculizaría el logro de fines tan loables en un Estado y que la misma Constitución protege como la paz. Por tanto, el concepto delito político estará definido a través de los fines que con su utilización se persigan; el que el constituyente colombiano haya utilizado la categoría de delito político sin definirla, pensamos, apunta precisamente a la legitimación política de los procesos jurídicos en los cuales esta figura juegue algún papel, y no a una determinada pauta conceptual, como se quiere hacer ver. No cabe duda que cualquier revolución apareja consecuencias indeseables, pero eso es parte del proceso de su ejecución y del conjuro de los problemas que a partir de ella se quieran solucionar:

> Quien quiera hacer revoluciones tendrá que quitarse el guante de seda y en lugar de la campanilla presidial tomar en su mano la espada y la antorcha; desde el salón de estudio o de banquetes sólo excepcionalmente se derrocan tronos o se modifican constituciones y, sin embargo, siempre se quebrarán un par de cráneos y cristales[12].

Lo anterior no debe despertar dudas acerca de la determinación jurídica del concepto de delito político. Este concepto será jurídicamente concreto en cuanto sea el mismo sistema jurídico quien establezca su contenido en concordancia con su función (social) en general. Así lo expresa acertadamente el magistrado Montealegre Lynett en su aclaración de voto a la sentencia C-695 de 2002:

> De manera general debe admitirse que el sistema jurídico define sus propios parámetros de interpretación. La interpretación de la Constitución no escapa a esta realidad. Así, una vez la decisión política se ha vertido en un texto jurídico-positivo, el sistema jurídico se encarga de que se respete la voluntad legislativa (*ratio legis*) –o, en este caso, la del constituyente–, para lo cual se han diseñado mecanismos –reglas de interpretación–, propios del sistema jurídico, que aseguren la eficacia de las definiciones contrafácticas establecidas normativamente...

---

12 Franz von Liszt. "Sind gleiche Grundsätze des internationalen Strafrechts für die europäischen Staaten anzustreben? Wenn eventuell welche?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2 (1882), pp. 73 y s.

Como delito político o conexo con él se entenderá lo que para el momento histórico concreto el sistema del derecho (incluida la Constitución) determine como tal. El sistema del derecho penal está así en íntima relación con el sistema político de un país, por lo que podría decirse, y aunque suene a verdad de Perogrullo, que no hay nada más político en derecho penal que, precisamente, el delito político.

Un proceso de paz como el que está viviendo nuestro país, que busca inmediatamente la reincorporación a la sociedad civil de personas pertenecientes a grupos armados al margen de ley, y en consecuencia acabar con una fuente importante de violaciones de derechos humanos (y las cifras así lo acreditan), y que incluso desde las normas internacionales de protección de estos derechos resulta admisible[13], no puede, por ningún motivo, permanecer supeditado a un concepto, por decirlo así, "hijo de la época en que surgió". En verdad, aun cuando se piense que el concepto de delito político tiene límites en principios constitucionales, éstos deberán analizarse de la mano de los beneficios que con el logro de la paz, como fin supremo, se obtengan para la garantía de los derechos fundamentales de todo un pueblo (una inobjetable tensión de principios). El logro de este ideal de paz ha de ser tarea del Estado, la cual se realizará utilizando mecanismos jurídicos aptos, herramientas legítimas con que cuenta una comunidad para solucionar sus problemas graves. Entonces, si el legislador decide que la conducta de pertenecer o hacer parte de grupos armados al margen de ley es un supuesto de delito político o, sin entrar a definirlo (considerándolo como conexo), le otorga unos beneficios similares a los institutos previstos para ellos, esta podrá ser una decisión legítima si mediante ella se busca remover los obstáculos para lograr la paz.

---

13 El artículo 6.º, párrafo 2.º del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 establece la posibilidad de conceder amnistías a las personas que hayan tomado parte en un conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad por motivos de éste. El fin de este precepto fue en su momento (1977) el otorgar al Estado correspondiente las herramientas necesarias para lograr el resarcimiento de la paz interna y la reconciliación entre las partes integrantes del conflicto; sin embargo, hoy no se puede hablar de una autorización absoluta, no se debe pensar que esta norma es de aplicación directa en la actualidad, pues sería contradictorio que ella autorizara procesos de amnistía que estuvieran en contradicción con los nuevos desarrollos del derecho penal internacional; cfr. al respecto Perdomo Torres. "Justicia penal internacional y amnistía", cit., pp. 394 y ss.

Con lo dicho hasta este momento sobre el proceso jurídico de desmovilización, sobre la naturaleza política de este proceso y sobre el concepto de delito político quisimos hacer algunas precisiones en torno a lo discutido ampliamente como posibles soluciones al problema de inseguridad jurídica frente a los más de 19.000 desmovilizados "milicianos rasos", a quienes sólo se les puede imputar la conducta de pertenecer a un grupo armado organizado al margen de la ley. Si el proceso es primordialmente político no resulta fácil de entender ni sistemática ni ideológicamente por qué esa conducta debe ser un delito común de concierto para delinquir (sea simple o agravado). Pero tampoco hemos afirmado aquí que se trate de un supuesto de sedición como se pretendía inicialmente (para llegar a tal conclusión deberíamos haber estudiado esta figura típica en detalle, y esto no se hizo); en esta parte solamente se quiso poner de manifiesto que la actual discusión sobre el concepto de delito político sí abre espacios jurídicos, muy legítimos por demás, para sacar adelante un proceso de paz como el actual en nuestro país.

II. El principio de oportunidad: una alternativa posible

A. Cuestiones fundamentales

Otra de las herramientas procesales que se han venido discutiendo para afrontar la situación jurídica de los miembros de base de los grupos armados al margen de la ley que se han desmovilizado y a quienes no se les aplicarían los beneficios de la Ley de Justicia y Paz es la utilización del principio de oportunidad, principio que recientemente entró a formar parte del ordenamiento constitucional y procesal penal del país.

Es que en los ordenamientos procesales penales modernos generalmente coexisten los principios de legalidad y oportunidad; a pesar de que estos principios se encuentran inscritos en sistemas jurídicos de tradición disímil, uno continental europeo y otro anglosajón, es casi opinión dominante que su coexistencia responde a las necesidades actuales del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Las cuestiones teórico-prácticas que surgen del estricto entendimiento de la legalidad procesal –esto es, que siempre que se tenga una noticia criminal se ejerza la acción penal, y la necesidad de encontrar mecanismos alternos de solución eficiente del conflicto– han llevado a que hoy en día casi ni se discuta sobre la legitimidad de éstos dentro de un sistema de reacción penal.

Aunque los matices de la regulación de la oportunidad varían de sistema a sistema, y entre nosotros conocemos una generosa consagración, la dicotomía que engloban la legalidad y la oportunidad sigue estando presente: el principio de legalidad conlleva el imperativo del ejercicio de la acción penal ante el conocimiento de un hecho sancionado con pena desde el derecho penal material, mientras que el principio de oportunidad representa la "no obligatoriedad" de la instauración de una pena estatal ante determinados supuestos establecidos casi siempre en la ley; es la autorización a la Fiscalía General de la Nación para disponer de la acción penal cuando se cumplan dichos supuestos.

Mucho se ha dicho sobre la naturaleza del principio de oportunidad, por ejemplo, que conforma una limitación del principio de legalidad[14], que rompe también con este principio base[15]. No obstante, cualquiera que sea la interpretación que se intente, nunca se irá más allá de lo que ya evidencia su coexistencia constitucional: se trata de una correlación que sirve a la libertad del ciudadano, y esto porque su aplicación busca estabilizar, desde el ámbito del derecho procesal, las condiciones fácticas necesarias en el Estado para la garantía de sus derechos y bienestar. Los dos principios deben considerarse como una *unidad* en el sistema político criminal de reacciones estatales. Esta unidad no apacigua la prevalencia de la legalidad frente a la oportunidad, pero el resultado de su *complementación*[16] será el que la sociedad necesita para resolver adecuadamente los atentados contra el orden normativo determinado y, entonces, contra la puesta en duda precisamente de sus leyes. El principio de oportunidad es la expresión de una "finalidad especial político-criminal" que de ninguna manera puede tenerse como una idea contraria a la legalidad[17].

B. El principio de oportunidad y la Ley de Justicia y Paz coinciden en sus fines. Por tanto, la aplicación de la oportunidad en el marco de un proceso de paz es legítima

La Constitución Política en su artículo 250 y el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) vinculan la aplicación del

14 Así por ejemplo FEZER. *Strafprozessrecht* I, München, 1986, caso 1, nm. 55.

15 Cfr. entre otros ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, 22 edición, München, 1991, p. 70.

16 Igualmente TERBACH. *Einstellungserzwingungsverfahren*, Baden-Baden, 1996, p. 91

17 Así en PERDOMO TORRES. *Los principios de legalidad y oportunidad*, Bogotá, 2005, pp. 42 y ss.

principio de oportunidad a la política criminal del Estado. Esto significa varias cosas. Por un lado, que éste es, por sí mismo, manifestación directa de la política criminal colombiana que por diferentes motivos considera algunos hechos punibles como no necesitados de reproche penal[18] y, por otro lado, que la aplicación de este principio debe tener en cuenta o, mejor dicho, estar acorde con todas las medidas legales y políticas que el Estado adopta en una época y momento determinados para la lucha contra las diferentes formas de criminalidad. Entre estas formas y el principio de oportunidad, en consecuencia, debe existir total coincidencia teleológica; si con la oportunidad se pretende, entre otras cosas, sólo reaccionar ante atentados graves a la constitución normativa de la sociedad, no será entonces de buen recibo que otros instrumentos jurídicos ("Ley de las pequeñas causas", ya expulsada del ordenamiento jurídico) agraven y consagren sanciones recias ante hechos tradicionalmente considerados expresión de la delincuencia de bagatela. Por lo tanto, se puede decir sin lugar a equivocaciones que el principio de oportunidad y, sobre todo, las formas que se prevean de su aplicación, son mecanismos estatales idóneos para influir en el desarrollo y ejecución de la política criminal que, como se dijo, debe ser en lo posible coherente[19].

Así las cosas, lo primero que debemos plantearnos como interrogante para decidir sobre la legitimación de la aplicación del principio de oportunidad a los "milicianos de base" de los grupos armados ilegales es si los objetivos que se persiguen con el proceso de paz y de justicia transicional, potenciado con la aprobación, ejecución y desarrollo de la Ley 975 de 2005, guardan relación teleológica con la esencia de dicho principio. Como vimos, éste ha sido pensado en la legislación colombiana a favor de una política criminal en la que, en primer lugar, el Estado carece de interés público para la persecución de ciertos delitos considerados menores o que afectan en poca medida los intereses jurídicos de los ciudadanos; en segundo lugar, los motivos de utilidad práctica procesal seducen al Estado y, en tercer lugar también, la conveniencia del Estado en el manejo de su

---

18 Guerrero Peralta (*Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005) es claro en que por la especial conexión que debe existir entre la política criminal y la dogmática penal es que dentro de aquella debe discutirse acerca, por ejemplo, de los posibles medios alternativos de terminación del proceso penal (p. 159).

19 No sorprende entonces que la Ley 1153 de 2007 haya sido declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante providencia C-879 del 10 de septiembre de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

poder o del monopolio de la fuerza en el interior del Estado y hacia el exterior marca la pauta.

Dentro de los mismos objetivos se enmarca la Ley de Justicia y Paz. En verdad, buscando la efectiva garantía de los derechos de los colombianos, y en cumplimiento del deber de protección en cabeza del Estado y frente a los ciudadanos[20], se pretende con esta ley el "facilitamiento de procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación". A través de esta ley, el Gobierno Nacional ha dado continuidad a una política criminal encaminada al desmonte efectivo de organizaciones criminales y a la garantía del derecho que tienen todos los colombianos a la paz, por lo que en este contexto podemos afirmar que lo perseguido con la Ley 975 de 2005 se encuentra en total consonancia con la teleología del principio de oportunidad, el cual, una vez más, permite al Estado establecer criterios de conveniencia jurídica y política para el correcto ejercicio del monopolio de la fuerza, en este caso en materia penal.

No se olvide que una de las tareas esenciales del Estado es evitar que las discrepancias entre los ciudadanos y los "frentes" que surjan entre ellos adquieran un grado de militancia tal que ponga en peligro la paz de los ciudadanos; de tal forma que si ello sucede, como efectivamente sucedió en nuestro país, el Estado tiene el deber de tomar todas las medidas que sean necesarias para que las situaciones de desestabilización de la paz interna sean conjuradas, mucho más si es el mismo Estado el que de alguna forma, por ejemplo, causalmente ha contribuido a dicha situación[21]. La unidad política que debe resultar en el Estado moderno toma

20 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado claramente en muchas jurisprudencias cuál es el contenido de las obligaciones de los Estados frente a sus ciudadanos (desarrollando por supuesto la teoría constitucional de los deberes estatales), y que los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen el punto de partida de la responsabilidad estatal; cfr. al respecto, frente a Colombia, Corte IDH. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 97.

21 La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta situación y frente al "paramilitarismo" en los siguientes términos: "A las situaciones antes descritas de falta de debida diligencia en la protección, incluso preventiva, de los habitantes de Pueblo Bello […] se añade que fue el propio Estado el que creó una situación de riesgo que después no controló ni desarticuló […] De tal manera, si bien los actos cometidos por los paramilitares contra las presuntas víctimas del presente caso son hechos cometidos por particulares, la responsabilidad por aquellos actos es atribuible al Estado en razón del incumplimiento por omisión de sus obligaciones convencionales *erga omnes* de garantizar la efectividad de los derechos humanos en dichas

por base la existencia de una paz duradera entre los ciudadanos. Como afirma Isensee:

> El primer fin constitutivo del Estado moderno, de cuya realización depende la potencia de los demás fines, es la pacificación de la sociedad y el logro de un estado duradero de seguridad[22].

Por todo lo anterior, cuando el Estado toma medidas legislativas que buscan acabar con los factores de riesgo presentes en una sociedad y, de esa forma, proteger a los ciudadanos de la violencia privada, está cumpliendo con el deber que tiene de lograr las condiciones necesarias en el conglomerado para el pleno disfrute de los derechos fundamentales, pues no se olvide que este deber es contrapartida del que tiene el ciudadano de acatar el derecho. Si el Estado no garantiza las condiciones de paz, no puede esperar que el ciudadano la busque siempre con su conducta. Por supuesto que este sinalagma presupone un estado de juridicidad ideal que tal vez no impere entre nosotros, pero precisamente es en esta dirección que se orienta la Ley de Justicia y Paz, pues ella es una herramienta (y sólo una) en la consecución de dicho estado ideal.

En conclusión y para dar respuesta a la cuestión planteada, la aplicación del principio de oportunidad a los miembros de base de los grupos armados ilegales desmovilizados sería una medida totalmente coincidente con los objetivos de la política criminal de judicialización que se desarrolla con la Ley de Justicia y Paz para otros miembros, pues tanto en uno como en otro caso el Estado orienta su actividad al logro y garantía de la paz de los colombianos; con las dos herramientas se está ante una decisión de conveniencia político-jurídica, enmarcada dentro de la *exigencia de seguridad* en la organización política.

---

relaciones interindividuales, y se ve concretada y agravada por no haber suprimido o resuelto efectivamente la situación de riesgo propiciada por la existencia de esos grupos y por haber continuado propiciando sus acciones a través de la impunidad (así en la sentencia del caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* del 31 de enero de 2006, apdo. 151).

22 *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Isensee y Kirchhof (eds.), t. I, Heidelberg, § 15.

C. Y, ¿qué pasa con la justicia?

La cuestión acerca del logro de la justicia siempre es objeto de discusión en tratándose de procesos de amnistía, indulto o cuando se utilizan herramientas jurídicas especiales de justicia transicional como la Ley de Justicia y Paz, pues siempre se pone de presente la imperiosa necesidad de garantizar los derechos de las víctimas de los delitos a la verdad, la *justicia* y la reparación, tan potenciados últimamente por el derecho internacional de protección de los derechos humanos[23]. Precisamente por este desarrollo es que también se puede decir que la aplicación del principio de oportunidad debe atender dichos derechos, y no solamente cuando la causal respectiva lo reclame, pues al fin de cuentas el respeto de éstos es una garantía que se inscribe en todo el proceso penal de tendencia acusatoria, entonces también en el trámite de aplicación del principio de oportunidad (cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-209 de 2007, C-516 de 2007, C-988 de 2006 y C-095 de 2007).

El interrogante que surge es entonces el siguiente: ¿será que la aplicación del principio de oportunidad a los "milicianos de base" desmovilizados de los grupos armados ilegales respeta el derecho de las víctimas a la justicia? Para dar respuesta a esta cuestión debe, en primer lugar, determinarse si este derecho se garantiza con la Ley de Justicia y Paz, pues si la respuesta es positiva el proceso de desmovilización y de transición *en general* tendrá plena legitimación; si esto es así quedará por explicar, en segundo lugar, si este derecho se garantiza también con la aplicación de la institución de la oportunidad.

Como hemos venido exponiendo, en procesos de justicia transicional no es para nada fácil encontrar un adecuado equilibrio entre las expectativas de justicia que tienen las víctimas y la sociedad en su conjunto, y el anhelo de paz que, desde otra perspectiva, tiene igualmente el conglomerado. Entonces, la justicia transicional admite la existencia de, por decirlo gráficamente, una tensión entre la necesidad de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, a que se haga justicia. El derecho a la justicia tiene un contenido

---

23 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 25.1 y que los Estados deben garantizar en virtud de los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana.

amplio[24]: en primer lugar, el deber de los Estados de sancionar los graves atentados contra los derechos humanos, de tal manera que se proscribe toda forma de amnistía o indulto o figuras afines que al final de cuentas se conviertan en impunidades encubiertas; en segundo lugar, el derecho a la justicia implica imponer penas proporcionales al hecho cometido; en tercer lugar, que además se cuente con la posibilidad de hacer valer los derechos efectivamente, esto es, que el recurso judicial sea efectivo y las víctimas puedan reclamar sus pretensiones ante las autoridades competentes; y en cuarto lugar, que en el trámite judicial se respeten todas las normas del debido proceso. En consecuencia, la protección del derecho a la justicia, como se observa, implica mucho más que la satisfacción del simple deseo de justicia material; es una institución mucho más compleja con un amplio contenido dogmático.

Aunque no podemos entrar a estudiar en detalle estos requisitos frente a la Ley de Justicia y Paz, sí queremos afirmar con claridad que no se trata de una ley de amnistía o indulto por cuanto ella consagra la imposición de una pena que luego, cuando se den unos requisitos, puede ser reemplazada por una alternativa. Así mismo en ella se hace expresa referencia, a partir de los artículos 6.º y 37, a los derechos de las víctimas, pues se conmina al Estado a garantizar, por ejemplo, el acceso a la administración de justicia y se establecen una serie de derechos como recibir durante todo el procedimiento un trato humano digno, de protección de su intimidad y garantía de seguridad, etc. Ahora bien, también con otros instrumentos se ha hecho énfasis en todos estos aspectos; así, los decretos reglamentarios 4760 de 2005 (art. 11) y el 3391 de 2006 (art. 9.º) responden a muchas de las sugerencias y modulaciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006. Herramientas de garantía del derecho a la justicia no faltan en la Ley de Justicia y Paz, sin embargo, consideramos que el tema más álgido que se presenta es el que tiene que ver con la pena alternativa, pues es evidente que, *prima facie*, sustituir la pena principal por una alternativa de hasta 8 años para delitos atroces como los confesados por los desmovilizados postulados no es la respuesta adecuada al sentimiento de justicia y al contenido de este derecho expuesto y desarrollado por la jurisprudencia y la literatura especializadas.

A pesar de lo anterior y teniendo en cuenta que la Ley de Justicia y Paz con sus decretos reglamentarios se enmarca dentro de un proceso de

---

24 Cfr. al respecto Botero Marino y Restrepo Saldarriaga, en *¿Justicia transicional sin transición?*, pp. 47 y ss.

justicia transicional, se impone la imperiosa necesidad de utilizar las herramientas que la dogmática del derecho constitucional ha desarrollado para solucionar los problemas de tensiones entre principios constitucionales dentro de los cuales se encuentran los derechos a la justicia y a la paz. Si se hace uso del principio de proporcionalidad y se analiza la situación de la mano de criterios de ponderación y razonabilidad[25], se concluirá que los beneficios que con la Ley de Justicia y Paz se obtienen son superiores a los que pueden resultar con la imposición efectiva de la pena principal, pues el desmonte efectivo del aparato delincuencial es una contraprestación mucho más importante y benéfica para la garantía de los derechos humanos en Colombia que la imposición de penas altas en casos individuales. Se podría entonces concluir que la Ley de Justicia y Paz garantiza el derecho de las víctimas a la justicia, y aunque en casos como el de la pena alternativa éste pueda estar afectado en alguna medida, dicha afectación resulta proporcional teniendo en cuenta los beneficios que así se obtienen para la consecución de la paz de los colombianos.

Y, ¿qué pasa con la justicia en materia de oportunidad? Una vez afirmado que este derecho se garantiza con la Ley de Justicia y Paz surge el interrogante de si aplicando el principio de oportunidad a los no beneficiarios de dicha ley pero que se desmovilizaron individual o colectivamente, esto es, a los "milicianos rasos" a quienes sólo se les pueden imputar ciertos delitos como la simple pertenencia a grupos armados al margen de la ley y otros "conexos" con éste, el derecho de las víctimas a la justicia se garantiza.

Lo primero que aquí debe resaltarse es que para la aplicación de la garantía de la oportunidad en estos supuestos se está frente a delitos que no se consideran atroces, sino que, por el contrario y como se vio, han sido asimilados legalmente y en continuada jurisprudencia a los delitos políticos. Es decir, la aplicación del principio de oportunidad no estaría

25 Remmert. *Verfassungs und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, 1995; cfr. sobre los subprincipios del principio de proporcionalidad Hirschberg. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, pp. 2, 50, 75 y ss.; cfr. en la literatura colombiana Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*, Bogotá, 2005, p. 66; también Lamprea Montealegre. "El test de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante el año 2001", *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, 2003, pp. 17 y ss.; en materia penal, Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett. *El proceso penal*, 5.º ed., t. I, Bogotá, 2004, pp. 42 y ss.

referida a delitos considerados como graves atentados a los derechos humanos, pues frente a éstos la normatividad y la jurisprudencia colombianas son claras en la imposibilidad de aplicación (parág. 3.º art. 324 CPP y, entre otras, sentencia C-095 de 2007 de la Corte Constitucional). Siendo esto así, la especial tensión que se presenta entre los derechos de las víctimas y otros principios constitucionales y que tiene que resolver la Ley de Justicia y Paz no se advierte en la misma intensidad para la aplicación del principio de oportunidad, de tal modo que el análisis que se haga en el caso concreto tendrá que partir de otras premisas muy diferentes y considerar otros factores.

En verdad, la aplicación del principio de oportunidad se soporta en el especial y, en alguna medida, discrecional análisis que debe hacer el fiscal *en cada caso concreto* para determinar la proporcionalidad de la aplicación del principio frente a una posible vulneración de derechos fundamentales y principios constitucionales. No se olvide que la actividad de la administración de justicia se caracteriza por la toma discrecional de decisiones siempre dirigidas al logro de la justicia material en el supuesto específico, por lo que la aplicación del principio de oportunidad, cuando el ejercicio de ponderación propuesto se supere, será la decisión más justa posible en ese caso. En consecuencia, no es que con la aplicación de este principio se tomen decisiones arbitrarias; por el contrario, cuando se decida utilizar el criterio de la oportunidad como equivalente funcional a la pena, será porque precisamente se ha determinado racional y razonablemente que, por ejemplo, no existe interés público en la persecución penal, o que la culpabilidad del implicado es ínfima, es decir, que la aplicación del principio es la mejor forma de solucionar el conflicto con justicia. En pocas palabras, la correcta aplicación del principio de oportunidad es también, al igual que la imposición de una pena alta o baja, una decisión de justicia.

Por todo lo anterior, se puede decir que la decisión de aplicar el principio mencionado a los denominados "milicianos rasos" por la conducta de simple pertenencia a la ilegalidad y otras afines puede ser la decisión más justa en el marco del proceso de paz y de desmovilización que se está llevando a cabo. Un primer ejercicio de proporcionalidad se puede realizar comparando la reacción punitiva que consagra la Ley de Justicia y Paz frente a los cabecillas o jefes de grupo para delitos atroces, pues es evidente que si la pena para ellos puede ser sustituida por una alternativa,

la aplicación del principio oportunidad a quienes no se les imputen delitos graves será proporcional.

Pero por encima de esta constatación nos parece más pertinente y adecuado resaltar que el sentido práctico del principio de oportunidad expresado en la Constitución y en el ordenamiento procesal penal hace alusión *no sólo* a la necesidad de la justicia en el caso, *sino también frente al caso concreto*, y esto significa que su aplicación debe estar también al servicio de una política criminal determinada, la cual hoy en día más que nunca, en Colombia, por las necesidades históricas y las razones de teoría del Estado expuestas arriba, ha de estar encaminada al logro de la paz como fundamento de la seguridad que el Estado debe garantizar al ciudadano.

Entonces, la aplicación del principio de oportunidad también supone que los beneficios que implique la renuncia al ejercicio de la acción penal deberán justificar los perjuicios que esta determinación cause para la protección de los derechos fundamentales implicados *en el caso concreto.* Y teniendo como punto de partida la imperiosa necesidad de lograr la paz en Colombia y la enorme contribución al respeto y garantía de los derechos humanos que supone la culminación exitosa del proceso de desmovilización en curso, se podrá afirmar que la aplicación del principio de oportunidad será proporcional *frente al caso concreto.*

Ahora, en cuanto a los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación tenemos que decir que la aplicación del principio de oportunidad no pone en peligro su garantía, pues dicha aplicación exige el recaudo de un mínimo probatorio que permita inferir que el procesado es efectivamente responsable de la conducta que se le imputa y, además, como regla general, los operadores jurídicos deben procurar la reparación de la víctima antes de dar aplicación a los criterios de oportunidad. Pero más allá de eso, esto es precisamente lo que ocurre cuando en aplicación de la Ley de Justicia y Paz los cabecillas o jefes de frente entregan los bienes y cuentan la verdad, es decir, narran los hechos en los que han podido estar involucrados los miembros de base del grupo. Entonces, si la aplicación del principio de oportunidad se hace en el marco de este proceso de paz y reconciliación, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación se garantizarán no porque el "miliciano raso" cuente con detalles las masacres en que participó y de las que el Estado hasta ese momento no conocía, sino porque éstas han sido objeto de tratamiento en el proceso de justicia y paz adelantado con los jefes de frente, quienes han tenido que cumplir

con unas obligaciones para poder acceder a los beneficios de esa ley. Por supuesto que los "milicianos rasos" podrán hacer contribuciones importantes a la garantía de estos derechos de las víctimas y sus familiares, por ejemplo, otorgando información sobre las personas desaparecidas y la ubicación de sus restos, todo lo cual pasará a complementar lo dicho por los cabecillas.

D. Particularidades de la aplicación del principio de oportunidad a los "milicianos rasos" desmovilizados de grupos armados ilegales

1. ¿Es aplicable el principio de oportunidad a hechos sucedidos antes de la reforma al artículo 250 de la Constitución?

Al respecto debe resaltarse que el Acto Legislativo 03 de 2002 no sólo incorporó un nuevo modelo procesal penal, sino que, y más relevante aún, elevó a rango constitucional una estrategia de política criminal de la mano del principio de oportunidad, bajo la cual la persecución del delito hoy en día debe adelantarse a través de un proceso penal mucho más garantista, respetuoso de las verdaderas necesidades de punición y, en general, de todas las particularidades sociales colombianas que ameriten o no una respuesta punitiva estatal. Es decir, desde el momento de la reforma a dicho artículo y en adelante, queda claro que el ejercicio obligatorio del *ius puniendi* del Estado no es siempre la idea orientadora en el ejercicio del poder estatal, sino que también pueden existir casos ante los cuales el Estado decline dicho poder. Precisamente y como vimos, la Ley de Justicia y Paz responde a esta nueva visión de política criminal, estableciendo un sistema de enjuiciamiento encaminado a procurar los derechos de las víctimas, a la par que admite la flexibilización punitiva propia de los procesos de justicia transicional.

En este contexto es que consideramos que la aplicación del principio de oportunidad a los "militantes rasos" o de base de los grupos armados al margen de la ley no admite ningún reparo desde el punto de vista constitucional. Si ellos han de ser enjuiciados hoy en día, esto es, cuando desde la Constitución la política criminal en Colombia reconoce como unas de sus manifestaciones la figura de la oportunidad, dándole a ella incluso

unos contornos relativamente flexibles, no vemos un impedimento para que de la mano de este instituto se coadyuve en el logro de un fin legítimo como es la paz, más aún cuando, como vimos, ella y la Ley de Justicia y Paz persiguen fines muy similares, y entonces son parte integrante de una política criminal coherente y armónica. "El principio de oportunidad no es propiamente un problema de decisión de la Fiscalía, sino una determinación de política criminal que involucra a todos los poderes de decisión estatal"[26].

Si es la misma Carta Política la que hoy no concibe una política criminal sin el principio de oportunidad, deberá ser en este sentido que se hagan los ejercicios de interpretación de las normas jurídicas, y esto significa que por el carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarden coherencia con los principios constitucionales[27]; y siendo totalmente claro que la Constitución hoy en día contempla la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, debemos entender que su consagración por medio de la reforma es un paso más en el establecimiento de un sistema de reacción punitiva más garantista.

Ahora bien, se tendrían más argumentos cuando se piensa en la aplicación de las instituciones procesales consagradas en la propia Carta Política y que consagran "beneficios" cuando, como en el caso, se está ante el fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo, pues el propio artículo 29 superior prevé la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable como elemento integrante del derecho al debido proceso.

Sin embargo, aquí debe aclararse que la aplicación del principio de oportunidad a los denominados "militantes rasos", quienes de ser juzgados como los postulados a La ley de Justicia y Paz tendrían un procedimiento especial, en nada contradice la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema según la cual no es posible aplicar por vía de favorabilidad el principio de oportunidad a conductas procesadas bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000[28], pues el óbice que la Corte encuen-

---

26 Cfr. Guerrero Peralta. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 146.

27 Es lo que se conoce como interpretación conforme; en este sentido cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2003, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

28 "...lo cierto es que tenían razón quienes advirtieron sobre la aplicación inevitable del principio constitucional de favorabilidad de normas sustanciales o procesales de efectos sustanciales de la nueva ley de procedimiento penal a casos en los que no es aplicable el nuevo modelo procesal, *siempre y cuando no formen parte de institucio-*

tra a dicha posibilidad radica en que, en concepto de la corporación, el principio de oportunidad es una institución propia del sistema acusatorio que no tiene cabida en los sistemas de tendencia inquisitiva, consideración que no es predicable de la Ley 975 de 2005, la cual consagra, con sus particularidades, un modelo procesal acusatorio similar al previsto en la Ley 906 de 2004. En conclusión, consideramos que nada impide que por vía de favorabilidad se aplique a los "combatientes rasos" el principio de oportunidad respecto de las conductas cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, siempre que estas obviamente no constituyan violaciones al derecho internacional humanitario o delitos de lesa humanidad.

2. ¿En qué momento procesal es procedente la aplicación del principio de oportunidad?

Bajo un modelo procesal de tendencia acusatoria se entiende que el fiscal es el detentador único del ejercicio de la acción penal y que, por ende, ni el juez, como sí ocurre en los sistemas mixtos, ni los demás sujetos procesales pueden adoptar decisión alguna en lo que respecta al ejercicio de la acción. Esto ha sido corroborado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, cuando sostuvo, en por lo menos dos oportunidades, que la solicitud de absolución por parte de la Fiscalía constituye un verdadero retiro de la acción, de modo tal que el juez se encuentra imposibilitado para condenar, independientemente de lo solicitado por los demás intervinientes.

Al respecto afirmó la Corte:

---

nes características del sistema acusatorio como pasa con el principio de oportunidad"; Corte Suprema de Justicia. Auto del 4 de mayo de 2005, Rad. 19094, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas. No compartimos esta posición, pues si bien la mayoría de los sistemas procesales donde impera el principio acusatorio consagran la idea de la oportunidad, no se puede afirmar, sin más, que ella sea parte esencial de éste y que por ello no pueda ser aplicada en el marco de un sistema penal inquisitivo. Recuérdese que el principio de oportunidad es manifestación genérica de la política criminal y como tal no está supeditado necesariamente a un modelo procesal determinado. Por ejemplo, el modelo procesal angloamericano no conoce en estricto sentido el concepto de oportunidad sino que consagra alguna discrecionalidad al fiscal; son los modelos continentales europeos los que insisten en, de la mano de este principio, flexibilizar el principio de legalidad.

> En cambio, en aplicación de la Ley 906 de 2004 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución *sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal* (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la Ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación-petición de condena-sentencia[29] (cursiva fuera de texto).

Lo anterior nos lleva a pensar que carece de utilidad pretender limitar la aplicación del principio de oportunidad a una determinada etapa procesal, por ejemplo, a la etapa de *investigación* como, *prima facie*, lo consagra el estatuto procesal penal, pues no sólo no existe ninguna limitación normativa en ese aspecto, sino que, más relevante aún, si el fiscal advierte ya en la fase de *indagación* que no resulta procedente imputar porque concurre alguna de las causales aplicación del principio de oportunidad, carece de razonabilidad que se le obligue a adelantar una actuación procesal encaminada a ejercer una acción de la que pretende desistir. Lo expuesto en modo alguno quiere decir que la decisión del fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad no esté sometida a control judicial; es que no se muestra razonable que dicho control necesariamente deba estar precedido de la formulación de la imputación, cuando puede ser hecho en una audiencia preliminar.

Esta postura encuentra respaldo en la literatura procesal penal colombiana; son claras las opiniones en el sentido de que no existe limitación procesal para aplicar el principio de oportunidad, esto es, que éste puede irradiar sus efectos en cualquiera de las etapas del proceso, pues, se dice, la Constitución, que es el marco normativo creador del principio, no establece límites para su ejercicio[30]. De igual modo, Bazzani Montoya afirma que la aplicación del principio de oportunidad puede darse en cualquier momento, es más, este autor considera que su aplicación en la fase de indagación se justifica en la medida en que no es requisito para proceder a la renuncia

---

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 13 de julio de 2006, M. P.*:* Alfredo Gómez Quintero, rad. 15843.

30 Cfr. Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett. *El proceso penal*, t. I, cit..

de la acción el que se determine la autoría, obedeciendo su procedencia a motivos de política criminal[31].

Así mismo, tampoco existe razón válida para impedir la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de *juicio*, pues esta fase procesal sólo tiene lugar en caso de concurrir elementos suficientes que indiquen razonablemente la responsabilidad del acusado, también presupuesto probatorio para la aplicación del principio de oportunidad; es perfectamente posible que surjan acontecimientos y circunstancias después de la acusación que ameriten la renuncia a la acción penal. En este evento, el control sería ejercido por el juez de control de garantías con miras a no contaminar el criterio del juez de conocimiento de improbarse la aplicación del principio de oportunidad. Así mismo, consideramos que de aprobarse la aplicación al juez de conocimiento no le quedaría camino distinto a decretar la cesación del procedimiento, pues, como se expuso, le está vedado continuar con el ejercicio de la acción penal, posibilidad que sí le asistía en la Ley 600 de 2000.

Pero en este punto deben hacerse algunas precisiones. Consideramos que si bien en la etapa del juicio es procedente la aplicación del principio de oportunidad, esto sólo sería viable hasta el momento procesal en que la Fiscalía pueda intervenir para proponer sobre la decisión, esto es, hasta el alegato de cierre previsto en los artículos 442 y siguientes CPP y hasta antes de que el juez anuncie el sentido del fallo, pues cuando esto ocurra y se esté ante una decisión de condena ya habrá claridad sobre la responsabilidad; una cosa es que haya probabilidad sobre la responsabilidad, y otra muy diferente que ésta ya esté determinada. Permitir que el principio se aplique después de este momento procesal sería casi como otorgarle al acusado la posibilidad de "sondear" la reacción punitiva; además, ya no se podría hablar de un criterio de economía procesal.

3. Requisitos especiales en este caso

– La aplicación del principio de oportunidad en el marco de la política de desmovilización y reinserción de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley buscará que la renuncia al ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía sea hecha *solamente* por la conducta de

31 Cfr. BAZZANI MONTOYA. *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, 2006.

pertenecer como miembro raso a un grupo armado organizado al margen de la ley. En sede de oportunidad no hay espacio para pensar en su aplicación frente a delitos que sean atentados contra el derecho internacional humanitario.

En todo caso sería ingenuo pensar que algunos de dichos combatientes rasos no participaron en la comisión de delitos de lesa humanidad; sin embargo, lo cierto es que resulta imposible para el Estado establecer dicha responsabilidad, hasta el punto que de no ser por las versiones rendidas por los propios desmovilizados, no habría podido establecerse siquiera su pertenencia a la organización armada ilegal. Ahora bien, como es imperioso garantizar los derechos de las víctimas –en este punto en especial, el derecho a la verdad– y los desmovilizados rasos pueden referir en su versión a la comisión y participación en hechos atroces frente a los cuales no opera el principio de oportunidad, consideramos que *en estricto derecho* el Estado no puede abstenerse por lo menos de investigar esos hechos; otra cosa es que luego no logre obtener los resultados necesarios para acusar y termine precluyendo la investigación. Lo anterior porque de lo contrario, esto es, si el Estado no asume ese reto, quedará siempre abierta la posibilidad de juzgamiento por la Corte Penal Internacional. Es, sin duda, una cuestión de no fácil solución cuando lo que se busca es sacar adelante un proceso de paz; por tanto, el Estado debería ser mucho más claro en la forma como pretende abordar esta situación, y no dejarla en la "penumbra".

– La aplicación sólo será procedente para aquellas personas que aún no han sido condenadas, de modo que se deberán buscar otros mecanismos jurídicos para solucionar el conflicto cuando exista una sentencia condenatoria en firme. Ellos podrían ser la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad provisional. Aquí, no obstante, los desmovilizados "rasos" mantendrían los antecedentes penales, pues de otra forma sí que estaríamos hablando de un indulto disfrazado.

– Otro punto que no se puede desconocer y que queremos reiterar es que de acuerdo con las normas que regulan el principio de oportunidad y a la existente jurisprudencia constitucional al respecto, su aplicación debe respetar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Por ello se hace imperioso que la aplicación del principio de oportunidad que haga la Fiscalía General de la Nación se realice tomando

todas aquellas medidas procesales que puedan servir para garantizar estos derechos.

– Lo anterior es importante, pues la aplicación del principio está sometida al control de legalidad por parte del juez de control de garantías. Esto no deja de ser una situación riesgosa en la aplicación del principio. Tendrá que cumplirse con los requisitos formales y materiales de aplicación para que sea aceptada por dicho juez.

– Del análisis de las causales de aplicación del principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal podemos advertir que la consagrada en el numeral 15 del artículo 324 constituiría un posible fundamento para solucionar la situación jurídica de los miembros rasos de grupos armados organizados al margen de ley. Esta causal establece que el principio de oportunidad se podrá aplicar:

> Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

Aquí se está ante una causal que, como la gran mayoría de las causales, permite algún margen de discrecionalidad a su aplicador, pero que impone la necesidad de ponderar los intereses en conflicto que puedan estar en juego. Entonces, es perfectamente viable que la Fiscalía considere que perseguir el delito de pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley comporta problemas más significativos que su persecución y que la renuncia para lograr la paz es proporcional en una relación de medio a fin.

– Si se quiere un texto específico al respecto, éste podría ser incluido para reemplazar el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 declarado inexequible y sería el siguiente:

> *Principio de oportunidad*. La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal cuando la persona hubiere cometido la conducta de pertenecer como miembro raso a un grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos miembros se hubiesen desmovilizado con ocasión de un proceso de paz conducido por el Gobierno Nacional y siempre que no se le imputen otras conductas delictivas. En este caso, el Fiscal deberá tener en cuenta el marco jurídico y político de aplicación de la presente ley y la imperiosa necesidad de alcanzar la paz como derecho de todos los colombianos.

En todo caso, debe recordarse que la única conducta por la que procede la aplicación del principio de oportunidad es la pertenencia a la organización armada ilegal, accionar que en opinión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se adecua al delito de "concierto para delinquir agravado" del artículo 340 inciso 2.º C. P., modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006. Conducta que, en criterio de la corporación, no puede ser asimilada a un delito de contenido político[32].

En este punto cabe destacar que la posición sostenida por la Corte Suprema en la mentada providencia desconoció una consolidada línea jurisprudencial propia, bajo la cual no existía ningún reparo desde el punto de vista constitucional para asimilar la mera pertenencia al grupo armado ilegal como una modalidad de sedición, tesis aplicada incluso con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad por vicios de forma del artículo 71 LJP[33].

Así, por ejemplo, mediante auto del 14 de febrero de 2006[34], la Corte, haciendo referencia al citado artículo 71, reconoce que fue voluntad del legislador darle carácter político a la conducta consistente en pertenecer a grupos de autodefensas, sustrayendo tal accionar de aquellos hechos punibles que atentan contra el bien jurídico de la seguridad pública y ubi-

32 "La teoría del delito es una construcción que permite la explicación racional de los elementos que estructuran el concepto delito y desde la Constitución Política fundamenta la potestad estatal de imponer penas restrictivas de derechos a quienes vulneran los bienes jurídicos que han sido considerados como dignos, necesitados y merecedores de una especial tutela por parte del Estado. Al hacer una comparación entre lo que se entiende por delito político frente a los elementos que estructuran el concierto para delinquir, aparecen notas sobresalientes que los hacen diferentes, inclusive los tipos penales 'se repelen entre sí, son excluyentes', de manera que el legislador está impedido –so pena de subvertir el orden jurídico– para asimilarlos, homologarlos, o igualarlos desde los elementos que estructuran uno y otro reato así como para darles idéntico tratamiento": Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Sentencia del 11 de julio de 2007, MM. PP.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

33 Sobre este punto cabe destacar que en reciente pronunciamiento la Corte Constitucional consideró que las disposiciones declaradas inexequibles por vicios de forma pueden continuar surtiendo sus efectos siempre que sean favorables al procesado. En particular, la Corte consideró viable la aplicación de la rebaja de penas prevista en el artículo 70 LJP, incluso para quienes la solicitaron con posterioridad a su declaratoria de inexequibilidad. Razonamiento que, obviamente, podría extenderse al artículo 71 LJP. Corte Constitucional. Sentencia T-815 del 21 de agosto de 2008, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 14 de febrero de 2006, M. P.: Marina Pulido de Barón.

cándolo en el ámbito de los delitos lesivos al orden constitucional y legal. Así entonces, quienes conformen o hagan parte de un grupo de autodefensa y acuerden realizar acciones exclusivamente dirigidas "a realizar los objetivos perseguidos por la agrupación, en el marco de la confrontación armada que sostiene con las autoridades legítimamente constituidas o con los grupos guerrilleros", deberán ser considerados autores del delito de sedición, y no de concierto para delinquir.

Lo verdaderamente relevante de esta decisión es que en la misma se esbozan los fundamentos para una concepción del delito político alejada del argumento anacrónico conforme al cual la característica esencial de esta clase de delitos es la finalidad altruista perseguida por sus miembros. En efecto, en la comentada providencia la magistrada ponente afirma que en las leyes 782 de 2002 y 1098 de 2006, siguiendo los lineamientos formulados en diversos instrumentos internacionales, se acoge un concepto amplio acerca de quiénes son actores de un conflicto armado interno, superando la concepción tradicional que otorga tal calidad tan sólo a los miembros de movimientos insurgentes que por vía de las armas pretenden el derrocamiento del régimen vigente.

– Otra posibilidad es utilizar la figura de la suspensión del procedimiento a prueba tal como lo planteó en su momento la Procuraduría General de la Nación. Esta figura es uno de los aportes más llamativos del nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 324 numeral 8, y responde a la nueva visión práctica participativa de los intervinientes en el proceso, en especial víctima e imputado, que aporta el citado estatuto. Es una de las herramientas procesales con que cuenta el aplicador del derecho para afirmar el principio de oportunidad cuando se cumplan determinadas condiciones; es decir, el funcionario judicial podrá suspender el normal desarrollo del proceso y sujetar su archivo al cumplimiento efectivo de los requisitos que contiene el artículo 326 CPP. Una vez que éste considere que las condiciones impuestas están cumplidas, y ello dentro de un término no mayor a 3 años, podrá aplicar el principio de oportunidad.

Se podría decir entonces que la aplicación del principio de oportunidad por este numeral sucede en dos fases; la primera está conformada por la suspensión de la persecución penal sometida a las condiciones del artículo 326 CPP en un lapso determinado, mientras que la segunda, por la verificación del cumplimiento de estos requisitos, momento en el cual queda totalmente legitimada la aplicación del principio de oportunidad.

En consecuencia, el incumplimiento facultará para proseguir con el proceso, y la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá ser utilizada como prueba de culpabilidad de acuerdo a lo previsto por el artículo 325 CPP[35].

Esta figura resulta bastante llamativa en el seno de la discusión sobre la aplicación de principio de oportunidad a los desmovilizados de base de las autodefensas, pues su aplicación en dos fases, como se vio, abre un espectro de posibilidades reales y racionales para lograr la plena garantía de los derechos de las víctimas de los delitos por ellos cometidos. En efecto, si la definitiva aplicación del principio sólo se da después de que en un lapso determinado se cumplan unas obligaciones concretas, es perfectamente posible pensar que dentro de dichas obligaciones se consideren todas aquellas relevantes no sólo para reparar a las víctimas, sino también para finiquitar el proceso de paz y de desmovilización en general; piénsese en la efectiva comprobación de que han dejado las armas y de que no se han rearmado, etc. Al análisis positivo de tales constataciones sobrevendrá la certeza de la legitimidad de la aplicación del principio de oportunidad.

– Ahora, podría pensarse en que además de la solución procesal del principio de oportunidad se combinara ésta con una solución de derecho sustancial y se despejara la duda acerca de la conducta de pertenecer al grupo ilegal. Esto se podría hacer reviviendo el tema de la sedición o creando un tipo nuevo sobre pertenencia a grupos armados o a bandas criminales como se encuentra consagrado en muchas partes del mundo, pues el problema de inseguridad sobre qué delito se configura en estos casos surge precisamente porque no existe ese tipo penal en concreto.

4. ¿Es posible una aplicación colectiva del principio? ¿Puede haber control de legalidad colectivo?

El artículo 50 CPP prevé, como regla general, que por cada conducta punible se adelante una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de autores o partícipes que concurran a su realización –unidad procesal–, regulación que admite como excepción la investigación y juzgamiento conjunto de los delitos conexos.

---

35 Cfr. al respecto PERDOMO TORRES. *Los principios de legalidad y oportunidad*, cit., p. 146.

A partir de esta norma no parece existir óbice desde el punto de vista jurídico para adelantar una única actuación respecto de todos los combatientes pertenecientes a una determinada estructura armada (pensemos en miembros de un mismo "bloque"), pues todos han cometido el delito de pertenecer como "milicianos rasos" a un grupo armado ilegal, conducta que en el marco de un proceso de justicia transicional configura un sólo hecho delictivo conjunto o de grupo; si esto es así, lo razonable parece ser que a los integrantes del grupo se les aplique el principio de oportunidad de manera conjunta, así como que el control judicial se adelante en un mismo momento.

III. La aplicación del principio de oportunidad a los adolescentes desmovilizados de organizaciones armadas ilegales

La posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los menores de edad que cometieron conductas punibles durante su permanencia en grupos armados al margen de la ley es un tema que no puede desligarse de los fundamentos de la responsabilidad penal de los adolescentes en general, como tampoco de los parámetros que la jurisprudencia ha fijado para establecer la responsabilidad penal de los menores combatientes.

Por lo anterior, nos permitimos hacer breve mención de la filosofía que inspira el nuevo sistema de responsabilidad penal del adolescente, con miras a explicar el papel que juega el principio de oportunidad en la materialización del principio base de todo el sistema de protección de los menores de edad, esto es, el interés superior del menor[36].

---

36 Determinar qué se entiende por interés superior del menor ha sido una cuestión no fácil de acometer. Se debe partir, sin embargo, de la idea general de que el menor infractor es el centro de la actuación de la justicia (en el caso de la responsabilidad criminal) penal, que reconoce una especificidad jurídica para este menor de edad y que se basa en la naturaleza prevalente de sus derechos e intereses. En la sentencia T-510 de 2003 la Corte Constitucional explicó cómo el interés superior del menor se debe determinar atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto; así la Corte: "el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario, el contenido de dicho interés […] sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad".

A. La responsabilidad penal del adolescente

Hasta antes de la expedición de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia, en adelante CIA), se entendía que la responsabilidad penal de los menores de edad se fundaba en la comisión de una conducta típica y antijurídica, siempre que no concurrieran las causales eximentes de responsabilidad previstas en el Código Penal. Lo anterior respondía a la concepción del menor de edad como inimputable y, por ende, incapaz de culpabilidad, es decir, se consideraba que éste no podía ser censurado por actuar de forma contraria a derecho. Se entendía, atendiendo a criterios estrictamente biológicos, que los menores de 18 años carecían de la capacidad de comprender a cabalidad la ilicitud de su conducta y de determinarse conforme a tal comprensión, por tanto, debían ser sometidos a un procedimiento de orden tutelar, encaminado a su rehabilitación y protección, carente de naturaleza propiamente penal.

La finalidad tutelar del sistema de responsabilidad penal de menores, o mejor, su inadecuado entendimiento, dio lugar a que se les considerara más como objetos de protección que como sujetos de derechos, privándolos, paradójicamente, de garantías básicas de las que goza cualquier delincuente adulto. Al respecto, manifestaba TORRES TÓPAGA en relación con el antiguo Código del Menor (Dcto. 2737 de 1989):

> Es así como el proceso previsto para el menor infractor de la ley, o diremos mejor al presunto infractor, ha sido denominado por la doctrina y jurisprudencia como *tutelar*, el cual pretende, como su mismo enunciado lo indica, proteger al menor, lo que en primer instancia indica que en este proceso más que esclarecerse una verdad respetando las garantías de las personas involucradas, lo que prevalece es la protección de ese menor que se ve enfrentado al Estado a través de ese proceso de menores; en otras palabras, poco podrá interesar si el menor cometió o no una conducta delictiva, ya que lo que interesa es protegerlo[37].

En efecto, atendiendo a la naturaleza tutelar del proceso de responsabilidad de menores, la Corte Constitucional, en su momento, consideró que estos no estaban cobijados por las garantías mínimas inherentes al debido proceso consagradas en el artículo 29 superior, en particular, el tribunal afirmó que resultaba constitucionalmente admisible que a los menores no

---

37 TORRES TÓPAGA. "Garantías procesales frente al menor infractor de la ley penal", *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 4, p. 200.

se les permitiera impugnar la sentencia que reconocía su responsabilidad, pues el artículo 29 sólo se predica de procesos en los que se vea involucrada la potestad punitiva del Estado, lo que no sucedía en el proceso de menores que respondía exclusivamente a finalidades protectoras y pedagógicas.

> Así que no consagrar la doble instancia, no viola el debido proceso. Por otra parte, el derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria consagrado en el artículo 29 de la Carta, no se predica de los menores, sino de los procesos que involucran el poder punitivo del Estado, que son aquellos donde hay sindicados. Las sentencias de menores no hacen tránsito a cosa juzgada, deben ser revisadas permanentemente, y por ello no se viola el debido proceso [...]
>
> Por otra parte, de acuerdo al artículo 29 de la Carta, toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria. El concepto de "sentencia condenatoria" no se predica de las infracciones penales cometidas por menores, pues a ellos no se les condena, sino que se les impone una medida rehabilitadora y protectora. Por lo tanto, también en principio, la providencia judicial en la que se le imponga al menor una medida de esa índole podría, por precepto legal, carecer de una segunda instancia, pues no encaja dentro del concepto de "sentencia condenatoria" que consagra la Constitución Nacional […]
>
> En síntesis: La doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso –pues la ley puede consagrar excepciones–, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas, según el artículo 29 de la Carta. El concepto de "sentencia condenatoria" contradice la filosofía y naturaleza de la legislación de menores, a cuyo amparo, el juez puede imponerle medidas al menor infractor de carácter protector y pedagógico, pero nunca de naturaleza condenatoria. Sin embargo, si alguna de esas medidas es privativa de la libertad, podrá ser siempre impugnada a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, se repite, ha sido incorporada a nuestra legislación interna[38].

De igual modo, el diseño del proceso de menores permitía que los fundamentos de su responsabilidad pasaran a un segundo plano, fundándose la decisión del juez de menores más en las condiciones personales de éstos que en la conducta o hecho efectivamente cometido. En efecto, se trataba

38 Corte Constitucional. Sentencia C-019 del 25 de enero de 1993, M. P.: Ciro Angarita Barón.

de un procedimiento eminentemente inquisitivo, en el que, y sólo para poner un ejemplo, ni siquiera formalmente se hallaban separadas las funciones de acusación y juzgamiento.

Hoy, por el contrario, tras la expedición de la Ley 1098 de 2006, mediante la cual, entre otros propósitos, se pretendió actualizar la legislación colombiana conforme a los instrumentos internacionales relativos a la responsabilidad penal de los menores de edad, se entiende que por el sólo hecho de ser persona "el niño está dotado de la capacidad para orientarse por el sentido, por el valor y por la verdad"[39], sustituyéndose así la visión proteccionista y simplemente educativa para el tratamiento de menores infractores por un modelo de responsabilidad al cual le serán aplicables las garantías constitucionales y legales, pero al mismo tiempo entendiendo que el menor de edad puede tener responsabilidad penal por sus actos y las consecuencias de éstos[40]. Se trata de hacer menos énfasis en la idea de protección, acercándose a la idea de responsabilidad penal plena, aunque orientado ello a una finalidad educativa[41]. El menor de edad adolescente entre 14 y 18 años tiene, entonces, capacidad de culpabilidad, es imputable y como tal puede ser objeto de reproche penal[42], aunque éste sea diferente o disminuido respecto del que se le pueda hacer a un adulto. Entonces, el modelo de responsabilidad es incompatible con la concep-

---

39 Gómez Pavajeau. *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*, Bogotá, 2007.

40 Así la Corte Constitucional en sentencia C-203 de 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa: "El desarrollo reciente del derecho penal internacional proporciona elementos de juicio adicionales para concluir que los menores de edad sí pueden ser sujetos de responsabilidad penal, en este caso, por la comisión de hechos ilícitos internacionales, siempre y cuando se respeten las garantías mínimas a las que tienen derecho por su condición de menores.

41 Ornosa Fernández. *Derecho penal de menores*, Barcelona, 2005, pp. 32 y ss.; sobre el principio educativo Cruz Márquez. *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid et ál., 2006, pp. 21 y ss.; tendiendo más a la idea de educación, Walter. "Das Jugendkriminalität in der öffentlichen Diskussion: Fortentwicklung oder Kursänderung zum Erwachsenenstrafrecht?", *GA*, 2000, pp. 431 y ss.

42 Viana Ballester. "La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores", *La Ley*, enero de 2004, pp. 151 y ss.) llama la atención sobre las ventajas de que la responsabilidad del adolescente sea penal, pues estaría "revestida de todas las garantías y principios fundamentales que rodean el Derecho penal" (p. 162); mostrando cómo una teoría de la responsabilidad puede contribuir a superar típicos problemas del derecho penal juvenil, Jäger. "Jugend zwischen Schuld und Verantwortung. Was kann eine strafzweckorientierte Schuld-und Verantwortungslehre zum Verständnis des Jugendstrafrechts beitragen?", *GA*, 2003, pp. 469 y ss.

ción del menor como sujeto inimputable en el orden penal[43], y tampoco los menores de 14 años pueden considerarse como tal; ellos están, simple y llanamente, por fuera del derecho penal.

B. La responsabilidad penal de los adolescentes pertenecientes a grupos armados ilegales

¿Puede un menor, víctima del reclutamiento por parte de grupos armados ilegales al margen de la ley, ser a su vez responsable penalmente por los delitos cometidos durante su permanencia en dichas organizaciones? Este problema jurídico ocupó la atención de la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005, en la que tras un extenso y juicioso estudio de los tratados internacionales sobre la materia, las disposiciones constitucionales y el ordenamiento jurídico interno, concluyó que los menores de edad que se desvinculen del conflicto armado sí pueden ser tratados jurídicamente, y esto a pesar de su calidad de víctimas de la violencia política y del delito de reclutamiento forzado. En efecto, se había venido considerando por una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia que el menor de edad siempre debía tenerse como "víctima", por lo que entonces no parecía procedente pensar en responsabilidad alguna; a pesar de que la gran mayoría de los menores se alistó en esos grupos por su propia voluntad, en estos casos esta supuesta voluntariedad se encontraba condicionada por diversas manipulaciones y presiones. Para la Corte, a pesar de que los menores de edad pueden haber sido víctimas de estas situaciones, ya que ellos también pudieron cometer hechos ilícitos de gravedad que, a su vez, dejan víctimas y perjudicados, no resultaría acorde con la necesaria protección de los derechos de aquellas que dichos menores sean excluidos sin más del reproche penal; las víctimas de los delitos cometidos por menores de edad también tienen derecho a que las garantías a la verdad, la justicia y la reparación sean respetadas.

Importante resulta el planteamiento del Tribunal en la citada providencia sobre la necesidad de analizar cada caso en concreto al momento de establecer la posible responsabilidad penal del menor de edad:

> 6.4.2. La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser eva-

43 Cfr. García Rivas. "Aspectos críticos de la legislación penal del menor", *La Ley*, julio de 2005, p. 105.

luado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes–, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectivo de los niños o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el *status* de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley.

El juzgamiento de menores de edad adolescentes desmovilizados de grupos armados al margen de la ley es un evento excepcional, que tan sólo debe darse en la medida en que del análisis de la edad del menor, de la influencia ejercida sobre él por los reclutadores y comandantes del grupo ilegal, y de sus condiciones económicas, sociales y culturales, pueda

desprenderse algún grado de reproche penal, que dé lugar a que prime su condición de victimario sobre su calidad de víctima del reclutamiento forzado; factor que en todo caso deberá incidir favorablemente en la valoración de su responsabilidad penal.

En otros términos, la jurisprudencia citada establece que el menor integrante de un grupo armado es víctima y, por ende, su conducta carece en principio de reproche jurídico penal. No obstante, en determinados y excepcionales casos, debe entenderse que los factores que motivaron al menor a vincularse a la organización ilegal y a cometer conductas delictivas en desarrollo de dicha vinculación tienen menor importancia frente a la decisión "libre" de actuar contra derecho; es decir, que si bien la comprensión de la ilicitud y la posibilidad de actuar de modo distinto siempre se verán disminuidas en el menor combatiente, en algunos casos la comisión del delito responderá en mayor medida a su decisión "libre", consciente y voluntaria, evento en el que es posible formularle un juicio de reproche y, por ende, predicar su responsabilidad penal.

Partiendo de esta premisa, consideramos, a modo meramente enunciativo, que en los siguientes casos no es posible afirmar la responsabilidad penal del menor de edad desmovilizado de un grupo armado ilegal, resultando, por ende, innecesario aplicar el principio de oportunidad para omitir su procesamiento:

– Todos aquellos menores que hayan sido reclutados a través de presiones o amenazas y, en general, mediante cualquier forma de coacción capaz de afectar significativamente su actuar, carecen de responsabilidad penal, en particular, de culpabilidad, siendo improcedente la aplicación del principio de oportunidad, pues el presupuesto de esta institución es que su beneficiario haya cometido una conducta, *prima facie*, típica, antijurídica y culpable.

Por lo anterior, la causal de aplicación del principio de oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 175 CIA, esto es, "Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento", debe interpretarse entendiendo que ella consagra una forma de coacción que si bien no alcanza a eliminar la capacidad del menor de actuar conforme a derecho, sí reduce significativamente tal aptitud.

– En aquellos eventos en los que las condiciones sociales, económicas y culturales hayan privado al menor de cualquier posibilidad de desarrollo

distinta a unirse al grupo armado, debe entenderse que actuó sin culpabilidad y que, por ende, no le puede ser imputada responsabilidad penal.

Por ende, tan sólo serán aplicables las causales del principio de oportunidad previstas en los numerales 1 y 2 del mencionado artículo 175, en la medida en que pueda demostrarse que el adolescente contaba con opciones de vida digna distintas a engrosar las filas de la organización armada.

En conclusión, siempre que al ponderar los factores previstos por la Corte se determine que el adolescente actuó sin culpabilidad, lo procedente es el archivo de las diligencias o la preclusión de la investigación, y no la aplicación del principio de oportunidad, cuyas causales en relación con los adolescentes involucrados en el conflicto sólo proceden en tanto se tenga indicio fundado de que el menor actuó con culpabilidad, pero disminuida o atenuada en razón de las particulares circunstancias de cada caso.

C. El principio de oportunidad es una institución base del sistema de responsabilidad para adolescentes

La consecución del interés superior del menor, como principio fundamental del sistema de responsabilidad penal de la adolescencia, implica necesariamente el análisis de las circunstancias particulares que motivaron al menor a infringir la ley penal, por lo que entonces, y como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional, para su garantía efectiva habrá que considerar las circunstancias de cada caso en concreto, es decir, la misma idea que hemos venido afirmando para la aplicación del principio de oportunidad, pues este opera *en* y *frente* a un caso específico.

Para garantizar este interés superior y respondiendo a su significado es como se reclama que todos los ordenamientos que consagren la responsabilidad penal del menor de edad prevean un margen suficientemente amplio de actuación del operador jurídico, y que se le otorguen a éste facultades discrecionales para adoptar las medidas judiciales que mejor se adecuen a la realidad del menor[44], entre ellas, la posibilidad de prescindir del enjuiciamiento, cuando ello resulte necesario para garantizar su adecuado desarrollo. Como afirma Ornosa Fernández:

---

44 Cfr. al respecto Gómez Rivero. "La nueva responsabilidad del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000", *La Ley*, enero de 2002, pp. 13 y ss.

> ...cuando el menor es acusado de un hecho delictivo, la justicia penal de menores no se va a poner en marcha en todas las ocasiones como en el caso de los adultos, sino que la influencia del principio de oportunidad, concedido al Fiscal, va a implicar que este valore la necesidad o no de incoar un expediente al menor[45].

Por lo anterior es que se reconoce que en materia de responsabilidad penal de los menores de edad ocurre un inversión del principio general que opera en materia de responsabilidad criminal para los adultos: en lugar de regir como regla el principio de legalidad, ese lugar es ocupado por el de oportunidad, tal como lo consagra claramente el artículo 174 CIA. Esto implica que las "ataduras" a las que normalmente se ve sometido el funcionario judicial, en el sistema de responsabilidad de adolescentes se flexibilizan o relajan[46], pues es mandato general y que emana desde los instrumentos internacionales de protección de los derechos de los menores de edad que ese funcionario cuente con un gran margen de discrecionalidad en la toma de decisiones frente al caso concreto donde esté involucrado el menor y que, en la medida de lo posible, el Estado renuncie a la persecución penal o tome medidas alternativas equivalentes[47].

En ese sentido, la Corte Constitucional en la varias veces citada sentencia C-203 de 2005 afirmó que las autoridades judiciales encargadas del procesamiento de los menores cuentan con un significativo margen de discrecionalidad a la hora de adoptar las acciones que en mayor medida garanticen la consecución del interés superior del menor; sobre el particular, consideró:

> Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares *cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés*; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que

45 ORNOSA FERNÁNDEZ. *Derecho penal de menores*, cit., p. 84.

46 Así OSTENDORF. "Flexibilität versus Rechtsstaatlichkeit im Jugendstrafrecht", *GA*, 2006, pp. 516 y ss.

47 La tendencia de atenuación de las sanciones y de búsqueda de soluciones alternativas es generalizada, cfr. DÜNKEL. *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid, 2001.

> requieren su protección –deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos– (cursiva fuera de texto).

Lo dicho hasta ahora junto con el pronunciamiento jurisprudencial transcrito serían argumentos suficientes para concluir que en el procedimiento penal de adolescentes el principio de oportunidad pierde su carácter excepcional, erigiéndose en el mecanismo procesal llamado a resolver la mayor parte de los casos en que un menor se vea involucrado en la comisión de una conducta punible, cualquiera que sea[48]. En efecto, una vez valoradas las circunstancias personales de cada menor, en un número significativo de casos se evidenciará que el interés superior del menor recomienda renunciar al ejercicio de la acción penal o, cuando menos, suspenderlo; opción que se muestra mucho más apropiada para la consecución de las finalidades de resocialización, rehabilitación y protección que la aplicación pura y simple de una sanción de carácter penal, pues permite solucionar el conflicto atendiendo a las especiales condiciones del menor y, en el caso de la suspensión del procedimiento a prueba, imponer ciertas restricciones a la libertad del menor (art. 326 Ley 906 de 2004) sin someterlo a los efectos nocivos del enjuiciamiento.

Pero si lo expuesto no fuera suficiente para concluir que el principio de oportunidad constituye la regla general para el procesamiento de los menores infractores de la ley penal, en diversos instrumentos internacionales reconocidos como parte integrante del ordenamiento interno por la Corte Constitucional[49] se establece expresamente que, en la medida en que ello

48 A pesar de que las investigaciones de campo muestran que los delitos que cometen los menores de edad son generalmente episódicos y de bagatela (así, p. ej., Cano Paños. *El futuro del derecho penal juvenil europeo*, Barcelona, 2006), la realidad colombiana deja ver otra situación muy diferente, pues los adolescentes vinculados al conflicto armado interno hacen parte de la criminalidad de gran calado; no por esto, sin embargo y como veremos más adelante, se les dejarán de aplicar a ellos las garantías propias de la responsabilidad penal de los adolescentes.

49 En relación con la vinculatoriedad de las Reglas de Beijing, manifiesta la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005: "En suma, las Reglas de Beijing (que en sí mismas no son obligatorias por tratarse de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas) codifican y sistematizan estándares mínimos que, al provenir de tratados ratificados y normas consuetudinarias internacionales sobre derechos

sea posible, el sistema de responsabilidad penal para adolescentes debe optar por medidas diferentes al efectivo enjuiciamiento de los adolescentes infractores.

Así, por ejemplo, las Reglas de Beijing 8.1 y 8.2, en sus apartes pertinentes, señalan:

> Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes *sin recurrir a las autoridades competentes* […] *para que los juzguen oficialmente*.
>
> La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores *estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente*, sin necesidad de vista oficial, *con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos* y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. (Cursiva fuera de texto).

De modo aún más categórico, en la Regla de Beijing 6.1 se afirma que los actores del sistema de responsabilidad penal para adolescentes deben contar con un significativo margen de discrecionalidad que les permita modificar las medidas que se le han de imponer al menor infractor en procura de su interés superior, finalidad en la que sin duda constituye un mecanismo idóneo la aplicación prevalente del principio de oportunidad. Dispone la mencionada regla:

> Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se *facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores*, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. (Cursiva fuera de texto).

De igual modo, la Regla de Beijing 11 consagra el principio de la judicialización de los menores como última alternativa, conforme al cual en muchos casos la no intervención es la mejor respuesta a los intereses del

---

humanos vinculantes para el país –y que en su mayoría forman parte del bloque de constitucionalidad–, son obligatorios como parte del ordenamiento interno colombiano, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9.º, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben en consecuencia ser respetados en todos los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley penal".

menor o, cuando menos, la sustitución de su enjuiciamiento por medidas de orden administrativo tendientes a su reinserción social; propósitos frente a los cuales el principio de oportunidad, en sus modalidades de renuncia y suspensión al ejercicio de la acción, constituye un instrumento ideal para la materialización de este principio.

Así mismo, el reconocimiento del principio de oportunidad como alternativa general para el procesamiento de los adolescentes infractores de la ley penal se desprende de la Regla 17.4, la cual establece que "la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento", lo que, de concurrir los fundamentos de la responsabilidad, sólo es posible a través de la aplicación del principio de oportunidad. Lo anterior, encuentra también fundamento en la Regla 18.1 que consagra el principio de "pluralidad de medidas resolutorias", de acuerdo al cual "para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones".

Pero la exigencia de medidas alternativas al enjuiciamiento de los menores no es exclusiva de las Reglas de Beijing, así, por ejemplo, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) contienen múltiples disposiciones de las que se desprende que la aplicación del principio de oportunidad debe prevalecer sobre otras opciones de procesamiento; en relación con este instrumento internacional, manifiesta Gómez Pavajeau:

> La desjudicialización del tratamiento, engarza con principios fundamentales señalados por la Riad, según los cuales la prevención del delincuente menor debe enmarcarse: I. En "el reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son, con frecuencia, parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a edad adulta"; II. En "la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de extraviado, delincuente o predelincuente a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable"; y III. "Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social" (literales e, f y g de la Directriz n.º 5)[50].

---

50 Gómez Pavajeau. *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*, cit., p. 55.

En conclusión, es obligación de los Estado a los que se les extienden los efectos jurídicos de los citados acuerdos, tal como es el caso de Colombia, consagrar en sus ordenamientos jurídicos instrumentos procesales que permitan a los operadores jurídicos optar por alternativas distintas al efectivo enjuciamiento de los menores infractores de la ley penal, así como que tales instrumentos deben constituir el procedimiento bajo el cual debe tramitarse la mayor parte de los casos en los que se vea envuelta la responsabilidad penal de un adolescente, pues, en principio, la imposición de una sanción sería contraria al interés superior del menor.

Así las cosas, siendo que en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad constituye la única figura a través de la cual el fiscal puede omitir ejercer la acción penal pese a que la conducta del sindicado pueda ser catalogada como típica, antijurídica y culpable, a fuerza debe concluirse que es a través de este instituto que han de tramitarse la mayor parte de los casos que se adelantan bajo el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, que en este contexto pierde su carácter excepcional para erigirse como principio fundante, lo que no sólo se traduce en su aplicación generalizada sino, más relevante aún, en un régimen discrecional para su aplicación, sustentado en el interés superior del menor.

D. Causales de aplicación del principio de oportunidad a los adolescentes desmovilizados de grupos armados al margen de la ley

La Ley 1098 no incorpora un catálogo especial de causales de aplicación del principio de oportunidad para los adolescentes infractores de la ley penal, por lo que, y atendiendo al principio de integración normativa (art. 144 CIA), debe entenderse que las causales previstas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 son perfectamente aplicables a los adolescentes, siempre que no sean contrarias a su interés superior.

En primer lugar, consideramos que no hay ningún impedimento para aplicar a los adolescentes aquellas causales que la doctrina ha denominado de derecho sustancial del artículo 324 CPP, es decir, aquellas que reconocen un menor grado de injusto, culpabilidad o necesidad de pena. En esta categoría encontramos los numerales 7, 11, 12, 13, 14, 15 y 17, todos aplicables a los adolescentes, incluso a los que hicieran parte de grupos armados al margen de la ley. Si se observa la consagración de estas causa-

les se advierte inmediatamente que ellas tocan temas muy puntuales como la responsabilidad imprudente o culposa, la pena natural, el exceso en la justificante, etc., y que incluso la del numeral 13 apunta a una situación que puede ser leída siempre que estemos ante un adolescente infractor, pues cuando esta norma establece que el principio podrá aplicarse en caso de *juicio de reproche de culpabilidad secundario*, podría pensarse que, en virtud de la culpabilidad diferente o disminuida del adolescente, su juicio de reproche siempre es secundario, esto es, diferente y distinto del de un adulto.

Por el contrario, buena parte de las causales del principio de oportunidad de orden procesal, es decir, aquellas que se justifican en razón de criterios de eficacia y eficiencia procesal, pueden eventualmente reñir con el interés superior del menor, por lo que su aplicación debe rechazarse en el procedimiento penal de los adolescentes. Es el caso de las causales que se fundamentan en la extradición del sindicado (nums. 2, 3 y 4 art. 324 CPP), medida que en relación con los menores puede resultar inconstitucional si el régimen punitivo al que será sometido en el país requirente es más drástico que el previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia. Ahora, en cuanto a las causales de procedencia del principio de oportunidad relativas a la colaboración eficaz del imputado con la administración de justicia, consideramos que son perfectamente aplicables a los menores de edad, más aún en tratándose de adolescentes que estuvieron vinculados a organizaciones armadas ilegales, pues ellos podrán suministrar información importante para las autoridades en la lucha contra las muchas formas de criminalidad, y esto sin que se caiga en la prohibición prevista en el artículo 157 CIA, pues ésta tan sólo se refiere a aquellos acuerdos destinados a que el adolescente acepte su responsabilidad penal, no a las negociaciones dirigidas a hacerlo beneficiario del principio de oportunidad. Esta situación tendrá que ser valorada especialmente para no caer en la prohibición especial del artículo 176 CIA relativa a que los adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley no sean utilizados en actividades de inteligencia.

En conclusión, la aplicación al proceso penal de adolescentes de las causales del principio de oportunidad consagradas en el estatuto procesal penal se halla condicionada a que las mismas resulten compatibles con el interés superior del menor.

En segundo lugar, debemos referirnos ahora más en detalle a las causales previstas en el CIA (art. 175) exclusivamente para los adolescentes que han intervenido en delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley. Las cuatro causales previstas en dicha disposición tienen como común denominador que al adolescente ex integrante de estos grupos se le haga un reproche penal de menor intensidad que no implique una eliminación total de su capacidad de culpabilidad, pues de lo contrario la respuesta procesal no sería la aplicación del principio de oportunidad sino otra.

En relación con las tres primeras causales del artículo 175 pensamos que se puede tratar de eventos de error de prohibición (en la forma de condicionamiento socio-cultural) directo vencible, esto es, aquel que recae sobre la conciencia de ilicitud del acto y, en particular, sobre la existencia o vigencia de la norma que lo prohíbe[51]. En verdad, si es el mismo Estado quien "reconoce su responsabilidad" por no ofrecer las condiciones sociales, económicas y culturales necesarias en todo el territorio colombiano para sus menores de edad y su correcto desarrollo, y al adolescente no lo queda otra alternativa que ir a combatir en el seno de los grupos armados ilegales, se puede considerar que esa persona al momento de cometer una conducta típica y antijurídica (desde la simple pertenencia al grupo, hasta otros delitos relacionados con esa pertenencia), por esa imposibilidad económica, social y cultural, no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión. Así lo reconoce la doctrina en referencia al error de prohibición:

> En definitiva, estas observaciones ponen de manifiesto la necesidad de incluir aspectos relativos al ámbito de socialización del menor –que es el punto de contacto con las normas que rigen en una sociedad– y a la intensidad de los mecanismos de control que intervienen en él, dado que ambos factores influyen decisivamente en el reconocimiento de la duda por parte del menor acerca del carácter ilícito del comportamiento[52].

En estos eventos insistimos en que el error debe ser vencible para que proceda la aplicación del principio de oportunidad, pues de ser el error invencible lo que procede es el archivo del proceso; todo esto debe valorarse

---

51 Cfr. también en ese sentido GÓMEZ PAVAJEAU, Ob. cit.

52 CRUZ MÁRQUEZ. *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, cit., p. 113.

atendiendo a que la conciencia ético-práctica del menor no se encuentra plenamente desarrollada, así como a las difíciles condiciones sociales a las que se ven sometidos la mayor parte de los menores que son reclutados por los grupos armados al margen de la ley.

Ahora bien, en lo que atañe a la cuarta causal y como ya se advirtió, esto es, cuando el adolescente haya hecho parte del grupo armado ilegal o haya participado directa o indirectamente en las hostilidades, en acciones armadas o en los delitos cometidos por dichos grupos en virtud de "fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento", una comprensión adecuada de la figura del principio de oportunidad nos lleva a concluir que éste tan sólo será aplicable en la medida en que, pese a la coacción, el menor cuente con alguna posibilidad viable de comportarse conforme a derecho, es decir, que la coacción carezca de la entidad necesaria para constituir una causal de exclusión de culpabilidad, pues de lo contrario el adolescente carecería de responsabilidad, resultando innecesario aplicar el principio de oportunidad.

En relación con la aplicación exclusiva de las causales anteriormente mencionadas a los adolescentes que hayan cometido una conducta delictiva durante su permanencia en grupos armados ilegales como lo consagra el mencionado artículo 175, consideramos que no existe ninguna razón constitucionalmente válida para excluir a los demás adolescentes, esto es, a los que no han hecho parte de estos grupos ni participado en delitos cometidos por estos, de la aplicación de las causales previstas en los numerales 2 y 3 del mencionado artículo. En efecto, resulta apenas lógico que la situación de marginamiento social, económico y cultural tenga aptitud para viciar la conciencia de ilicitud de cualquier adolescente, y no sólo de aquellos que integran los grupos armados ilegales; por ende, cuando tales circunstancias se constaten frente al menor responsable de cualquier tipo de conducta delictiva, no existe justificación para no hacerlo beneficiario del principio de oportunidad.

En tercer lugar, consideramos igualmente que la imposibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad cuando se trate de hechos que impliquen violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, no resulta plenamente entendible, pues si bien es cierto que la Corte ha considerado que los compromisos adquiridos por Colombia en relación con esta clase de delitos exigen la efectiva sanción de tales comportamientos, en relación con los menores de edad

tal prohibición podría dejar de lado "que el tratamiento internacional de la justicia de menores se mueve en un ámbito de discrecionalidad, por lo que el tipo de cláusulas petrificadas como la anotada, desconoce la dinámica exigida por los artículos 44 de la Carta Política y 6.º del CIA, interpretados conjuntamente con los instrumentos internacionales"[53].

En efecto, difícilmente puede sostenerse que el interés superior del menor constituye el principio fundamental del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, si a los operadores jurídicos les está vedado aplicar las medidas que resulten necesarias para alcanzar los fines de protección, resocialización y protección del menor infractor y, por el contrario, se hallan compelidos a adelantar todas las etapas de su juzgamiento y a imponerle una sanción que, en muchos casos, tal como lo señalan las Directrices de Riad, tan sólo conducen a la estigmatización del menor como un delincuente.

Por último, debe resaltarse que el reconocimiento del principio de oportunidad como principio fundamental del proceso penal de adolescentes, en cuanto instrumento procesal para alcanzar el interés superior del menor en cada caso, tan sólo puede materializarse en la medida en que se reconozca un sistema de *numerus apertus* en materia de causales de aplicación del principio de oportunidad. En efecto, tan sólo en la medida en que el operador jurídico pueda valorar las circunstancias propias de cada caso como causales suficientes para renunciar o suspender el ejercicio de la acción penal en procura del interés superior del menor, podrá decirse que el Estado colombiano ha cumplido con las obligaciones contraídas en los instrumentos internacionales a los que se ha hecho mención a lo largo del presente escrito.

IV. La aplicación del principio de oportunidad a los "testaferros" de organizaciones armadas ilegales

La figura del principio de oportunidad es una institución, si bien en sus fines coincidente con la Ley de Justicia y Paz, ajena al proceso de justicia transicional, lo que en buena medida se justifica en razón a que los destinatarios de dicha normatividad son, en un número significativo de casos,

---

53 Gómez Pavajeau. *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*, cit., p. 79.

autores o partícipes de violaciones graves al derecho internacional humanitario o de delitos de lesa humanidad.

Lo anterior no implica una contradicción con la posibilidad aquí expuesta de aplicar el principio de oportunidad a aquellos sujetos cuyo único delito a imputar sea la pertenencia al grupo armado ilegal, pues, como ya se dejó visto, los llamados "combatientes rasos" no están sujetos, en estricto sentido, al procedimiento de justicia transicional regulado en la Ley 975 de 2005; recuérdese que la solución prevista por el legislador para ellos era asimilarlos a delincuentes políticos, con miras a hacerlos beneficiarios de los mecanismos de cesación de procedimiento previstos en la Ley 782 de 2002 y en las disposiciones complementarias. Esto es, en buena medida, lo que explica que la Ley 975 no consagre en sus disposiciones la figura del principio de oportunidad.

En efecto, la Corte Constitucional ha reiterado que si bien es cierto que al legislador le asiste un amplio margen de libertad a la hora de definir las causales de aplicación del principio de oportunidad, tal potestad legislativa encuentra como límite insalvable los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en relación con la persecución, y efectiva sanción, de los responsables de delitos de significativo impacto social, tal como son los delitos de lesa humanidad, los delitos contra el derecho internacional humanitario, los delitos de tortura, entre otros. Al respecto, manifestó el Tribunal Constitucional en la sentencia C-095 de 2007:

> 6.2.2.2. Otro límite más estrecho encuentra el legislador a la hora de diseñar las causales de aplicación de la oportunidad penal, y es el que viene dado por el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo y el artículo 2.° de la Carta, y por los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia para la defensa de los derechos humanos, y para la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones a los mismos. Este límite no se refiere a las circunstancias que rodean la comisión, la investigación o el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado. Esos compromisos internacionales para la efectiva persecución y sanción de ciertos delitos especialmente graves se encuentran recogidos en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional suscritos por Colombia, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles, la "Convención contra la tortura

> y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", la "Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura", la "Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", los compromisos de Derecho Internacional Humanitario contenidos de manera especial en los Cuatro Convenios de Ginebra, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5.ª de 1960, y en los Protocolos I y II de 1977, adicionales a dichos Convenios; y en el ámbito del Derecho Penal Internacional, el Tratado de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional, que refleja un consenso de la comunidad de las naciones orientado a combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.
>
> Este tipo de compromisos internacionales, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior constituyen parámetros de control de constitucionalidad, y que por tal razón inciden en la interpretación del Derecho interno, obedecen a que las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son mucho más graves e inaceptables que las ofensas causadas mediante otras formas de criminalidad, por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que tales vulneraciones de derechos implican. Por ello el Estado colombiano se ha unido a la comunidad internacional en el empeño de sancionar esas conductas. La gravedad de estos comportamientos rebasa entonces el límite infranqueable de la dignidad humana, de manera que, por razones de proporcionalidad y de respeto a sus compromisos internaciones, no podría el legislador prescindir de la persecución penal en estos casos.

Recientemente se amplió el catálogo de conductas punibles respecto de las cuales resulta constitucionalmente inadmisible aplicar el principio de oportunidad incluyendo aquellos delitos contra la vida, la integridad, la autonomía y la formación sexual y la libertad cuyas víctimas sean menores de 14 años. En opinión de la Corte, en estos casos el interés superior del menor, reconocido, como ya se expuso, en múltiples tratados internacionales suscritos por Colombia, exige que el Estado investigue y sancione a los responsables, resultando, por ende, una infracción a sus compromisos internacionales dar aplicación al principio de oportunidad.

Sobre el particular manifestó recientemente la Corte Constitucional:

> De conformidad con las conclusiones del primer capítulo de esta providencia, los derechos de los niños tienen prelación sobre los derechos de los demás y que tanto el texto constitucional como los tratados internacionales suscritos por Colombia se encaminan a garantizar el mayor grado de protección

> posible. Este énfasis especial del sistema jurídico permite entender como razonable que el legislador no autorice que la acción penal se suspenda, se renuncie o se termine cuando el delito de que se trata afecta gravemente la integridad, la libertad y la formación sexual del menor. En otras palabras, el interés superior del menor, es decir, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes (art. 8.º Ley 1098 de 2006), y que es criterio de interpretación de las normas demandadas, impone que, frente a la opción de renunciar a la acción penal o suspenderla, el Estado deba escoger por investigarla y sancionarla[54].

Pese a que, como se observa, la tendencia es limitar la aplicación del principio de oportunidad en caso de delitos graves (y esto por los compromisos internacionales del Estado) o de marcado impacto social, en el artículo 13 del Decreto 4760 del 30 de diciembre de 2005 se prevé la aplicación del principio de oportunidad para aquellas personas que, sin hacer parte del grupo armado, prestan su nombre para figurar como titulares de los bienes provenientes de las actividades ilícitas desarrolladas por la organización ilegal. Sobre este punto, se lee en la mentada disposición:

> Respecto del tercero ajeno al grupo armado organizado al margen de la ley que exclusivamente haya participado en las conductas relacionadas con la adquisición, posesión, tenencia, transferencia y en general con la titularidad de los bienes ilícitos que sean entregados para la reparación de las víctimas, la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar el principio de oportunidad.

El contenido de la citada norma fue recogido por el artículo 14 del Decreto 3391 de 2006, que, además de reiterar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los "testaferros"[55] de las organizaciones armadas al margen de la ley, expresamente establece que tal aplicación obedecerá a las causales y al procedimiento contemplado en la Ley 906 de 2004, previendo la posibilidad de aplicarlo a conductas punibles cuya ejecución inició antes de la entrada en vigencia del modelo procesal acusatorio.

Así se afirma en la norma traída a colación:

---

54 Sentencia C-738 de 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

55 Como se verá más adelante, en razón a la descripción típica constitutiva del delito de testaferrato (art. 326 del C. P.), no es posible afirmar que en todos los casos quien haya puesto su nombre al servicio del grupo armado ilegal es autor de la mencionada conducta delictiva.

> Con el fin de propiciar la debida ejecución de la política criminal establecida en Ley 975 de 2005 facilitando la entrega de los bienes que pertenecen al grupo organizado al margen de la ley pero cuya titularidad aparente es ajena, la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar el principio de oportunidad respecto del tercero, siempre que sea ajeno al grupo armado organizado al margen de la ley, que exclusivamente haya participado en las conductas relacionadas con la adquisición, posesión, tenencia, transferencia y en general con la titularidad de los bienes ilícitos, y que colabore eficazmente para que sean entregados para la reparación de las víctimas.
>
> La aplicación del principio de oportunidad se regirá por lo dispuesto en la Ley 906 de 2004 en cuanto a su alcance, causales y controles. En concordancia con lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, el campo de aplicación territorial y material será el previsto por esta, de tal forma que es predicable de los hechos cometidos con anterioridad al 25 de julio de 2005 en todo el territorio nacional. En ningún caso podrá hacerse uso del principio de oportunidad respecto de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, o delitos de narcotráfico y terrorismo.

De una lectura ligera de las disposiciones transcritas podría pensarse que dichas normas introducen la figura del principio de oportunidad al proceso de justicia transicional establecido en la Ley 975 de 2005, conclusión que resulta errada. Al respecto, lo primero que debe resaltarse es que quienes de cualquier modo hayan ostentado la titularidad o tenencia de bienes producto de la actividad delictiva de grupos armados al margen de la ley no pueden, por ese sólo hecho, ser considerados autores o partícipes de las conductas a sancionar por la Ley de Justicia y Paz; por tanto, inicialmente resulta inadmisible que se les considere destinatarios de dicha ley, hallándose sometidos al régimen propio de la justicia ordinaria.

En estos eventos nos hallamos ante el fenómeno del encubrimiento por receptación, conducta que en el ordenamiento jurídico colombiano adopta diversas formas típicas y que consiste básicamente en realizar cualquier tipo de actuación dirigida a ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes muebles o inmuebles provenientes, de modo mediato o inmediato, de un delito. Para que se configure esta clase de conductas punibles resulta necesario que el ejecutor no haya tomado parte en la realización del delito cuyo producto pretende encubrir y que, además, conozca la procedencia ilícita de los bienes que encubre efectivamente. Se trata de una conducta

punible ajena al delito origen del enriquecimiento, que resultaría impune de no ser recogida por un tipo penal autónomo.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, en relación con el delito de encubrimiento por receptación consagrado en el artículo 447 C. P., ha considerado que el ámbito de aplicación de dicha conducta punible es sumamente estrecho, pues además de ser un tipo subsidiario, tan sólo se aplica en la medida en que el sujeto agente haya estado completamente al margen de la realización del "delito base"; es decir que no basta, como lo exige el tipo, que el sujeto no haya intervenido en la ejecución de la conducta, pues, además resulta necesario que no haya ofrecido su colaboración como encubridor con anterioridad a la comisión del delito, porque de ser así, cuando menos, debe ser considerado cómplice del ilícito original[56].

El anterior criterio debe ser aplicado a todas las formas de encubrimiento por receptación consagradas en el ordenamiento penal colombiano, de tal modo que la aplicación del principio de oportunidad a los "testaferros" de grupos armados al margen de la ley resultará viable en la medida en que no hayan ofrecido su colaboración con anterioridad a la ejecución de la conducta punible que dio lugar al indebido incremento patrimonial, pues de ser así necesariamente deben ser considerados, cuando menos, cómplices del delito cometido por la organización criminal y, por tanto, su conducta debe ser enjuiciada a la luz de los lineamientos de la Ley de Justicia y Paz.

Contrario sensu, independientemente de la gravedad de la conducta punible de la que provienen los bienes encubiertos, si el sujeto activo tan sólo tuvo conocimiento de su origen ilícito con posterioridad a su consecución, bajo ninguna perspectiva puede ser considerado partícipe de dicho delito, limitándose su responsabilidad a la forma típica del encubrimiento que mejor se adecue a su accionar.

Sobre este punto debe señalarse que en el ordenamiento jurídico colombiano la conducta de los "testaferros" de los grupos armados al margen de la ley puede adoptar diversas formas típicas; sin embargo, por regla general estos serán sujetos del delito de "lavado de activos" consagrado en el artículo 323 C. P., el cual establece que incurre en esta conducta punible quien realice cualquier clase de maniobra tendiente a ocultar el origen ilícito de bienes provenientes, entre otros, de los delitos de rebelión,

---

56 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 3 de marzo de 2007, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

tráfico de estupefacientes y, en general, delitos cometidos bajo concierto para delinquir; lo que de plano excluye la aplicación del tipo básico de la receptación a los casos bajo estudio, pues todas las conductas cometidas por la organización criminal lo serán en desarrollo del concierto para delinquir.

No obstante, quienes encubran el origen ilícito de los bienes provenientes del accionar ilegal del grupo armado también podrán ser considerados autores del delito de testaferrato (art. 326 C. P.), conducta punible que no es más que una modalidad de lavado de activos relacionada específicamente con los delitos de narcotráfico, secuestro extorsivo o delitos conexos, los cuales, cabe resaltarlo, ya habían sido consagrados como delitos cuyos réditos configuraban el lavado de activos.

En efecto, tal como lo señala Bazzani Montoya, la consagración de esta conducta como delito autónomo resulta innecesaria, máxime cuando para el momento de su incorporación en el estatuto penal tenía señaladas idénticas consecuencias punitivas al lavado de activos, respondiendo tan sólo a la intención de censurar de modo especial la conducta de receptación frente a los bienes provenientes del narcotráfico y el secuestro; al respecto manifiesta el citado autor:

> Por cuanto la conducta descrita en el artículo 326 del Código Penal, aunque éste no existiera, sería sancionada de la misma forma como lavado de activos, conforme al artículo 323 ibídem, su consagración sólo es útil para transmitir a la comunidad el mensaje que la conducta constitutiva de testaferrato aún es castigada por el derecho penal, reafirmación cuya necesidad se hace evidente al advertir cómo el legislador, al poco tiempo de entrar en vigencia el nuevo Código Penal, manifiesta su afán de punir esta conducta al expedir la Ley 733 de 2002, ampliando los delitos que tradicionalmente pueden dar lugar al testaferrato[57].

De igual modo, los encubridores del origen ilícito de los bienes provenientes de las actividades delictivas de grupos armados al margen de la ley pueden también ser sujetos del delito de receptación de hidrocarburos (art. 327.c C. P.) cuando su conducta recaiga sobres estas sustancias. En efecto, es perfectamente posible que esto suceda, pues es bien sabido que una de las principales fuentes de financiamiento de los grupos armados ilegales, en particular de los llamados grupos paramilitares, la constituía

57 Bazzani Montoya. "Del lavado de activos", en *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, Bogotá, 2003, pp. 51 y ss.

el hurto de hidrocarburos, de tal modo que quien de cualquier modo haya pretendido ofrecer una apariencia de legalidad a los combustibles hurtados por la organización criminal será considerado, en virtud del criterio de especialidad que guía el concurso aparente de conductas punibles, como autor de este delito.

Ahora bien, precisado que el delito de receptación, en sus diversas modalidades, constituye un tipo penal autónomo respecto de la conducta delictiva que dio origen a los bienes a los que se pretende dar apariencia de legalidad, cabe preguntarse: ¿qué propósito puede tener incluir dentro de los decretos reglamentarios de la Ley de Justicia y Paz la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a conductas punibles que no son objeto de dicha reglamentación y respecto de las cuales no existe impedimento para aplicar el mencionado principio de concurrir los supuestos previstos en artículo 324 CPP, los cuales, cabe recordarlo, no fueron adicionados por los mencionados decretos?

Sobre el particular podría decirse que al parecer son dos los motivos que condujeron al Gobierno a expedir las disposiciones objeto de análisis; en primer lugar, superar un interpretación amplia del parágrafo 3.º del artículo 324, bajo la cual no resultaría aplicable el principio de oportunidad a los "testaferros" de los grupos armados al margen de la ley, y, en segundo término, ampliar el ámbito temporal de aplicación del principio de oportunidad a conductas que, en principio y como ha querido imponer la jurisprudencia, no serían enjuiciadas bajo el modelo procesal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004.

En lo que toca con el parágrafo 3.º del artículo 324 del CPP, el texto original de dicha disposición establecía que no era posible dar aplicación al principio de oportunidad cuando se tratara de hechos que pudieran significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, como tampoco respecto de los delitos de narcotráfico y terrorismo, catálogo de conductas punibles al que la Ley 1121 de 2006 adicionó la administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

En nuestro criterio, ni siquiera con la adición de la Ley 1121 resultaba necesario consagrar en los decretos reglamentarios de la Ley de Justicia y Paz la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad para los testaferros de los grupos armados al margen de la ley, *pues resulta claro que las diversas modalidades de receptación a las que se ha venido haciendo*

referencia constituyen delitos autónomos frente al accionar delictivo del grupo armado ilegal, y por ende las conductas punibles cometidas por estos no pueden alegarse como impedimento para aplicar el principio de oportunidad a sus "testaferros".

Sobre este punto cabe destacar que el delito de "financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas" (art. 345 C. P.) no resulta asimilable a ninguna de las modalidades de receptación analizadas en el presente escrito: por el contrario, la manera en que está descrita la conducta constitutiva de este delito deja entrever que el mismo implica la pertenencia del sujeto activo a la organización armada ilegal, pues el objeto de la administración no es dar apariencia de licitud a recursos provenientes de actividades ilícitas, sino administrar recursos con miras a la promoción o apoyo de dichas organizaciones, rol que dista por mucho del de un mero "testaferro".

Ahora bien, el aspecto que muy seguramente motivó que el artículo 14 del Decreto 3391 de 2006 estableciera expresamente la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los "testaferros" de los grupos armados ilegales por hechos cometidos con anterioridad al 25 de julio de 2005 fue el concerniente al ámbito de aplicación temporal de aplicación de la Ley 906 de 2004, pues como ya señalamos, la Corte Suprema ha afirmado que instituciones procesales propias del modelo procesal acusatorio no pueden extenderse en su aplicación a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, algo que, por las razones expuestas arriba, no resulta aceptable frente al principio de oportunidad.

Así las cosas, siendo que la mayor parte, si no la totalidad, de las diversas modalidades de receptación a las que se viene haciendo referencia se iniciaron con anterioridad a la entrada en vigencia del actual estatuto procesal penal, resultaría, según se dice (insistimos: sin razón), imposible que sus autores fueran beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad, pues tal institución no tendría paralelo en el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, siendo éste uno de los requisitos que ha establecido la Sala de Casación Penal para admitir la aplicación por vía de favorabilidad de disposiciones de la Ley 906 a procesos regidos bajo los anteriores estatutos procesales. Sea como fuere, el mencionado artículo 14 establece que el juzgamiento de las formas de receptación analizadas se adelante bajo el procedimiento establecido en la Ley 906, por lo que

sin entrar a más discusiones sobre el particular permite la aplicación del principio de oportunidad.

Por último, en lo que hace a las causales de aplicación del principio de oportunidad que podrían predicarse de los autores de las diversas modalidades de receptación analizadas, debe decirse que la única que parecería adecuarse a estas conductas delictivas es la descrita en el numeral 5 del artículo 324, esto es, "cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada". Al respecto consideramos que esta causal debe interpretarse armónicamente con el citado artículo 14 del Decreto 3391 de 2006, de modo que la desarticulación del grupo ilegal debe entenderse como la consecución de las finalidades propias de la Ley de Justicia y Paz, en particular, de la reparación de las víctimas.

Capítulo Tercero
Derechos de las niñas y los niños víctimas de los delitos contra personas protegidas por el DIH en el marco de la Ley de Justicia y Paz

Cielo Mariño Rojas

La protección integral debida a la infancia, establecida en la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, de la cual Colombia es Estado Parte, en la Constitución de 1991, que establece dicha protección en su artículo 44, en relación con la infancia, y en el 45, frente a la adolescencia, y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado en noviembre de 2006, busca que los derechos de la infancia se realicen a través de la integralidad de políticas, dentro de las cuales la política criminal tiene que garantizar los derechos de la infancia víctima de infracciones penales.

En el marco del conflicto armado interno se debe garantizar el acceso a la justicia en los procesos penales que investigan y juzgan a las personas responsables de infracciones de acuerdo con los derechos, libertades y garantías que en el campo penal se han establecido, en el derecho internacional de los derechos humanos –DIDH–, en el derecho internacional humanitario –DIH– y en nuestra propia Constitución Política, para las víctimas. Esta política debe observar igualmente los lineamientos y directrices emanadas de organismos internacionales, en lo que se ha denominado *soft law*, lineamientos que si bien no son vinculantes obligan a los Estados por la importancia y la necesidad que tienen para el desarrollo del derecho fundamental al debido proceso, algunos de los cuales han ingresado al

bloque de constitucionalidad por medio de fallos de la Corte Constitucional.

Los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes víctimas de delitos contra personas protegidas por el DIH requieren, además, una protección privilegiada como sujetos de protección constitucional especial, en el marco de la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005, fruto del marco general de protección a víctimas, como de los derechos y protección especiales que la infancia tiene dentro y fuera de los conflictos. En particular el nuevo Código de la Infancia y Adolescencia ha establecido derechos y garantías especiales de la infancia víctima, para garantizarle sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

I. Derechos de las víctimas

A. Definición de víctima

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder[1] reconoce que "millones de personas en el mundo sufren daños como resultado de delitos y del abuso del poder", definiendo como víctimas de delitos a "las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder". Será víctima igualmente quien esté en la misma situación por violación de las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos, en caso de abuso del poder.

La Declaración señala que "la expresión víctima, incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".

Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener repa-

---

1 La "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder" fue aprobada el 29 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (RES/40/34).

raciones[2], toman la misma definición de la Declaración, pero en relación con DIDH y DIH establecen que se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

Señala que una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

La sentencia C-228 de 2002 (MM. PP.: Manuel Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett) estableció diferencias entre víctima y perjudicado: la primera será la "persona respecto de la cual se materializa la conducta típica", y el perjudicado "comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito"; este concepto incluye a la víctima. Los perjudicados incluirían "personas indeterminadas en la medida que ciertos intereses colectivos pueden ser objeto de perjuicios con ocasión del delito", los cuales podrían participar en el proceso penal, y buscar la protección de derechos de carácter colectivo; igualmente podrían tratar de establecer la verdad, en relación con graves afectaciones a los derechos humanos (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2004, p. 345).

El artículo 132 del CPP define a la víctima tomando el concepto de perjudicado, que resulta más general, tal como lo hace el marco jurídico internacional, en tanto este concepto incluye a aquéllas, no restringiéndose así a las personas sobre las que se materializa la conducta típica. Desde la dogmática, la categoría de sujeto pasivo limitaría la posibilidad de intervenir en el proceso penal, excluyendo a aquellas personas, o colectivi-

2 "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.11.

dades, que hayan sufrido un daño como consecuencia del hecho infractor. La calidad de "directo" del daño sufrido, que traía la norma, fue declarada inexequible por la sentencia C-516 de julio de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, de acuerdo con lo prescrito por el marco jurídico internacional que no establece dicha condición. Así el artículo 132 CPP dice:

> Se entiende por víctima, para efectos de este código, a las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño (directo) como consecuencia del injusto.
>
> La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.
>
> La consideración de víctima independientemente de la situación procesal del autor, resulta igualmente acorde con el marco normativo internacional.

La Ley de Justicia y Paz toma la definición de la Declaración, pero añade, en relación con los daños, que deben ser "directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva)", en relación con "…acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley".

La Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, declaró exequibles los incisos 2.º y 5.º del artículo 5.º de la Ley 975 de 2005, en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctimas a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal, cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.

B. Derechos de las víctimas

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder establece que en cuanto víctimas, deben recibir:

– Un trato justo frente a la administración de justicia, y
– Resarcimiento, indemnización y asistencia.

En relación con el resarcimiento señala que los infractores o los terceros responsables resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las

víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

Frente a la indemnización establece que cuando no sea suficiente la indemnización procedente del infractor o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente.

En lo que atañe a la asistencia, señala que las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos; además, se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y se facilitará su acceso a ellos. Así mismo señala:

> Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

La Declaración señala que el derecho de acceso a la justicia y trato justo comprende el derecho de las víctimas a ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido; a contar con mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiosos expeditos, justos, poco costosos y accesibles; a procedimientos judiciales y administrativos adecuados a las necesidades de las víctimas, informándolas de su desarrollo y decisiones, escuchándolas, asistiéndolas, minimizando las molestias, protegiendo su intimidad, garantizando su seguridad y evitando demoras innecesarias. Por último se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Según los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones[3] constituyen derechos de las víctimas:

3 Este instrumento y la Declaración sobre Principios, tienen como antecedentes, en el ámbito internacional, el artículo 8.º de la Declaración Universal de Derechos Huma-

– El acceso a la justicia;

– La reparación del daño sufrido, que incluye la restitución, indemnización y rehabilitación. Se consideran igualmente, como formas de reparación, la satisfacción, que incluye la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad, y las garantías de no repetición, y

– El acceso a información fáctica sobre las violaciones.

Estos Principios y Directrices señalan en su Principio VI.10: "Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias".

Reparación: Dentro de los derechos de las víctimas se encuentra el de "obtener una reparación suficiente, efectiva y rápida para promover la justicia", señalando el documento que "las reparaciones serán proporcionales a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido". Dentro de las formas de reparación se encuentran:

Restitución: Consiste en devolver a la víctima a la situación anterior a la violación; "comprende el restablecimiento de la libertad, los derechos, la situación social, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima; el retorno a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades".

Indemnización: "Debería indemnizarse todo perjuicio evaluable económicamente que fuera consecuencia de una violación", tal como:

a. El daño físico o mental, incluido el dolor, el sufrimiento y la angustia;

b. La pérdida de oportunidades, incluidas las de educación;

c. Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;

d. El daño a la reputación o a la dignidad, y

e. Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicinas y servicios médicos, psicológicos y sociales.

---

nos de 1948 y el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966, y en el regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, artículo 18 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 8.1 y 25.

Rehabilitación: "La rehabilitación debería incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales", señalan los Principios.

En relación con el acceso a la justicia, estos Principios señalan que el derecho de las víctimas a acceder a la justicia comprende todas las acciones judiciales, administrativas o de otra índole, en condiciones de igualdad. Para garantizar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial los Estados deben, entre otras medidas: brindar información sobre todos los recursos disponibles; utilizar todos los medios jurídicos para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos; adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y protegerlas, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial; facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia. Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar a los grupos de víctimas el poder presentar demandas de reparación y obtener reparación.

El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad[4] señala el derecho a un recurso justo y eficaz:

Este derecho implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, y obteniendo reparación. Como se subraya en el preámbulo de este conjunto de principios, no existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia.

En relación con el derecho a la justicia, el principio 19, sobre Deberes de los Estados en materia de administración de justicia", reza:

> Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente […] Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga interés legítimo en el proceso.

---

4 E/CN.4/2005/102/Add.

En relación con el derecho a reparación señala:

> Principio 31. *Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar*. Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor.

II. Niñas y niños víctimas y sus derechos

A. Protección especial de la infancia

La Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño ya enunciaba la necesidad de proporcionar una protección especial a la infancia, de la misma manera que la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959 que establece: "…El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 25.2, que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales", y que todos los niños "tienen derecho a igual protección social".

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre dispone, en su artículo VII, que todo niño tiene derecho a "protección, cuidados y ayuda especiales".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

> Artículo 23: En caso de disolución del matrimonio: […] 4. Se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.
>
> Artículo 24.1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina:

> Artículo 10.3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

> Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

El Protocolo de San Salvador, Protocolo adicional a la "Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", establece, en su artículo 16, que "todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

En el ámbito mundial, se dio un giro en la historia de la infancia en la década de 1980 hacia el nuevo paradigma de la protección integral. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño –que aunque no es la primera en orden cronológico, constituye el marco general de interpretación– reconoce como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Esta Convención establece en su artículo 2.1:

> Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna […] El interés superior del niño está descrito en el artículo 3.1 de la CIDN:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Y en su artículo 3.2:

> Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 4.º:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

En el ámbito nacional, el artículo 44 de la Constitución Política establece:

> Son derechos fundamentales de los niños: 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 el 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. (Los resaltados son nuestros).

En el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, se establece esta protección que se predica integral en tanto comprende todos los derechos y exige la integralidad de todas las políticas para hacerlos efectivos:

> Artículo 7.° *Protección integral.* Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vul-

neración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

B. Protección especial de la infancia dentro del derecho internacional humanitario

La infancia ha estado presente en el conflicto armado interno desde hace mucho tiempo, pero sólo hace poco ha empezado a visibilizarse. En el ámbito mundial, para el año 2006, UNICEF señala que más de 250.000 niños y niñas fueron reclutados o utilizados por grupos armados, y existen evidencias de que 12 países utilizaron niños soldado, a menudo a escala masiva. En algunos casos, las niñas representaron el 40% del total de personas por debajo de los 18 años reclutadas. Desde 2001, casi 95.000 ex niñas y niños soldado han participado en programas de reintegración[5].

En la medida en que se degrada el conflicto armado interno, el número de niñas y niños víctimas aumenta, tanto por las condiciones socioeconómicas como por las constantes infracciones al derecho internacional humanitario. La violencia inherente al conflicto va en contra de la efectividad de los derechos de la infancia. Los niños y las niñas son los más vulnerables al conflicto; cualquier atentado a la población civil hace de ellos víctimas fatales, como en el caso de las minas "antipersonales". Los mismos se ven obligados a abandonar el sistema educativo, la atención en salud se dificulta y la satisfacción de las necesidades elementales se reduce al máximo. Además, representan el mayor porcentaje dentro de los desplazados, teniendo muchas veces que separarse de su familia, y siendo testigos en ocasiones del asesinato de alguno de sus miembros. Uno de cada cuatro combatientes de los grupos armados irregulares no ha cumplido 18 años. Las niñas y los niños han sido las víctimas más afectadas por el conflicto armado, por lo que en ellos quedarán las huellas de la guerra que vivieron. Desde una perspectiva más amplia se estima que entre un

---

5 Consultado el 23 de octubre de 2008 en la página web de UNICEF: [www.unicef.es/contenidos/591/index.htm].

17 y un 18% de los niños colombianos están afectados de una o de otra manera por el conflicto armado interno[6].

El derecho internacional humanitario –DIH–, es un conjunto de normas que establecen prácticas humanitarias mínimas, como excluir a seres indefensos del combate. El DIH establece dos tipos de límites, uno respecto de los actos de hostilidad y otro relacionado con los sujetos. Un principio del DIH es el de la distinción entre combatientes, esto es, quienes participan en las hostilidades, y no combatientes, vale decir, quienes no participan o han dejado de participar en ellas. Estos últimos son, según el artículo 3.1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II, 4.1, "personas protegidas".

Se entiende por personas protegidas conforme al DIH:

– La población civil.

– El personal de la salud y los religiosos.

– Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.

– Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.

– Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.

– Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición o causa análoga.

– Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.

En virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977, los Estados se han comprometido a limitar el uso de la violencia, tanto en la conducción de las hostilidades como en lo relativo a la protección de todas las personas protegidas.

Frente al conflicto armado interno, las normas del DIH figuran en dos instrumentos: el artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a esos Convenios, que desarrolla el artículo 3.º común. Cuando un Estado no ha adoptado las normas del Protocolo II, las normas consuetudinarias y las costumbres de la guerra suplen ese vacío; pero cuando un Estado es parte del Protocolo II, la protección se amplía y se hace más específica respecto al tipo de atentados contra la población civil que quedan prohibidos.

Las normas del DIH hacen parte del derecho interno; en efecto, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y sus Protocolos Adicionales I y

---

6 Cfr. Fundación Social. "Niñez: Los menores como víctimas", en *Vigía del Fuerte*, Bogotá, Fundación Social y UNICEF, n.º 1, nov. 2000, p. 18.

II de 1977, fueron aprobados por Colombia, los primeros mediante Ley 5.ª de 1960, y los segundos por la Ley 11 de 1992 y la Ley 171 de 1994[7], respectivamente, y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En los artículos 93 y 214 de nuestra Constitución Política se establece la manera como se articulan las normas del DIH al ordenamiento interno, no sólo por el hecho de que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 han sido aprobados como leyes internas, sino porque la Corte Constitucional ha señalado que esas normas internacionales integran el bloque de constitucionalidad, constituyendo "verdaderos principios y reglas de valor constitucional". El artículo 93 de la Carta Política establece:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 214 Superior prescribe: "En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".

La Corte Constitucional afirmó, en sentencia C-574 de 1992, que las normas de DIH constituyen "un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional"; de la misma forma afirmó, en sentencia C-225 de 1995, que el DIH vincula no sólo al Estado, sino a todas las partes que participan en el conflicto interno colombiano. Según la doctrina de la Cruz Roja, los compromisos que adquiere un país al adherirse al Protocolo II se extenderán a todos los nacionales y extranjeros que se hallen dentro de su territorio, y ninguno de sus principios es negociable para ninguna de las partes involucradas en el conflicto armado.

C. Víctima cualificada

La protección jurídica de la infancia, en el marco del conflicto armado, comenzó después de la Segunda Guerra Mundial, por la necesidad de un instrumento de derecho internacional público que protegiera a la población civil y, dentro de ella, a la niñez. El IV Convenio de Ginebra de 1949, sobre la protección que se debe dar a las personas civiles en la guerra,

---

7 El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados internos, Protocolo II (aprobado el 10 de junio de 1977 en Ginebra), Ley 171 de 1994, entró a regir el 15 de febrero de 1996.

cuenta con normas a favor de las niñas y los niños[8], pero, paradójicamente, no se estableció explícitamente el principio en que se basan. El Protocolo I, adicional a los cuatro Convenios, en su artículo 77.1, sí consagra explícitamente el principio de protección especial a los niños en conflictos armados internacionales:

> Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.

A su vez el Protocolo II, en su artículo 4.º, titulado "Garantías fundamentales", frente a la población civil, en su numeral 3 se refiere igualmente al principio de protección especial que deben recibir los niños y las niñas en el conflicto armado no internacional: "Se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten..."; en particular, se señala que: se les debe proporcionar educación; se deben tomar las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias; se debe trasladar temporalmente a los niños de las zonas de hostilidades, acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar, entre otros aspectos.

En el conflicto armado interno no se cumple con las obligaciones derivadas de este principio. Las políticas sociales del Estado tendientes a garantizar los derechos fundamentales y prevalentes de la infancia que eviten la vulnerabilidad frente al conflicto son prácticamente inexistentes,

---

8 Los artículos que se refieren a niñas y niños son: 14, 17, 23, 24, 38. 5, 50, 51, 68, 76, 89, 94 y 132, entre ellos el artículo 24, *Medidas especiales en favor de la infancia*, señala:

"Las partes en conflicto tomarán las oportunas medidas para que los niños menores de 15 años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra no queden abandonados, y para que se les procure, en todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación; ésta será confiada, si es posible, a personas de la misma tradición cultural.

Las partes en conflicto favorecerán la acogida de esos niños en un país neutral mientras dure el conflicto, con el consentimiento de la potencia protectora, si la hubiere, y si tienen garantías de que serán respetados los principios enunciados en el párrafo primero.

Además, harán lo posible por tomar las oportunas medidas para que todos los niños menores de 12 años puedan ser identificados, mediante una placa de identidad de la que sean portadores, o por cualquier otro medio".

y dentro del escenario de la guerra la protección especial no es atendida por los actores del conflicto.

Dentro del derecho internacional de los derechos humanos –DIDH–, el artículo 38, numerales 1 y 4, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño –CIDN– fija los principios de la protección integral de las niñas y los niños en la guerra:

> Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para niños.
>
> […]
>
> 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por el conflicto armado.

Y en el artículo 39 ibídem establece la obligación de los Estado Partes de adoptar las medidas apropiadas para promover la recuperación y reintegración del niño víctima del conflicto armado.

Los principios de distinción y de trato humanitario, frente a las niñas y los niños, en cuanto sujetos de protección especial del DIH, les son especialmente aplicables, el primero tanto por el riesgo que implica para la niñez el que no se respete la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, o la utilización de métodos de combate o armas de efectos indiscriminados, como por la no observancia de la prohibición de desarrollar actos orientados a aterrorizar a dicha población. El segundo, el principio de trato humanitario, puesto que una de sus garantías fundamentales es el respeto por los derechos especiales de las niñas y los niños afectados por conflictos armados.

III. Delitos contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario

Dentro de las infracciones tenemos, en nuestra legislación penal vigente, Ley 599 de 2000, en el título II del libro segundo, "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", capí-

tulo único, 29 tipos penales que incluyen actos prohibidos por el DIH, entre los cuales se encuentran:

– Reclutamiento ilícito
– Desplazamiento forzado interno
– Delitos sexuales en el marco del conflicto armado interno:
  • Acceso carnal violento en persona protegida
  • Acto sexual violento en persona protegida
  • Prostitución forzada o esclavitud sexual

A. Reclutamiento ilícito

Dentro de los factores preponderantes que inciden en el reclutamiento forzado, o inherentemente forzado, de niñas y niños está la existencia de amplios sectores sociales donde los derechos de la infancia no se hacen efectivos por ausencia de políticas sociales, y por la influencia que los grupos armados ilegales tienen en regiones del país, sumado generalmente a otros factores, como la falta de reconocimiento o la violencia intrafamiliar.

Su calidad de víctimas se da no sólo por un marco normativo que así lo establece, sino por las prácticas de guerra que los exponen a experiencias de las cuales difícilmente se van a recuperar. Los diferentes grupos armados vulneran sus derechos, que se predican, en nuestra Constitución Política, fundamentales y prevalentes, aun dentro del conflicto armado interno donde, según el DIH, existe una protección especial de la infancia[9].

1. Marco normativo

En el ámbito internacional, el DIH, en el artículo 77.2 y 3 del Protocolo Adicional I de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, establece:

> 2. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

---

9 Cfr. CIELO MARIÑO ROJAS. *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones acerca las políticas de desvinculación*, Bogotá, Externado, 2005, p. 59.

> 3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 1, participaran directamente en las hostilidades niños menores de 15 años y cayeran en poder de la parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

El artículo 4.º del Protocolo II, titulado "Garantías fundamentales", en su numeral 3.c y d, establece la edad mínima de reclutamiento para los conflictos nacionales:

> c. Los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades.
>
> d. La protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c, han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados.

Estos protocolos establecen la primera regulación internacional sobre la edad mínima para ser reclutados y para participar en hostilidades. Durante la conferencia diplomática que preparó los Protocolos, se presentó controversia por las diferencias culturales y jurídicas de los distintos países en torno a la edad, en tanto algunos Estados preferían los 18 años.

A su vez, la CIDN regula lo atinente al reclutamiento y participación en las hostilidades en su artículo 38.2 y 3:

> 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
>
> 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estado Partes procurarán dar prioridad a los de mayor edad.

La exclusión en la participación en hostilidades y la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años que trae el artículo en los numerales 2 y 3 se nutrió de las normas de DIH mencionadas, siendo la única norma de la CIDN que disminuye la edad de los 18, en una situación que de hecho conlleva especiales riesgos, pero que se modificó por el Protocolo Facultativo

a este artículo, del 25 de mayo de 2000. La Convención también exige una protección que los excluya del conflicto, de cualquier forma que los pueda victimizar, en especial del reclutamiento[10]:

> Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

Además, al ratificar la Convención de los Derechos del Niño en el año 1991, el Estado colombiano formuló una reserva al artículo 38, que prohibía el reclutamiento de adolescentes por debajo de los 15 años, estableciendo como edad mínima para Colombia los 18 años[11].

En el ámbito nacional el reclutamiento de menores de 18 años se daba ya que la Ley 48 de 1993, "Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización", en su artículo 10, establecía: "*Obligación de definir la situación militar*. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller". El artículo 13 de la Ley 418 de 1997 del 26 de diciembre modificó levemente el anterior artículo: consagró que los menores de 18 años no debían prestar el servicio militar, pero consignó la posibilidad de que a los estudiantes de bachillerato del undécimo grado (último nivel), menores de edad, que resultaran elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazara su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de los 18 años, salvo que voluntariamente y con autorización expresa de sus padres optaran "por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional". La ley colombiana estableció límites, destinando a los adolescentes a las áreas de servicio de apoyo, auxiliares logísticos, administrativos y de fines sociales, en tanto la Corte Constitucional en sentencia SU-200

---

10 Los Estados se comprometen a velar porque se respeten las normas del DIH que le sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

11 El texto de la reserva establecía: "El Gobierno de Colombia de conformidad con el numeral 1 literal D del artículo 2.º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, declara que para los efectos de las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se entiende que la edad a que se refieren los numerales citados es la de 18 años. En consideración a que el ordenamiento legal en Colombia establece la edad mínima de 18 años para reclutar en las fuerzas armadas el personal llamado a prestar el servicio militar".

del 3 de febrero de 1997 había establecido que a ellos "no se les puede permitir participar en el combate".

La Ley 418 fue reformada por la Ley 548 de 1999 del 23 de diciembre[12]. Esta nueva ley establece igualmente que los menores de 18 años no sean incorporados a las filas para la prestación del servicio militar, excluyendo la excepción que traía la Ley 418 en el sentido de poder hacerlo voluntariamente cuando siendo estudiante de undécimo grado y menor de 18 años fuera elegido. Finalmente, el 20 de diciembre de 1999, tres días antes de que se sancionara esta nueva ley, el Ejército Nacional desvinculó a 1.000 menores de 18 años que estaban en sus filas[13].

De otra parte el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 tipificaba el reclutamiento de niñas y niños en grupos guerrilleros o paramilitares: "Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quien con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años". En su parágrafo se condicionan los beneficios jurídicos a la no incorporación de jóvenes a los grupos armados. El 24 de julio de 2001 entró a regir el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, que en su artículo 162 tipifica el reclutamiento en los siguientes términos: "El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de 18 años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de 6 a 15 años y en multa de 600 a 1.000 salarios mensuales vigentes", aumentando así la sanción que traía la norma de 1997.

El Estatuto de Roma incluye cuatro crímenes: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Los cuales se incluyen como crímenes de guerra en los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales. Frente al reclutamiento en caso de conflicto interno, se definió en el artículo 8.2.e.vii: "Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en hostilidades". En relación con la utilización se ha señalado:

---

12 Con vigencia de tres años, que a su vez se prorrogó, por cuatro años más por medio de la Ley 782 del 23 de diciembre de 2002, que no modificó nada en este aspecto, ni tampoco lo hizo la Ley 1106, última prórroga del 22 de diciembre de 2006.

13 Cfr. Respuestas adicionales del Estado colombiano", en UNICEF. *De menor a ciudadano: Implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe*, vol. 2, Bogotá, UNICEF, 2000, p. 72.

> Al redactar el tratado, los delegados acordaron que los términos "utilizar" y "participar" prohibirían, no solo la participación directa de los niños en combate, sino también su participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como el rastreo, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños y niñas como señuelos, correos o en puestos de control militares. También se prohíbe la utilización directa de los niños en funciones de apoyo "directo" como el transporte de víveres al frente[14].

En el instrumento complementario al Estatuto de Roma, "Elementos de los Crímenes"[15], se establece:

> Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños. Elementos:
>
> 1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos, o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
>
> 2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
>
> 3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
>
> 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
>
> 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

A pesar del avance que significó la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Estado colombiano, invocando el artículo 124 de dicho Estatuto, declaró que durante un periodo de siete años no reconoce la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra**.**

---

14 Consultado el 23 de octubre de 2008 en la página web del la Organización Coalition to Stop the Use of Child Soldiers Organitation: [www.child-soldiers.org].

15 En los Elementos de los Crímenes, su estructura para los de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra "se atiene a la de las disposiciones correspondientes de los artículos 6.º, 7.º y 8.º del Estatuto de Roma. Algunos párrafos de estos artículos enumeran crímenes múltiples. En tales casos, los elementos de los crímenes figuran en párrafos aparte, que corresponden a cada uno de dichos crímenes, para facilitar la identificación de los respectivos elementos". U.N. DOC. PCNICC/2000/1/ADD.2 (2000).

Los Principios de Cape Town, de abril 1997, definen a niño soldado como:

> …any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms.

El 25 de mayo de 2000, en Nueva York, fue aprobado el Protocolo Facultativo al artículo 38 de la CIDN, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, que ya ha sido ratificado por varios países. Colombia lo suscribió, aprobándolo el 10 de julio de 2003 mediante la Ley 833, y lo ratificó en mayo de 2005. Este Protocolo señala que "es necesario aumentar la *protección* de los niños con miras a evitar que participen en conflictos armados". En él se señala:

> Los Estados Partes [...] Convencidos de que un protocolo facultativo de la Convención por el que se eleve la edad mínima para el posible reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades contribuirá eficazmente a la aplicación del principio de que el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que le conciernan...

El Protocolo Facultativo establece respecto de la participación en hostilidades en su artículo 1.º: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades". Frente al reclutamiento obligatorio establece igualmente los 18 años en su artículo 2.º: "Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años". Sin embargo, frente al reclutamiento voluntario deja la posibilidad de que éste se haga por parte de adolescentes desde los 15 años, en su artículo 3.1:

> Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud

de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

De la misma manera el Protocolo Facultativo establece en su artículo 4.º: "Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años"; el numeral señala la obligación del Estado que ratifica, de castigar su realización: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas"; por último establece que la aplicación del presente artículo "no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado".

Existe una aparente contradicción entre los Protocolos Adicionales I y II a los cuatro Convenios de Ginebra, pertenecientes al DIH, que establecen un límite etario frente al reclutamiento y la participación de los niños en la guerra, de 15 años, y el Protocolo Facultativo a la CIDN que eleva la edad de dicho reclutamiento y participación a los 18 años. La CIDN pertenece al DIDH, y es aplicable en cualquier tiempo, pero su Protocolo Facultativo, al versar sobre conflicto armado, pertenece al DIH en tanto "no sólo son normas de DIH, los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, sino también todos aquellos instrumentos que de una u otra forma limiten las prácticas y los medios de guerra"[16]. En este punto, entonces, al ser tanto los Protocolos Adicionales I y II como el Protocolo Facultativo a la CIDN normas de DIH, se aplicará el Protocolo Facultativo acudiendo al principio de favorabilidad, en tanto estipula una prohibición que comprende a todo niño y niña hasta los 18 años, ampliando con ello el área de protección de la infancia en los conflictos armados tanto de orden nacional como internacional. Del mismo modo, el principio de interés superior del niño determina la aplicación de este instrumento, tal como explícitamente lo señala. El considerar al Protocolo Facultativo como parte del DIH posibilita exigir a los grupos guerrilleros y paramilitares el respeto de los 18 años como mínimo para el reclutamiento y la participación en hostilidades, en tanto la guerrilla, por ejemplo, ha manifestado estar obligada al DIH únicamente y no a la CIDN, ya que ésta sólo obliga al Estado. Es lamentable, sin embargo, cómo respecto a la mayoría de normas del DIH no hace efectivo dicho acatamiento.

16 Amalia Sanín. "DIH, niñez y conflicto", en *Conflicto armado en Colombia: Plan de capacitación a servidores públicos del ICBF*, Bogotá, 2002. Memoria sin publicar.

El reclutamiento y la participación en hostilidades de niñas y niños es una forma de esclavitud a la luz del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, del 17 de junio de 1999, instrumento del DIDH aprobado mediante la Ley 704 de 2001, que reconoce que el trabajo infantil se debe, en gran parte, a la pobreza. Todo Estado miembro que ratifique el Convenio debe adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la eliminación y prohibición de las peores formas de trabajo infantil con carácter urgente. Se entiende por niño, en este Convenio, toda persona menor de 18 años. En su artículo 3.a establece que la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca:

> Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzado u obligatorio, incluido el reclutamiento obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

De la misma forma que pueden las autoridades nacionales incluir bajo su prohibición toda participación en hostilidades y todo reclutamiento de menores de 18 años, en tanto se considera como "trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños" (art. 3.d). Así mismo, la Recomendación 190, que acompaña al documento, llama a los gobiernos a que conviertan las peores formas de trabajo infantil en delitos penales.

Por último, dentro de los principales instrumentos, los Principios y directrices sobre los niños y niñas asociados con fuerzas armadas o grupos armados, "Principios de París", de febrero de 2007, señalan que a las niñas y a los niños se les utiliza de diversas maneras: en el desempeño de funciones de apoyo –p. ej., como cocineros o porteadores– o participando activamente en los combates, sembrando minas o espiando, mientras que a las niñas se les utiliza frecuentemente para fines sexuales.

2. Reconocimiento de la condición de víctimas de las niñas y los niños reclutados

Se parte de la consideración de esta franja de la población como víctima de la guerra, cualquiera sea la forma de vinculación al conflicto, condición que se desprende de las normas de diferente orden que se han señalado

donde se establece que es una práctica proscrita desde el DIDH y el DIH, y de las dinámicas mismas que asume el conflicto, que hacen de la niñez un instrumento de guerra.

Las normas relacionadas definen a la niña o niño reclutado o partícipe en hostilidades como víctima, sea como sujeto pasivo de una conducta considerada infracción al DIH o delito, en el ámbito interno, o de una práctica que debe desaparecer, en el caso del Convenio de la OIT. Al lado de estas disposiciones, otras definen explícitamente a la niña o al niño como víctima:

El artículo 39 de la CIDN hace explícito su reconocimiento como víctimas de conflictos armados:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

El Protocolo Facultativo describe la condición de los niños en relación con "los efectos perniciosos y generales que tienen para los niños los conflictos armados", señalando que "en las situaciones de conflicto armado los niños se convierten en un blanco". Reconoce explícitamente su "utilización en hostilidades" y "las causas económicas, sociales y políticas que motivan la participación de niños en conflictos armados". Los define, igualmente, como víctimas del conflicto armado.

En el ámbito interno, este reconocimiento se hizo inicialmente en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 418 que homologaba a los niños que participaran en el conflicto con las víctimas del mismo para efectos de los beneficios, pero fue la Ley 782 de diciembre de 2002, en su artículo 6.º, la que hizo explícito el reconocimiento de víctima: "Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades"; artículo prorrogado por la Ley 1106 de 2006.

3. Monitoreo establecido mediante la Resolución 1612 de 2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

El 12 de febrero de 2008 el Gobierno colombiano expresó su aceptación del mecanismo de monitoreo e informes establecido en la Resolución 1612

de 2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para hacer el seguimiento de la situación de los niños y niñas afectados por la vinculación a grupos armados, la violencia sexual, el ataque y la ocupación de escuelas y centros de salud, las violaciones al derecho a la vida e integridad personal y a la libertad personal. Esta aceptación del mecanismo permite al Grupo de Trabajo del Consejo de Seguridad sobre niñez y conflicto armado, a partir de los informes del país, hacer recomendaciones para la protección de la infancia en el conflicto armado. El mecanismo busca hacer un monitoreo permanente de la evolución de la situación de las niñas y niños en el conflicto y con ello incidir en los informes anuales de los organismos de las Naciones Unidas sobre las principales situaciones de preocupación, así como también formular recomendaciones a los Estados para que adopten respuestas frente a las problemáticas observadas[17].

4. Magnitud del reclutamiento ilícito

En Colombia las cifras respecto de la presencia de niños y niñas en grupos armados varían de acuerdo a la fuente, pero se calcula que la misma ha aumentado de forma importante en los últimos años[18]. Al comenzar la década, según las Respuestas adicionales del Estado colombiano al Comité de los Derechos del Niño de 2000, entre un 15 y un 20% de los miembros de la guerrilla y de los grupos de autodefensa eran niñas y niños, estimando que para la fecha, en las filas guerrilleras, había 6.000 niños y niñas entre los 15 y los 17 años de edad[19]. El Informe de 2003 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre la situación de los derechos humanos en Colombia del año anterior, señalaba que cer-

17 Watch List on Children and Armed Conflict. *Lograr hacerlo y hacerlo bien. Estudio global del mecanismo de supervisión y presentación de informes sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados*, 2008.

18 La forma más crítica de victimización de la niñez, en el conflicto, es el reclutamiento. Un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo hace más de 10 años revelaba, sobre una muestra de 180 niñas y niños vinculados y desvinculados, que el 18.19% de ellos había matado por lo menos una vez; el 60% había visto matar; el 77.78% había visto cadáveres y cuerpos mutilados; el 25% había visto secuestrar; el 12.5% había secuestrado; el 18.19% había visto torturar; el 40% había disparado alguna vez contra alguien, y el 27.77% había resultado herido. Cfr. Defensoría del Pueblo. "Colombia. El conflicto armado en Colombia y los menores de edad", en *Boletín*, n.º 2, Bogotá, 1996, p. 4.

19 Cfr. "Respuestas adicionales del Estado colombiano", cit., p. 72.

ca de 14.000 niños estaban vinculados al conflicto armado: 7.000 en las FARC-EP, el ELN y los paramilitares, y 7.000 en milicias urbanas ligadas a las diferentes partes del conflicto[20]. En informes posteriores no se dan cifras sobre el fenómeno.

En el informe de Human Rights Watch, "Aprenderás a no llorar"[21], de 2004, se lee que "al menos uno de cada cuatro combatientes irregulares de la guerra civil colombiana es menor de 18 años de edad", señalando al mismo tiempo que el reclutamiento de niños "ha aumentado significativamente en los últimos años". Para el 2005, el informe "Colombia: Grupos armados envían niños a la guerra", del 22 de febrero de 2005, de la misma organización, calculaba que entre 11.000 y 14.000 niños y niñas estaban vinculados al conflicto armado en Colombia[22].

En el Informe Alterno al Comité de Derechos del Niño de 2005 se lee: "Miles de niños y niñas son vinculados a guerrillas y paramilitares, poniendo a Colombia como el cuarto país del mundo en esta práctica"[23]. En el mismo informe se señala el reclutamiento de niñas y niños indígenas, práctica que hasta hace poco no se realizaba, en donde éstos son utilizados en la guerra en tanto conocen sus territorios y están acostumbrados a las condiciones ambientales. El informe señala así mismo la existencia de formas de vinculación temporales: las niñas y niños salen de su territorio para realizar el entrenamiento, de 3 meses a un año, y después regresan al resguardo "como miembros activos, con la labor de cobrar extorsiones y reclutar cada uno de ellos a otros niños y niñas"[24].

---

20 Cfr. Informe de 2003 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4, 13 de marzo de 2003. Anexo: párr. 32.

21 Human Rights Watch. *Aprenderás a no llorar: Niños combatientes en Colombia*, Bogotá, Editorial Gente Nueva, 2004, p. 18. Esta obra se publicó originalmente en inglés, en septiembre de 2003.

22 Cfr. Citado por COALICO, en Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia. Informe Conflicto Armado en Colombia. Fronteras: la infancia en el límite, febrero de 2007. Consultado el 21 de octubre de 2008, en la página web de COALICO: [www.child-soldiers.org/2007-02-23-Informe_Fronteras-COALICO.pdf], p. 8. También dan como fuente de la misma cifra a UNICEF en el documento "Panorama: Colombia".

23 Comité coordinador. Informe Alterno al Comité de Derechos del Niño, Bogotá, Diseño Gráfico, 2005, p. 67.

24 Ibíd., p. 69.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas manifestó su preocupación por el reclutamiento en gran escala de niños y de niñas por los grupos armados ilegales.

En relación con la extensión de esta práctica, igualmente se ha constatado que se extendió en la última década, tomando como referencia información de la Defensoría del Pueblo, proveniente de la caracterización de las niñas, niños y adolescentes atendidos por el ICBF; para el periodo 1999-2001 se señalaba que las niñas y niños desmovilizados provenían de Antioquia, Valle del Cauca, Tolima, Meta, Santander y Bogotá[25]. Para el período comprendido entre agosto y septiembre de 2005, con base en el Programa de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes Desvinculados de los Grupos Armados Irregulares del ICBF, la Defensoría del Pueblo señaló que los "lugares de nacimiento indican que los niños, las niñas y los y las adolescentes sujetos de estudio provienen de todo el territorio nacional, exceptuando San Andrés y Providencia"[26]. Igualmente, y para el mismo año, la Corte Constitucional, en sentencia C-203 de 2005, constató la gravedad y extensión territorial del fenómeno del reclutamiento forzado de niños y de niñas en el país.

Así mismo, la Corte Constitucional, en el auto 251 de 2008, señaló[27]:

> La magnitud y extensión territorial del fenómeno criminal del reclutamiento forzado de menores no han sido dimensionadas aún en su real alcance por las autoridades o la sociedad civil en Colombia. A ello contribuyen varios factores; entre ellos, *la falta de denuncia y reporte* de los eventos de reclutamiento, principalmente por el miedo de víctimas y familias a las retaliaciones por parte de los perpetradores; y la *inacción de las autoridades encargadas de la investigación y juzgamiento penal* de estos delitos graves, que ya ha sido señalada con consternación por la Corte Constitucional. En efecto, en el auto 171 de 2007, se expresó que "la Corte Constitucional no ha sido informada hasta el momento sobre la iniciación o adelantamiento de investigaciones

25 Cfr. Defensoría del Pueblo, Colombia. *Derechos humanos de la niñez en Colombia*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002, p. 32.

26 Defensoría del Pueblo, Colombia. "La niñez y sus derechos. Informe Defensorial: Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: Inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos", *Boletín*, n.º 9, Bogotá, noviembre de 2006, p. 18.

27 La Corte Constitucional, al analizar esta práctica como una de las causas principales del desplazamiento, la describe como "una práctica criminal en la que incurren en forma extensiva, sistemática y habitual los grupos armados ilegales que toman parte del conflicto armado en Colombia, tanto guerrillas como paramilitares".

> penales por la comisión de estas graves violaciones de la ley penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, ni sobre la existencia de programas especiales de protección a las víctimas o denunciantes de tales hechos punibles; y que durante la sesión técnica del 28 de junio, se afirmó que estas manifestaciones de criminalidad están amparadas por la impunidad".

El Comité de Derechos del Niño recomienda, con el fin de mejorar la situación de la infancia en el contexto del actual conflicto armado interno, que el Estado colombiano:

> Vigile adecuadamente el cumplimiento del Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, en el que Colombia es Parte, y preste especial atención, de conformidad con el Protocolo, a las medidas destinadas a impedir el reclutamiento de niños por grupos armados[28].

Existen igualmente zonas grises, que constituyen utilización de esta infancia, con los mismos peligros. El Comité de los Derechos del Niño igualmente señaló estas situaciones que colocan en grave riesgo a los niños una vez se han desvinculado del conflicto, por entrega o captura. El párrafo 80 ibídem se refiere a:

> b. El interrogatorio por las fuerzas armadas de los niños soldados capturados y desmovilizados y el incumplimiento del plazo máximo de 36 horas establecido en la legislación nacional para entregarlos a las autoridades civiles;
>
> c. La utilización de niños por las fuerzas armadas para obtener información de inteligencia.

Por último, se dan igualmente situaciones de riesgo para las niñas y niños que participan en campañas cívico militares, o campañas de integración de contenido militar, a través de actividades recreativas o de visita de las niñas y niños a instalaciones militares que los colocan cerca de la guerra e involucran en lógicas militares, dentro de una disciplina y unas formas de relacionarse verticales y autoritarias que desconocen mecanismos pacíficos de solución de conflictos.

---

28 Comité de los Derechos del Niño. "Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención", CRC/C/COL/CO/3, 8 de junio de 2006, párr. 81.a.

B. Desplazamiento forzado interno

El desplazamiento forzado interno, utilizado para adquirir territorios militar o económicamente estratégicos, constituye una grave infracción al DIH y aparece como uno de los problemas más graves que debe afrontar la población civil, dentro del cual la niñez resulta especialmente afectada, ya que a través de él se vulneran la mayoría de sus derechos que se predican fundamentales y prevalentes, y frente a los cuales el Estado tiene un compromiso especial de protección[29].

El desplazamiento es una de las situaciones que implica mayor victimización de la infancia dentro del conflicto armado; las niñas y los niños víctimas de desplazamiento han sido, en la mayoría de ocasiones, víctimas, o han estado en riesgo de serlo, de otras infracciones del DIH, como lesiones, delitos sexuales en persona protegida, reclutamiento, minas, y para evitar que tales infracciones sucedan o se repitan se han visto obligados, solos o con sus familias, a dejar sus hogares. En los lugares a los que han llegado, por su situación de población desplazada, han sido víctimas, a su vez, de otras infracciones: delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, trata de seres humanos, entre otros. Tanto unas como otras infracciones no se denuncian por miedo, desconfianza o falta de conocimiento de sus derechos, o de la forma de hacerlos efectivos, y en relación con los cuales la Fiscalía tiene que iniciar investigaciones oficiosamente, en especial por la calidad de las víctimas.

El desplazamiento forzado es un fenómeno de desarraigo profundo, donde todos los vínculos se quiebran. La experiencia del desplazamiento deja una inmensa huella en las niñas y niños que la padecen, en tanto desaparecen los referentes afectivos y del entorno que los constituyen. Se origina de un hecho extremadamente violento que motiva la huida, como el asesinato de un ser cercano y la amenaza de que ello volverá a ocurrir con otros miembros de su familia o con ellos mismos. El desarraigo y el dolor inicial por el duelo se ven acrecentados por la experiencia del desplazamiento mismo que se rodea de precariedad, rechazo y falta de apoyo por parte de las autoridades y la sociedad en general. La mayoría de desplazados llegan a las ciudades donde esperan tener más atención y

29 Cfr. Cielo Mariño Rojas. "Desplazamiento forzado interno e infancia", en *Cátedra UNESCO: Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia un desafío a los derechos humanos*, Bogotá, Externado, 2007, pp. 45 y ss.

verse protegidos de posibles persecuciones. Pero la ciudad constituye a su vez un lugar propicio para la explotación laboral y sexual de las niñas y niños que llegan a ella, y en donde, además, los servicios de educación, salud y vivienda son muy limitados. Está comprobada la asociación del desplazamiento, además, con el maltrato infantil y la vinculación a la vida callejera[30].

1. Marco normativo

El Protocolo II, aprobado en Colombia por la Ley 171 de 1994, señala en su artículo 17:

> Prohibición de los desplazamientos forzados. 1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

Cada Estado, en virtud del Protocolo Adicional II, tiene la responsabilidad de evitar que los desplazamientos se den, y de proteger, asistir y restituir los derechos frente a la población desplazada.

De otra parte, nuestra legislación penal vigente, Ley 599 de 2000, en el título II del libro segundo, "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", capítulo único, como ya se recordó, establece 29 tipos penales que incluyen actos prohibidos por el DIH.

Dentro de este capítulo se encuentra el artículo 159 que establece:

> *Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de 10 a 20 años, multa de 1.000 a 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e

30 Cfr. UNICEF. Situación de la infancia: niñez desplazada y víctima del conflicto, Consultado en agosto de 2007, en la página web de UNICEF: [www.unicef.org.co/08-desp.htm].

> inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 10 a 20 años[31].

De otra parte, y por fuera del marco del conflicto armado interno, en el título III, "De los delitos contra la libertad individual", capítulo V, "Delitos contra la autonomía personal", se encuentra el artículo 180, que describe el delito de desplazamiento forzado:

> El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de 6 a 12 años, multa de 600 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de 6 a 12 años. No se entenderá por desplazamiento forzado el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

En el Estatuto de Roma, artículo 8.2.E.viii se establece que se entiende por "crímenes de guerra" las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido en el derecho internacional, entre ellas, ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate, o por razones militares imperativas.

En el instrumento complementario al Estatuto de Roma, "Elementos de los Crímenes", se establece:

> Elementos del crimen de guerra de desplazar a personas civiles:
>
> 1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.
>
> 2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.
>
> 3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.

---

31 Las penas previstas en este artículo se aumentarán en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo (art. 14 Ley 890 de 2004).

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

2. Magnitud del desplazamiento de niñas y niños

Según la UNICEF en Colombia, para enero de 2005, más de la mitad de la población desplazada, en los anteriores seis años, han sido niñas y niños[32]. De la misma forma, según el Informe Alterno al Comité de Derechos del Niño de 2005, se estima que entre el 48 y el 55% de los desplazados está constituido por niñas y niños[33].

El Comité de los Derechos del Niño, en su Informe de 2006, manifiesta su inquietud "por el elevado número de niños que siguen siendo desplazados cada año en Colombia", y comparte la preocupación expresada por la Corte Constitucional (sentencia T-025 de 2004) sobre la falta de atención y asistencia específicas a los niños desplazados, "en especial teniendo en cuenta que constituyen más de la mitad de la población de desplazados"[34].

Tomando las cifras de la organización no gubernamental Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES–, el número de desplazados asciende a más de 4.200.000, de 1985 a diciembre de 2007. La Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia –COALICO–, cita un informe publicado en febrero de 2006 por la Conferencia Episcopal de Colombia y CODHES en el cual se indica que en los últimos diez años el número de desplazados internos en Colombia había llegado a 3 millones de personas[35]. Lo que significa que más de 1.500.000 de personas, en ese lapso, han sido niñas y niños que han dejado todo lo que constituía su entorno afectivo, cultural y social[36].

---

32 Cfr. UNICEF. Situación de la infancia: niñez desplazada y víctima del conflicto, cit.

33 Cfr. Comité Coordinador. Informe Alterno al Comité de Derechos del Niño, cit., p. 59.

34 Comité de los Derechos del Niño. Examen de los informes presentados por los Estados Partes, cit., párr. 78.

35 Cfr. Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia. Informe Conflicto Armado en Colombia. Fronteras: La infancia en el límite, cit., 11.

36 En Colombia, para el año 2000, según el Informe no gubernamental acerca de la implementación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, presentado

Colombia, después de Sudán, sufre la crisis de desplazamiento forzado interno más grande en el ámbito mundial.

Las cifras de desplazamiento han ido elevándose en los últimos años, al lado de los casos de confinamiento por los diferentes actores armados, en los cuales la niñez se vio seriamente afectada puesto que no contó con alimentos ni medicamentos. Igualmente se han dado desplazamientos entre diferentes comunidades de un mismo pueblo indígena, desplazamientos intraveredales o intraurbanos, o desplazamientos que se suceden unos a otros, todos ellos formas de desplazamiento que no se visibilizan como tales, pero que traen consecuencias a veces más gravosa para la infancia víctima de estas formas de desplazamiento.

En relación con la extensión en el territorio colombiano, según Acción Social, 887 de los 1.100 municipios de Colombia están afectados por el desplazamiento forzado.

En la Encuesta Nacional de Verificación en relación con la distribución etaria, se lee:

> …puede afirmarse que la mayoría de la población desplazada incluida en el RUPD (62,6%) se encuentra por debajo de los 25 años de edad, de la cual aproximadamente el 54,3% es menor de 20 años. En contraste, la población total colombiana por debajo de 25 años de edad es poco menos de la mitad (49,0%), y el 40,2% tiene menos de 20 años de edad[37].

De acuerdo a información recibida por la Corte Constitucional, en el auto 251 de 2008 se señala:

> UNICEF ha estimado que durante los últimos 15 años, más de un millón de niños, niñas y adolescentes han sido víctimas de desplazamiento forzado en Colombia. El Comité Internacional de la Cruz Roja considera que los menores de entre 5 y 14 años de edad representan aproximadamente el 44% de

---

al Comité de los Derechos del Niño: "cada hora son desplazados 20 menores de 18 años". Informe no gubernamental, en UNICEF. *De menor a ciudadano. Implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe*, vol. 2, Bogotá, UNICEF, 2000. p. 74. Este porcentaje se mantendría en tanto UNICEF señala que "42 personas cada hora" son desplazadas, de las cuales, ya se anotó, más del 50% son niñas y niños. UNICEF. *Situación de la infancia: niñez desplazada y víctima del conflicto*, cit.

37 Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. *Verificando el cumplimiento de los derechos. Primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional*, Bogotá, Ediciones Ántropos, 2008, p. 60.

la población desplazada del país. UNIFEM calcula que las niñas conforman el 23% de la población desplazada, mientras que los niños y adolescentes dan cuenta de otro 25%.

La representación desproporcionada de la infancia en relación con otras franjas etarias se explica por las prácticas de guerra, donde los hombres son asesinados o desaparecidos forzadamente, siendo las mujeres, niñas y niños los que tienen que abandonar su hogar y tierra por temor de que esos hechos se repitan contra ellos.

Existen subfranjas dentro de la infancia desplazada que pueden presentar aún mayores niveles de vulnerabilidad:

– Las niñas y niños pertenecientes a pueblos indígenas, en relación con los cuales la situación de desplazamiento es desestructuradora, en tanto la tierra es su referente identitario fundamental.

– Las niñas y niños huérfanos o abandonados por causa del conflicto armado.

C. Violencia sexual en el marco del conflicto armado interno: acceso carnal violento en persona protegida, acto sexual violento en persona protegida y prostitución forzada o esclavitud sexual

La violencia contra las niñas y adolescentes es parte de una violencia más extendida que la nutre y refleja la percepción que de lo femenino tiene la cultura en que ésta se manifiesta. Lo femenino se ve y asume inferior, secundario. La violencia hacia las niñas simboliza la violencia contra lo femenino. Muchas de las formas de violencia sexual al interior del conflicto armado forman parte de las prácticas sociales que se ven como propias.

La prostitución y la violencia asociada a ella, como un asunto de derechos humanos, tiene una larga historia que ha partido de instrumentos internacionales que son el reflejo de los cambios generados por movimientos sociales que en el campo de la mujer y de los derechos inherentes a ella se han dado, dentro de éstos los derechos sexuales, por sectores que ven agredidos sus derechos por violencias que las victimizan. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, en su artículo 1.°, dice:

> A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará", de 1994 señala en su artículo 1.°:

> Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Es importante señalar cómo esta Convención afirma que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades".

La violencia sexual en el conflicto armado se da básicamente contra niñas y adolescentes. La Corte Constitucional, en su auto 251 de 2008, señala:

> La violencia contra la mujer constituye, a la vez, una manifestación grave de la discriminación de género, que apareja violaciones sustanciales, entre otros, de los derechos a la vida; al respeto por la dignidad de su persona; a la integridad personal –física, psicológica y moral– y a verse libre de torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a la libertad y seguridad personales; y a la igualdad.

1. Marco normativo

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su artículo 34, dispone que "los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales". Con este fin los Estados tomarán, en particular, todas las medidas que sean necesarias para

impedir, entre otros: "b. La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales".

En el ámbito nacional, el artículo 44 de la Constitución Política establece que las niñas y niños tienen un derecho fundamental a la vida, la integridad física y la salud; y consagra que serán protegidos contra toda forma de violencia física o moral y de abuso sexual.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, Ley 51 del 2 de julio de 1981, establece qué se entiende por discriminación en el artículo 1.° citado, y en el 6.º señala:

> Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

El Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, suscrito por nuestro país, refuerza este compromiso de Colombia.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o "Convención de Belém do Pará", del 9 de julio de 1994, aprobado mediante la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995, afirma que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

Esta Convención estima como forma de violencia la trata de personas y la prostitución forzada en su artículo 2.º:

> Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:
>
> […]
>
> b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo,

así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

El artículo 7.º, dentro de los deberes del Estado, establece que se deben adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, para lo cual deberá además:

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso

[…]

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La Convención igualmente establece la necesidad de establecer programas para, entre otros objetivos, suministrar servicios especializados apropiados para la atención de la mujer violentada y para el "cuidado y custodia de los menores afectados". Para la adopción de estas medidas se debe tener en cuenta, entre otras situaciones de vulnerabilidad de la víctima, su condición de niña, o su afectación por situaciones de conflicto armado.

En el DIH, en relación con la violencia sexual contra niñas y adolescentes, el artículo 3.º común de los Convenios de Ginebra de 1949 establece:

> 1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades […] serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.
>
> A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:
>
> […]
>
> c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, en su artículo 4.º, que fija las garantías fundamentales, señala que están prohibidos, en todo tiempo y lugar, "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor".

La violencia sexual es un crimen que dependiendo de las circunstancias de su comisión puede dar lugar a la configuración de un crimen de guerra o de lesa humanidad. El estatuto de Roma considera la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad, en su artículo 7.º:

> 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
>
> […]
>
> g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

La Corte Constitucional, en su auto 251 de 2008, señala que el "artículo 7.1.h tipifica el crimen de lesa humanidad de persecución, crimen que también se puede configurar a través de la violencia sexual".

El artículo 8.º de la Corte Penal Internacional establece los crímenes de guerra:

> 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":

[…]

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

[…]

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

[…]

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, entre los cuales está:

[…]

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado

[…]

esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra[38].

38 Artículo 8.2.e.vi.1: *Crimen de guerra de violación*. Elementos: 1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. 2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento. 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado

que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8.2.e.vi.2: *Crimen de guerra de esclavitud sexual*. Elementos: 1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad. 2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual. 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8.2.e.vi.3: *Crimen de guerra de prostitución forzada*. Elementos: 1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. 2. Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos. 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8.2.e.vi.4: *Crimen de guerra de embarazo forzado*. Elementos: 1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional. 2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 3. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8.2.e.vi.5: *Crimen de guerra de esterilización forzada*. Elementos: 1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica. 2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento. 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8.2.e.vi.6: *Crimen de guerra de violencia sexual*. Elementos: 1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. 2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de

En el ámbito nacional, la Constitución Política establece en su artículo 43: "La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación". El artículo 13 consagra el derecho fundamental a la igualdad; como consecuencia de ello el Estado debe garantizar la misma protección para todos los ciudadanos y el trato indiscriminado por parte de las autoridades públicas, sin tener en cuenta, entre otros factores, el género.

El Código Penal establece la violencia sexual, contra persona protegida, como infracción penal, como sigue.

– Acceso carnal violento en persona protegida, en el artículo 138: "El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez a dieciocho años y multa de quinientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes".

– Actos sexuales violentos en persona protegida, en el artículo 139: "El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de cuatro a nueve años y multa de cien a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes".

– Artículo 140: circunstancias de agravación por el artículo 221: menor de 12 años y embarazo, entre otros.

– Prostitución forzada o esclavitud sexual, en el artículo 141: "El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá en prisión de 10 a 18 años y multa de 500 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes".

2. Magnitud de la violencia sexual

El Comité de los Derechos del Niño en el párrafo 80 del informe de junio de 2006 señala que le preocupa:

> a) El reclutamiento en gran escala de niños por los grupos armados ilegales para combatir y también como esclavos sexuales.

---

hecho que determinaban la gravedad de su conducta. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La Corte Constitucional, en el auto 092 de 2008, señaló que la violencia sexual contra niñas y niños, en el conflicto armado interno hace parte de los "patrones extensivos de violencia sexual"[39]:

39 En el auto 092 de 2008 se realizó una tipología de las diversas clases de violencia sexual en el marco del conflicto armado de que son víctimas las niñas y adolescentes:
"(a) actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura –tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados–, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley; (b) actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliadores reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados, (iv) de avance en el control territorial y de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad; (c) la violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades; (d) la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley, violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática: (i) la violación, (ii) la planificación reproductiva forzada, (iii) la esclavización y explotación sexuales, (iv) la prostitución forzada, (v) el abuso sexual, (vi) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (vii) el embarazo forzado, (viii) el aborto forzado y (ix) el contagio de infecciones de transmisión sexual; (e) el sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región con el propósito de obtener éstos su propio placer sexual; (f) actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional; (g) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados; (h) casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley; o (i) amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes".

> …la violencia sexual contra la mujer es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano, así como lo son la explotación y el abuso sexuales, por parte de todos los grupos armados ilegales enfrentados, y en algunos casos aislados, por parte de agentes individuales de la Fuerza Pública.

En esta misma providencia se afirmó que:

> …la incidencia de actos de violencia sexual en el marco del conflicto armado contra niñas ha ido en aumento, y que los casos de crímenes sexuales cometidos en el marco del conflicto armado en los que menores de edad son víctimas ocupan una porción desmesurada del universo total de víctimas conocidas. En efecto, según indica la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado con base en estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal, el 42% de las víctimas de violencia sexual reportadas son niñas de entre 10 y 14 años de edad.

IV. Niñez víctima en el Código de la Infancia y la Adolescencia

Como se ha visto, se han trazado desde el DIDH, el DIH, y los lineamientos y directrices emanadas de organismos internacionales, las libertades, garantías y derechos que en el sistema de justicia penal se le deben ofrecer a la víctima. De modo que uno de los objetivos de una política criminal garantista, en el campo de lo penal, será el conjunto de acciones que hagan efectivos dichos derechos a las víctimas frente a infracciones realmente lesivas de los intereses de las mayorías.

Dice el artículo 7.º de la Ley 1098 de 2006, que dentro del paradigma de la protección integral de la infancia, las políticas públicas deben asegurar dicha protección a través de su integralidad. Una política criminal garantista de tal protección, debe incluir y hacer efectivos los derechos de la víctima, niña, niño o adolescente que denuncia o que acude al proceso penal. De igual forma, debe observar los lineamientos y directrices emanados de los organismos internacionales que se han desarrollado en este campo. En los procesos penales por infracciones penales contra niñas y niños se deben hacer efectivos sus derechos, para no victimizarlos nuevamente cuando acceden a la justicia.

El nuevo código, en relación con los derechos de protección, establece en el artículo 20, que las niñas, los niños y los adolescentes serán protegidos contra:

> … 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución […] 6. Las guerras y los conflictos armados internos; 7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley […] 11. El desplazamiento forzado […] 13. Las peores formas de trabajo infantil […] 17. Las minas antipersonal.

En relación con las obligaciones del Estado, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece que éste debe "investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados". De igual forma protegerlos contra los desplazamientos y contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley.

En efecto, Alessandro Baratta, señala:

> Para decir que la finalidad de la política [criminal] es unívoca, debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no muy lejano ésta fue constantemente entendida como la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas. A partir del desarrollo de estudios victimológicos, y en particular a través de la preocupación acerca de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende (por lo menos potencialmente) también hacia el control de las consecuencias del crimen además de su prevención[40].

Estos contenidos de la política criminal priorizan la situación de la víctima.

Respecto de las niñas y los niños, en tanto sujetos de protección constitucional especial, su situación debe ser sustantivamente privilegiada. El nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, incluye estos elementos y otros, tomados del marco jurídico internacional de infancia y en un capítulo especial, único del tí-

40 Alessandro Baratta. "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos", en *Ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana*, memorias del Foro de política criminal, Bogotá, Universidad Javeriana, 1998.

tulo segundo del libro segundo, para la infancia víctima de infracciones penales, establece que en los procesos donde se investigue y juzgue tales infracciones, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño y de la niña, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y los derechos consagrados en el DIDH, en la Constitución Política y la propia ley.

El artículo 3.° de la CIDN establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen, entre otros, los tribunales, las autoridades administrativas deben tener una consideración primordial a que lo que se atenderá será el interés superior del niño. El artículo 8.° del CIA señala, dentro de los principios rectores, que por interés superior de la niña, el niño y el adolescente se entiende "el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes". Para establecer el interés superior del niño, se deben tener en cuenta los criterios jurídicos y la ponderación de circunstancias fácticas, según la sentencia T-510 de 2003.

La prevalencia de los derechos de las niñas y los niños en materia penal "implica que las medidas que se tomen deben mirar el interés del niño antes que los intereses de la sociedad y el Estado e incluso los de la familia, y en cualquier incompatibilidad que se presente con otros derechos, deben primar los derechos de los niños"[41]. El artículo 9.º del CIA lo incluye como otro de sus principios rectores[42].

La protección integral, de acuerdo al artículo 7.° del CIA, es el reconocimiento de las niñas y los niños como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

El Código fija criterios que deben tenerse en cuenta, por parte de la autoridad judicial, para cumplir con los principios señalados y garantizar el restablecimiento de los derechos. Entre ellos se encuentran la prioridad

---

41 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "Colombia. Ley de responsabilidad penal juvenil", documento de trabajo, Bogotá, inédito, 2000, p. 4.

42 Artículo 9.° del CIA. **"***Prevalencia de los derechos*. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, la niña o el adolescente".

de todo trámite donde participe una víctima niña o niño; que los padres o representantes deben asistirlos en la reclamación de sus derechos; que la Defensoría de Familia debe tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y el restablecimiento pertinentes, cuando los padres falten definitiva o temporalmente o estén vinculados como autores o partícipes del delito; que se buscará la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados; que se practicarán medidas cautelares, de oficio o a solicitud, para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución; en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulnerarán los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito; no se aplicará el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados; en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se debe tener en cuenta su opinión, su calidad de niños, y se debe respetar su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Además, no se les estigmatizará, ni generará nuevos daños con el proceso; en los reconocimientos médicos que deban practicárseles, se deberá tener en cuenta su opinión; se garantizará la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos; se les informará y orientará sobre la finalidad de las diligencias, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos; no se decretará la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar; cuando deban rendir un testimonio deberán estar acompañados de autoridad especializada o por un psicólogo, y, en las diligencias en que deban intervenir deben estar libres de presiones o intimidaciones.

Al lado de los principios, derechos y criterios que establece el CIA, debe tenerse en cuenta que dentro de los Principios de París se establece que en la protección de los niños, las niñas y sus familias, es esencial que se trate confidencialmente la información personal relacionada con las violaciones de los derechos de la infancia, incluidos el reclutamiento o utilización ilícitos de menores por las fuerzas o grupos armados.

Deben tenerse igualmente en cuenta los derechos que se establecieron en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños

víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005:

Derecho a un trato digno y comprensivo, derecho a la protección contra la discriminación, derecho a ser informado, derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, derecho a una asistencia eficaz, derecho a la intimidad, derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia, derecho a la seguridad, derecho a la reparación y derecho a medidas preventivas especiales.

V. Infancia víctima frente a la Ley de Justicia y Paz

Las políticas públicas tienen que ser el resultado de una política de Estado que busque la efectividad de los derechos consagrados en la respectiva Constitución y en los diferentes instrumentos internacionales ratificados por el Estado y frente a los cuales se encuentra obligado. Un Estado que señala dentro de su Constitución un catálogo de derechos debe asegurar la proyección y realización de políticas públicas que los hagan efectivos.

La política criminal, en el marco de integralidad de políticas públicas, dentro del paradigma de la protección integral debida a la infancia, se tendrá que diseñar, ejecutar y evaluar, frente a la infancia víctima del conflicto armado interno, que como víctima accede al proceso penal, de acuerdo a los derechos, libertades y garantías que en el campo penal se han establecido en el DIDH, en el DIH y en nuestra propia Constitución Política. De igual forma deberá seguir los lineamientos y directrices en lo que se ha denominado *soft law*, que si bien no son vinculantes, obligan a los Estados por su importancia y necesidad para el desarrollo del derecho fundamental al debido proceso.

El derecho de acceso a la justicia de las niñas, los niños y los adolescentes víctimas del conflicto armado interno requiere una protección especial y privilegiada en los procedimientos penales frente a la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005, que conjugue todas las garantías y derechos reseñados, dentro de la perspectiva de derechos del nuevo Código de la Infancia y Adolescencia.

La Ley de Justicia y Paz no hace una consideración especial y diferenciada de la niñez víctima, tan solo incluye el elemento etario como dato a tener en cuenta, al lado de otros, en relación con la protección a víctimas y testigos, la publicidad o la atención a las necesidades especiales. Pero

además de su no inclusión especifica como víctima que acuda al proceso, la ley no toma en cuenta la Resolución 1314 de 2000 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que había insistido en la responsabilidad de los Estados en la lucha contra la impunidad y en juzgar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, insistiendo en no conceder amnistías por estos comportamientos. Estos delitos son imprescriptibles de acuerdo con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968[43]. De otra parte, en la misma ley, se hace referencia a los niños en los artículos 10.º y 64, que se verán más adelante.

El Decreto 315, del 7 de febrero de 2007, en su artículo 7.°, establece que la participación y representación de las niñas y niños se realizará en lo pertinente de conformidad con lo dispuesto en el Código de la Infancia y Adolescencia, en el título que regula los procedimientos especiales, para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos.

En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y los derechos especiales de las niñas, los niños y los adolescentes. Para ello tendrá que tener en cuenta que las niñas, niños y adolescentes son sujetos que cuentan con una protección jurídica reforzada y prioritaria establecida en el marco normativo señalado antes, y en especial en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Constitución Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia, protección que se encuentra debidamente diferenciada frente a las tres infracciones.

La Procuraduría Judicial para Justicia y Paz velará porque las autoridades competentes brinden atención adecuada a las necesidades especiales de las niñas y los niños, y por el reconocimiento de las víctimas de infracciones sexuales, y adelantará las acciones pertinentes. El Ministerio Público debe velar especialmente por los derechos de las víctimas, con sus delegados judiciales para la justicia y la paz, pero la Ley 975 de 2005 no señala una especialidad de estos delegados de acuerdo a las víctimas. En atención al interés superior del niño y a su protección especial, debería haber delegados judiciales especializados en infancia.

---

43 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2391(XXIII), del 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970.

La Ley 975, en su artículo 5.º, establece que "…se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos…" (la calidad de directo fue suprimida por la sentencia C-516 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño). El Decreto 4760 de 2005, en el parágrafo del artículo 11, establece que tendrán la calidad víctima aquellas del desplazamiento forzado ocasionado por las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados al margen de la ley.

En tanto se acoge la definición de víctima equiparándola a la de perjudicado que trae la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de aquella del propio Código Penal, perjudicados de los comportamientos igualmente lo serán, a más de los propios niños y niñas, sus familias[44].

Se debe citar a los padres, representantes legales, o las personas con quienes vivan, para que los asistan en la reclamación de sus derechos. La niña o niño víctima debe estar acompañado por el defensor de familia, quien será citado cuando aquél carezca temporal o definitivamente de sus padres, "a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinente". Para cumplir con ese fin podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación.

Se prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados, buscando la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las niñas y niños víctimas, en virtud de la protección

---

44 "…la Corte considera que viola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando éstas no hayan muerto o desaparecido. Tales exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, lo cual no dista para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2 y 5 del artículo 5.º de la ley acusada". Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MM. PP: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y otros.

constitucional especial que los cualifica. Para ello se debe realizar una investigación que tienda efectivamente al esclarecimiento de la verdad. La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz deberá investigar, a través del fiscal delegado y con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizaron los hechos y los daños que individual o colectivamente haya causado el imputado o acusado a las víctimas.

Se debe tender a la garantía efectiva de los derechos de las víctimas; la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz deberá adelantar las labores de investigación y verificación, no sólo de los hechos admitidos por el imputado, sino de "todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia".

En la audiencia de imputación el fiscal solicitará la adopción de las *medidas cautelares* sobre los bienes para efectos de la reparación de las víctimas. En relación con las niñas y niños, la autoridad judicial decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del *defensor de familia* o del Ministerio Público, la práctica de medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.

La Ley de Justicia y Paz no tiene una referencia específica para la infancia en relación con la *reparación integral.* Se establece en la ley que en la audiencia en que la sala del tribunal superior del distrito judicial declara la legalidad de la aceptación de cargos, "previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella (víctima), el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los 5 días siguientes". En el caso de las niñas y los niños, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio por parte del magistrado, aunque no haya habido solicitud previa. Los niños y las niñas víctimas tendrán derecho a ser asistidos durante el incidente de reparación integral por un abogado que represente sus intereses, aun sin el aval de sus padres, y designado por el Defensor del Pueblo.

Se debe cumplir con los presupuestos para promover el incidente de reparación integral, acreditando la condición de víctima ante el magistrado de conocimiento con alguno de los documentos que señala el artículo 4.º

del Decreto 315 de 2007, pero en el caso de niñas y niños el concepto de carga dinámica de la prueba hace que le corresponda a la Fiscalía probar la calidad de víctima, por tratarse de un sujeto de protección especial.

A. Garantía de comunicación de las niñas y los niños víctimas

Las víctimas tienen derecho a recibir, desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el estatuto procesal penal, información pertinente para la protección de sus intereses y para conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas. La sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional determinó que las víctimas o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En el Código de la Infancia y la Adolescencia se estableció que la autoridad judicial informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos".

El Decreto 4760 de 2005, en su artículo 11.3, determinó que las víctimas "tendrán derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir desde el primer contacto con las autoridades judiciales información pertinente para la protección de sus intereses…". En los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente, el defensor de familia podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes.

La garantía de comunicación se establece en el artículo 135 del CPP que señala que los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga. Opera desde que la víctima entra en contacto con las autoridades, quienes tienen el deber de informar a la víctima sobre sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación y las facultades y mecanismos para hacerlos efectivos. En virtud del derecho a recibir información, la policía judicial y la Fiscalía le suministrarán información a la víctima, entre otros aspectos, sobre:

– Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo.
– El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir.

– El modo y las condiciones en que puede pedir protección.
– Los requisitos para acceder a una indemnización.
– El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
– La sentencia del juez.

B. Participación de las víctimas en los procesos judiciales

Desde el marco normativo, las víctimas podrán intervenir en el proceso aportando pruebas, cooperando con las autoridades judiciales, conociendo y en su caso controvirtiendo las decisiones que se adopten dentro del mismo. Las víctimas podrán participar desde el inicio del proceso. Para tal fin la Fiscalía emplazará públicamente a víctimas indeterminadas. Las víctimas tendrán derecho a acceder en forma personal y directa, o a través de apoderado, a las diligencias de versión libre, formulación de imputación, formulación de cargos y demás etapas procesales, y tendrán derecho a ser asistidas por un abogado de confianza, o en su defecto por el Ministerio Público, sin perjuicio de que puedan intervenir directamente durante todo el proceso. La Fiscalía solicitará un defensor público en caso de que se necesite.

El Código de la Infancia y el Adolescente, en su artículo 196, establece que los padres o el representante legal de los niños, las niñas y los adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue a un adulto por un delito en el cual sean víctimas, como representante de estos, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios.

La Directiva 008 proferida por el Procurador General de la Nación del 5 de junio de 2007, con base, entre otros fundamentos jurídicos, en la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, señaló: "...la ley garantiza la participación de las víctimas en las diligencias de versión libre y confesión, formulación de imputación y aceptación de cargos. Conclusión que resulta reforzada por la clara opción de la ley por un sistema procedimental marcadamente acusatorio que se desarrolla a través de audiencias a las que no se puede obstruir el acceso de las víctimas", exhorta a la Fiscalía General de la Nación, para que permita el acceso a las versiones libres a aquellas víctimas, que acrediten por los distintos medios estable-

cidos en la ley y en sus decretos reglamentarios, el daño sufrido, garantizando la posibilidad de aportar pruebas, controvertir la versión y formular preguntas al postulado, directamente, o a través de su apoderado, del fiscal del caso o del procurador judicial.

C. Seguridad

Las víctimas tendrán derecho a la protección de su intimidad y garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuandoquiera que resulten amenazadas. Los funcionarios adoptarán las medidas adecuadas y todas las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y testigos. Para ello se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando éste entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra los niños y las niñas. El Decreto 315 de 2007, en su artículo 12, le señaló al fiscal, específicamente, el deber de adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Para ello debe tener en cuenta factores como la edad y el género, así como la índole de la infracción, en particular cuando entrañe violencia sexual o violencia contra menores de edad. Así mismo, ya el Decreto 4760 de 2005, artículo 11.2, le había señalado a la Fiscalía General de la Nación la tarea de velar por la protección de la intimidad y seguridad de las víctimas.

En el Código de la Infancia y la Adolescencia se ordena a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.

Como excepción al carácter público de las audiencias de juzgamiento, el tribunal superior del distrito judicial, a fin de proteger a las víctimas, los testigos, o a un acusado, podrá ordenar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada. Podrá también ordenar la práctica de testimonios a través del sistema de audio video para permitir la contradicción y confrontación por las partes. En particular, se aplicarán estas medidas respecto de víctimas de agresión sexual o de niños, niñas y adolescentes que sean víctimas o testigos.

En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de 18 años no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente, en tales audiencias sólo podrán estar presentes los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente.

El Decreto 3570 de 2007 del 18 de septiembre, por medio del cual se crea el programa de protección para víctimas y testigos de la Ley 975 de 2005, no contempla un componente específico para infancia.

D. Niñas y niños testigos

El Código de la Infancia y la Adolescencia establece que los niños podrán ser testigos en los procesos penales contra adultos, como ya lo establecía el artículo 383 CPP, que señala que a la niña o niño menor de 12 años no se le recibirá juramento. La nueva legislación establece que sus declaraciones "solo las podrá tomar el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez". Únicamente se formularán las preguntas que no sean contrarias a su interés superior. Igual se procederá ante Policía Judicial y Fiscalía en indagación e investigación.

Es el artículo 150 del Código de la Infancia y la Adolescencia el que establece cuál es el procedimiento para la práctica de testimonios:

> Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.
>
> Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

> El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.
>
> A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.

Los principios de París señalan:

> Hace falta tomar todas las medidas posibles para proteger los derechos de los niños y las niñas que han sido testigos y víctimas, y que podrían ser citados a comparecer para deponer en contra o a favor de los presuntos autores de infracciones cometidas contra ellos o contra otras personas

La autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

– En los casos en que un niño, una niña o un adolescente deba rendir testimonio, éste deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la ley.

– En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.

E. Protección

El artículo 39 de la CIDN establece el derecho de las niñas y los niños víctimas de conflictos armados a su recuperación física y psicológica y a su reintegración social:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

A través de los mecanismos jurídicos de protección se accede a la justicia; estos mecanismos no sólo se refieren a los mecanismos judiciales sino también a los administrativos. A través de ellos se procurará hacer

efectivos los derechos, en los ámbitos particulares donde se requiera. Estos mecanismos jurídicos tendrán que realizar la protección frente a una situación específica de vulneración o riesgo de un derecho, en el caso de las infracciones a la ley penal, a través del proceso penal y del programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–.

El Gobierno Nacional, departamental, distrital, y municipal, bajo la supervisión del ICBF diseñará y ejecutará programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes *víctimas de delitos*, que respondan a la protección integral, al tipo de delito, a su interés superior y a la prevalencia de sus derechos.

De acuerdo con el artículo 11.6 Decreto 4760 de 2005, la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz tiene la función de velar por que las autoridades competentes brinden atención adecuada a las necesidades especiales de los niños, las niñas y los adolescentes. De igual forma, debe velar por el reconocimiento de las víctimas de las conductas punibles atentatorias contra la libertad, integridad y formación sexuales y adelantará las acciones para tales fines. El artículo 41 de la Ley 975 de 2005 ya incluía de forma genérica la atención a las necesidades especiales y el Decreto 3391 de 2006 aumenta, a más de personas discapacitadas o de la tercera edad, a aquellas de las etnias raizales, afrodescendientes y "demás grupos poblacionales que requieran especial protección estatal de conformidad con el artículo 13 de la C. P.".

En relación con los programas de atención a la población *desplazada*, el auto 251 de 2008 indicó:

> Los principios rectores de los desplazamientos internos, que concretan las obligaciones internacionales de Colombia en relación con las personas víctimas del desplazamiento forzado –derivadas del DIH y el DIDH–, contienen una provisión general que consagra el deber de protección y atención especial de los niños, las niñas y los adolescentes desplazados; en efecto, el Principio 4.2 dispone que "ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores *no* acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

> […]
>
> Para la Sala es evidente, a partir del informe del director de Acción Social, que la política pública de atención a la población desplazada carece por completo de un enfoque diferencial de edad que responda a las necesidades urgentes de los niños, las niñas y los adolescentes que forman parte de esta población. *Ninguno de los programas que se describen en dicho informe constituye una respuesta específica a la apremiante situación de los menores de edad en situación de desplazamiento* (el resaltado es nuestro).

En relación con la atención a los *desvinculados* del conflicto armado, el artículo 8.° de la Ley 782 del 23 de diciembre de 2002, que modifica el artículo 17 de la Ley 418 de 1997 donde el criterio de protección era la ausencia de familia a causa de la violencia política, señala:

> El ICBF diseñará y ejecutará un programa especial de protección para la asistencia de todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en hostilidades o hayan sido víctimas de la violencia política, en el marco del conflicto armado interno.
>
> El ICBF prestará asistencia prioritaria a los menores de edad que hayan quedado sin familia o cuya familia no se encuentre en condiciones de cuidarlos, en razón de los actos a que se refiere la presente ley.

Acorde a esta competencia en relación con las niñas y niños desvinculados, el artículo 3.º del Decreto 4760 de 2005, párrafo 3, señala que los niños que se "encuentren entre el grupo armado organizado al margen de la ley" serán destinatarios de medidas para su recuperación física y psicológica y su reinserción social, a cargo del ICBF.

El programa ha demostrado falencias, que han sido señaladas por diferentes estudios:

> La investigación estableció cómo el Programa de atención a niños, niñas y jóvenes desvinculados del conflicto armado se construye alrededor de la institucionalización, entendida ésta como privación de la libertad. La institucionalización encierra las posibilidades de volver a su medio de origen, quebrando los vínculos afectivos que lo unían a su familia y a su comunidad, y es contraria a la consideración de víctima de la niñez involucrada en el conflicto armado. La palabra reintegración denota volver a insertarse, a unir-

> se, volver a ser parte de la sociedad, lo cual no puede realizarse intramuros, aislando a la niña o al niño. Por definición, la reintegración social se tiene que dar en el medio del cual fueron sustraídos al momento de ser reclutados, en su comunidad, su barrio, su parcela, su familia. Esto es difícil en los lugares del conflicto, pero eso no excusa la institucionalización del adolescente en aras de protegerlo. Si la reintegración familiar no se puede dar en su sitio de origen, se tiene que invertir para que la familia sea reubicada en un lugar seguro[45].

F. Reclutamiento ilícito y Justicia y Paz

El artículo 10.º de la Ley 975 de 2005 establece los requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva:

> 10.3 Que el grupo ponga a disposición del ICBF la totalidad de menores de edad reclutados.

La entrega de *todos* los niños y las niñas que hayan sido reclutados ilícitamente por parte de los grupos armados al margen de la ley, es un requisito concurrente con los otros que establece la norma, para poder acceder a los beneficios que ofrece la ley. Ello se basa tanto en la normatividad –que ya ha sido analizada– que establece que esas niñas y niños son víctimas, como por las dinámicas de guerra que colocan a esta infancia en una situación en la que son vulnerados todos sus derechos. Además, como estable el documento de la Procuraduría:

> *La condición de poner a disposición los niños, las niñas y los adolescentes hace parte de la prevalencia de los derechos del niño*, porque tiende a privilegiar los derechos de los niños soldados dentro de las negociaciones para la desmovilización colectiva […] *La condición de poner a disposición los niños, las niñas y los adolescentes es privilegiada.* Este requisito se debe cumplir de manera prevalente sobre el resto de los enumerados en el artículo 10.º de la Ley 975 de 2005, incluso sobre el de la entrega de armas, en tanto se trata de una condición prevalente, sistemática y especial que tiende a la protección de los derechos de los niños de manera reforzada, por estar en situación (ser soldado). *El Estado es responsable por el cumplimiento efectivo de esta condición*. Por tratarse de una medida de protección especial de los niños, las niñas y los adolescentes frente a su obligación de garantía de los

45 Mariño Rojas. *Niñez víctima del conflicto armado*, cit., p. 192.

> derechos humanos, es una condición de obligatorio cumplimiento, sin la que no se puede acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005[46].

Por otro lado, el artículo 64 de la Ley de Justicia y Paz, plantea una situación diversa:

> Artículo 64. *Entrega de menores*. 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 que se refiere la presente ley y la Ley 782 de 2002.

Se refiere, como sostiene el documento de la Procuraduría, a los procesos de desmovilización individual regulados en el artículo 11 de la misma ley. El artículo 64 hace referencia a que en ese proceso individual, el interesado "entregue" a la niña o al niño, como un acto de colaboración con la justicia[47].

Si a quien entrega individualmente se le establece la responsabilidad de ese reclutamiento, no podrá beneficiarse de amnistías ni indultos, de acuerdo con el marco normativo internacional. El desmovilizado individualmente, en virtud del primer requisito del artículo 11, debe informar si sabe de casos de reclutamiento de niñas o de niños.

VI. La situación jurídica de las personas que realizan comportamientos definidos como infracciones al DIH, antes y después del Código Penal de 2000

Nuestra legislación penal vigente, Ley 599 de 2000, en el título II del libro segundo, "Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario", capítulo único, establece 29 tipos penales que incluyen actos prohibidos por el DIH[48]. Para ello se tuvieron en cuenta di-

---

46 Francisco Acuña Vizcaya. "Niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado", en *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*, t. 2, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2006, p. 382.

47 Cfr. ibid., p. 384.

48 El nuevo Código Penal tipifica comportamientos específicos contra la población civil, entre los cuales se encuentran los artículos 135: homicidio en personas protegidas; 136: lesiones en personas protegidas; 137: tortura en persona protegida; 138: acceso carnal violento en persona protegida; 139: acto sexual violento en persona protegida; 140: circunstancias de agravación por el artículo 211: en menor de 12 años y embarazo, entre otros; 141: prostitución forzada o esclavitud sexual; 142: utiliza-

versos criterios, entre ellos: el principio de integración de las estructuras domésticas con el conjunto de instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos y el garantizar la efectividad de los derechos dentro del momento específico que vive Colombia, para lo cual se deben buscar mecanismos de protección a fin de que tanto los propios agentes del Estado, como las personas que pertenecen a uno de los grupos armados ilegales cumplan con lo prescrito en las normas que establecen los requisitos mínimos humanitarios respecto a la población no combatiente.

La Corte Penal Internacional se caracteriza por la complementariedad con las jurisdicciones penales nacionales, la Corte asumirá la competencia cuando el Estado Parte no pueda o no "esté dispuesto a llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento", por "crímenes" que se realicen después de la entrada en vigor para cada Estado Parte[49]. La tipificación de las infracciones al DIH realizada a través del Código Penal de 2000 constituyó un avance en tanto la justicia colombiana puede perseguir estos comportamientos. Como explica ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA:

> Se adecuó, en consecuencia, la legislación interna al Estatuto de Roma, primer paso para que no opere el *principio de subsidiariedad*, el cual gobierna la admisión de un caso ante esta instancia judicial internacional. En otros términos, si el Estado no hubiese reformado su legislación penal en la materia nos encontraríamos, en el futuro, con muy pocos argumentos para alegar que nuestra justicia sí ha tenido la voluntad de perseguir esos crímenes internacionales[50].

En tanto, "las prohibiciones que recogen el DIH y el DIDH no son normas de ejecución directa, sino que, por el contrario, requieren de posterior desa-

---

ción de medios y métodos de guerra ilícitos; 144: actos de terrorismo; 146: tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida; 147: actos de discriminación racial; 148: toma de rehenes; 152: omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria; 153: obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias; 158: represalias; 159: deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil; 160: atentados a la subsistencia y devastación; 161: omisión de medidas de protección a la población civil; 162: reclutamiento ilícito.

49 La Corte Constitucional en sentencia del 30 de julio de 2002 realizó la revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002, por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma, del 17 de julio de 1998.

50 ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA. "Persona y bienes protegidos por el Derechos Internacional Humanitario", en *Lecciones de derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Externado, 2003, p. 705.

rrollo legislativo para poder ser aplicadas, so pena de violar el principio de estirpe liberal de *nullum crimen sine lege*, se entendería que ya se había cumplido con ese requisito mediante la adopción de ciertas disposiciones del Código Penal de 1980", a pesar de que "en algunos casos la denominación del tipo penal no correspondía exactamente con aquella tenida por la legalidad internacional (p. ej., el delito de secuestro extorsivo en el derecho penal interno ejecutaría la prohibición internacional de la toma de rehenes)"[51]. Pero las normas que traía el Código anterior excedían o no alcanzaban la dimensión de las conductas descritas por el DIH. De otra parte, no se lograba a través de ellas una especificidad propia. Muchos comportamientos proscritos por el DIH hasta antes del nuevo ordenamiento no estaban incluidos en el Código Penal. Los Estados deben, de acuerdo a los Principios de París, ratificar y dar aplicación a los tratados internacionales y adoptar y poner en vigor leyes nacionales que penalicen el reclutamiento o la utilización ilegal de niños y niñas en los conflictos armados. Se considera que con la inclusión de este título en el Código Penal de 2000 se ha dado una plena y sistemática recepción del DIH por el derecho penal interno.

Los tipos penales que ahora se incluyen dentro del capítulo en mención son específicos frente a las lesiones personales, la tortura, el acceso carnal violento, etc., en tanto son comportamientos que se realizan "con ocasión y en desarrollo del conflicto armado" sobre las personas y los bienes protegidos por el DIH, como bienes jurídicos tutelados, que en virtud de ello se convierten en comportamientos especialmente graves, de ahí las penas más altas. No se discute acerca del carácter disuasivo de la norma penal que, bien se ha dicho, no está demostrado ni es siquiera demostrable; pero más allá de eso, con este capítulo se logra una de las finalidades que un derecho penal garante de los intereses de las mayorías debe alcanzar, la de que los bienes jurídicos que se protejan a través de un ordenamiento penal tienen que ser aquellos que de cara a la colectividad merezcan la protección penal, para que no sólo a través de esa tipificación sino, y sobre todo, de la efectiva aplicación se sancione a quienes vulneren dichos intereses.

Respecto de los actos directamente relacionados con el desarrollo del conflicto, y que no están proscritos por el DIH, como las lesiones personales y los homicidios cometidos en combate, se debe anotar que dentro

---

51 RAMELLI ARTEAGA. "Aproximación crítica al nuevo Código Penal en materia de derecho internacional humanitario", en *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 2001, pp. 337 y 338.

de las normas del anterior Código Penal, de 1980, esta posición estaba incluida en tanto el artículo 127 señalaba: "Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a la pena por los hechos punibles cometidos en combate siempre que no constituyan actos de ferocidad y barbarie o terrorismo"; pero este artículo fue declarado inexequible mediante la sentencia C-456 de 1997, por la Corte Constitucional, con el argumento de que dicha norma consagraba una amnistía general, anticipada e intemporal de los delitos cometidos en combate, yendo así en contra de lo preceptuado en la Constitución Política, artículo 150.17, que establece que tal beneficio sólo se puede otorgar con posterioridad y por una mayoría cualificada de las dos cámaras. Este tratamiento desconoce que los actos no prohibidos por el DIH que cometen los rebeldes merecen un trato diferencial, en tanto violencia política.

A partir de la entrada en vigencia del Código Penal, el 24 de julio de 2001, son responsables de los comportamientos allí descritos quienes los realicen, pero hacia atrás dichos comportamientos no podrán juzgarse. En relación con el reclutamiento ilícito, el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 tipificaba el reclutamiento de niñas y niños en grupos guerrilleros o paramilitares: "Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quien con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años". En su parágrafo se condicionan los beneficios jurídicos a la no incorporación de jóvenes a los grupos armados. En virtud de esta disposición se podría establecer la responsabilidad penal de aquellos que a partir de la entrada en vigencia de dicha ley hayan realizado el comportamiento allí descrito, y siendo judiacializados, en este momento podrían acogerse a dicho paratipo penal, en tanto es más benigno en comparación con el artículo 162 del C. P. actual, que dobla la pena en su mínimo y máximo.

En relación con las infracciones sexuales en persona protegida, se deberán investigar y juzgar los delitos sexuales cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Penal, en tanto si bien dichos tipos penales no tenían la especificidad ni la correspondiente consecuencia punitiva que refleje su gravedad, porque no se cualificaban por realizarse con ocasión y en desarrollo del conflicto armado sobre persona protegida, eran comportamientos ya sancionados por el estatuto penal de 1980, en sus artículos 298 y 299: acceso carnal violento y acto sexual violento. En

relación con la prostitución forzada o esclavitud sexual, la norma a aplicar sería el artículo 309 del mismo código: constreñimiento a la prostitución.

En relación con las infracciones sexuales en persona protegida, se deberán investigar y juzgar los delitos sexuales cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Penal, y que si bien dichos tipos penales no tenían la especificidad ni la correspondiente consecuencia punitiva que refleje su gravedad, en tanto no se cualificaba por realizarse con ocasión y en desarrollo del conflicto armado sobre persona protegida, eran comportamientos ya sancionados por el estatuto penal de 1980, artículos 298 y 299: acceso carnal violento y acto sexual violento. En relación con la prostitución forzada o esclavitud sexual, la norma a aplicar sería el artículo 309 del mismo código: constreñimiento a la prostitución.

Al cometer contra niñas o niños cualquiera de los comportamientos proscritos en el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949, o en el Protocolo II de 1977, los actores involucrados en el conflicto armado interno infringen las normas del DIH, conductas que pueden constituir crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, de acuerdo a la forma como se realicen; en relación con éstos la Corte Penal Internacional sería la competente, en el ámbito internacional, pero en virtud de la reserva de siete años que realizó el Estado colombiano, acogiéndose a lo establecido en el artículo 124 del Estatuto, se ha aplazado el inicio de su aplicación, para los delitos de guerra, hasta el 1.° de noviembre de 2009.

Bibliografía

Acuña Vizcaya, Francisco. "Niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado", en *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción,* t. 2, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2006.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Informe de 2003, E/CN.4, 13 de febrero de 2003.

Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia. "Informe conflicto armado en Colombia. Fronteras: la infancia en el límite", febrero de 2007, consultado el 23 de octubre de 2008, en la página web de coalico: [www.child-soldiers.org/2007-02-03-Informe_Fronteras-COALICO.pdf].

Coalition to Stop the Use of Child Soldiers Organitation. [www.child-soldiers.org].

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. *Verificando el cumplimiento de los derechos. Primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional*, Bogotá, Ediciones Ántropos, 2008.

Comité Coordinador. "Informe alterno al Comité de Derechos del Niño", Bogotá, Diseño Gráfico, 2005.

Comité de los Derechos del Niño. "Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención", CRC/C/COL/CO/3, del 8 de junio de 2006.

Defensoría del Pueblo. "El conflicto armado en Colombia y los menores de edad", *Boletín*, n.º 2, Bogotá, 1996.

Defensoría del Pueblo. *Derechos humanos de la niñez en Colombia*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002.

Defensoría del Pueblo-unicef. "La niñez y sus derechos. Informe Defensorial: Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos", *Boletín*, n.º 9, noviembre de 2006, Bogotá, Defensoría del Pueblo-unicef.

Fundación Social. "Niñez: Los menores como víctimas", en *Vigía del Fuerte*, n.º 1, noviembre de 2000, publicación de la Fundación Social y unicef, Bogotá.

Human Rights Watch. *Aprenderás a no llorar: Niños combatientes en Colombia*, Bogotá, Editorial Gente Nueva, 2004.

Mariño Rojas, Cielo. "Desplazamiento forzado interno e infancia", en *Cátedra unesco: Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los derechos humanos*, Bogotá, Externado, 2007.

Mariño Rojas, Cielo. *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones acerca las políticas de desvinculación*, Bogotá, Externado, 2005.

Ramelli Arteaga, Alejandro. "Persona y bienes protegidos por el Derechos Internacional Humanitario", en *Lecciones de derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Externado, 2003.

Ramelli Arteaga, Alejandro. "Aproximación crítica al nuevo Código Penal en materia de derecho internacional humanitario", en *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 2001.

Sanín, Amalia. "dih, niñez y conflicto", en *Conflicto armado en Colombia: Plan de capacitación a servidores públicos del icbf*, Bogotá, 2002, memorias, sin publicar.

unicef. *De menor a ciudadano: implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe*, vol. 2, Bogotá, unicef, 2000.

unicef. "Informe no gubernamental", en *De menor a ciudadano. Implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe*, vol. 2, Bogotá, unicef, 2000.

unicef. "Situación de la infancia: niñez desplazada y víctima del conflicto", consultado en agosto de 2007 en la página web de unicef [www.unicef.org.co/08-desp.htm].

Watch List on Children and Armed Conflict. *Lograr hacerlo y hacerlo bien. Estudio global del mecanismo de supervisión y presentación de informes sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados*, 2008.

Anexos

I. Ruta de atención

La autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos, de acuerdo al artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

– Darán prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.

– Citarán a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, para que los asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informarán de inmediato a la Defensoría de Familia.

– Prestarán especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.

– Pondrán especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad e intimidad.

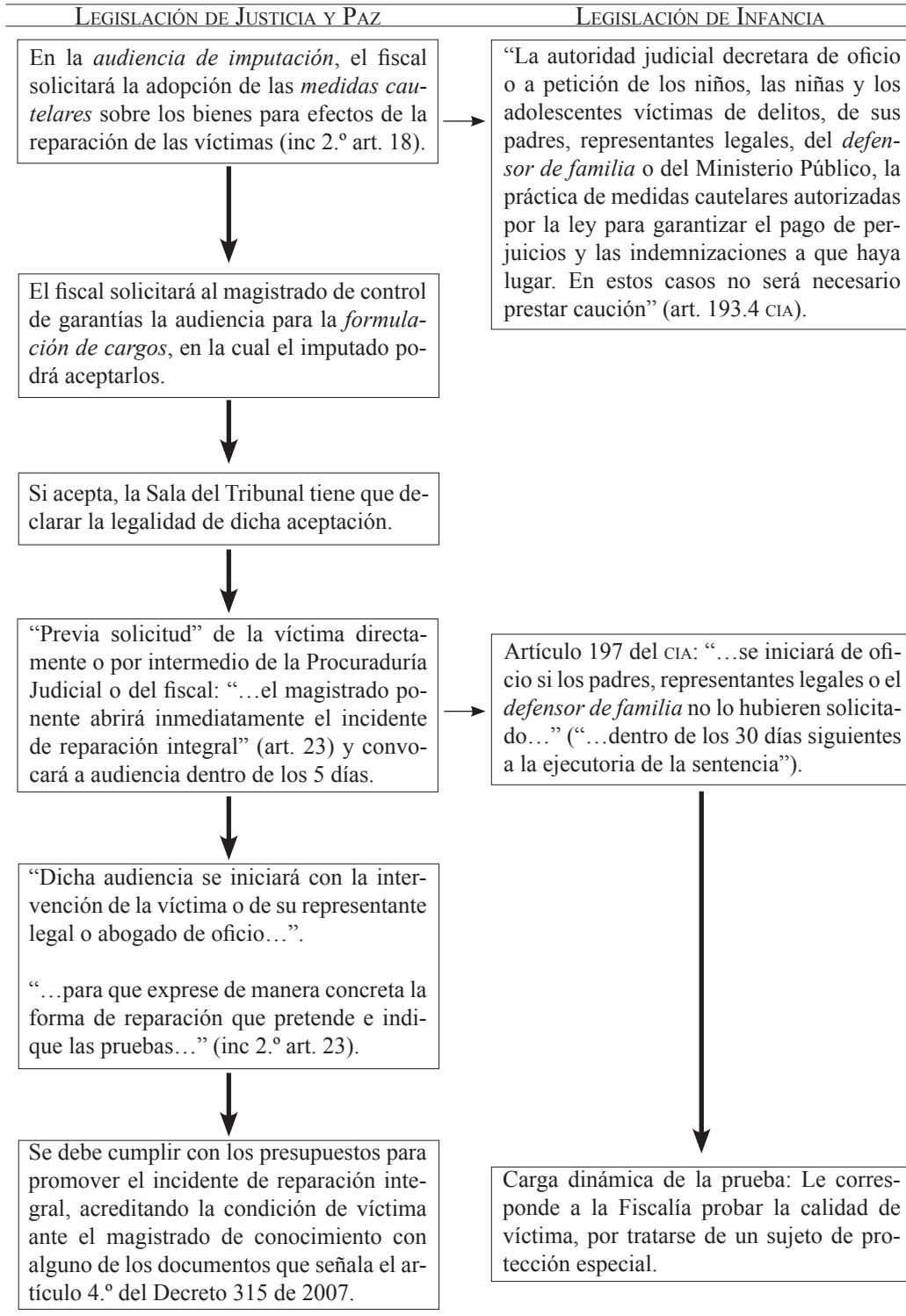
– El trato no debe revictimizar a las niñas y los niños, se debe evitar que se les generen nuevos daños con el desarrollo del proceso judicial de los responsables. Igualmente se deben evitar prácticas que los estigmaticen.

– Tendrán en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los *reconocimientos médicos* que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o, en su defecto, el defensor de familia o la Comisaría de Familia, y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa, se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe

o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.

– Ordenarán a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la *seguridad* de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.

Legislación de Justicia y Paz	Legislación de Infancia
Artículo 7.º Decreto 315 del 7 de febrero de 2007: "La *participación* y *representación* de los menores de edad víctimas del delito se realizará en lo pertinente de conformidad con lo dispuesto en el título II (del libro II) de la Ley 1098 de 2006".	
Artículo 11.6 Decreto 4760 de 2005. La Procuraduría Judicial para Justicia y Paz velará por que las autoridades competentes brinden atención adecuada a las necesidades especiales de las *niñas y los niños*, y por el reconocimiento de las víctimas de *infracciones sexuales*.	Para ello se tendrá que tener en cuenta que las niñas, niños y adolescentes son sujetos que cuentan con una *protección jurídica reforzada y prioritaria* establecida en el marco normativo nacional e internacional, desde el DIDH y el DIH, y en especial, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Constitución Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia, protección que se encuentra debidamente diferenciada frente a las tres infracciones.
Artículo 5.º Ley 975 de 2005, "…se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños…". Artículo 11 párr., Decreto 4760 de 2005. "Tendrán la calidad víctima aquellas del desplazamiento forzado ocasionado por las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados al margen de la ley".	Derechos especiales de las niñas, los niños y los adolescentes. En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del *interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral* y los derechos consagrados en los convenios internacionales ratificados por Colombia en la Constitución Política y en el artículo 192 CIA.
En la *versión libre* y en la confesión se "indicarán los bienes que se entregan para la reparación de la víctima".	


Legislación de Justicia y Paz
Legislación de Infancia
En la *audiencia de imputación*, el fiscal solicitará la adopción de las *medidas cautelares* sobre los bienes para efectos de la reparación de las víctimas (inc 2.º art. 18).
"La autoridad judicial decretara de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del *defensor de familia* o del Ministerio Público, la práctica de medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución" (art. 193.4 CIA).
El fiscal solicitará al magistrado de control de garantías la audiencia para la *formulación de cargos*, en la cual el imputado podrá aceptarlos.
Si acepta, la Sala del Tribunal tiene que declarar la legalidad de dicha aceptación.
"Previa solicitud" de la víctima directamente o por intermedio de la Procuraduría Judicial o del fiscal: "…el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral" (art. 23) y convocará a audiencia dentro de los 5 días.
Artículo 197 del CIA: "…se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el *defensor de familia* no lo hubieren solicitado…" ("…dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia").
"Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio…".
"…para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende e indique las pruebas…" (inc 2.º art. 23).
Se debe cumplir con los presupuestos para promover el incidente de reparación integral, acreditando la condición de víctima ante el magistrado de conocimiento con alguno de los documentos que señala el artículo 4.º del Decreto 315 de 2007.
Carga dinámica de la prueba: Le corresponde a la Fiscalía probar la calidad de víctima, por tratarse de un sujeto de protección especial.

A. Garantía de comunicación a las niñas y los niños víctimas

Legislación de Justicia y Paz	Legislación de Infancia
Artículo 37.5 Ley 975 de 2005: "Las víctimas tienen derecho a recibir, desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el CPP, información pertinente para la protección de sus intereses y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas". Sentencia 370 de 2006: "Las víctimas o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación".	Artículo 193.10 CIA: La autoridad judicial: "Informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre *la finalidad* de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos".
Artículo 11.3 Decreto 4760 de 2005: Las víctimas "tendrán derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir desde el primer contacto con las autoridades judiciales información pertinente para la protección de sus intereses…".	Artículo 195 CIA: "En los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente, el defensor de familia podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes".

La *garantía de comunicación*: El CPP, en su artículo 135, señala que los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que ésta intervenga. Opera desde que la víctima entra en contacto con las autoridades, quienes tienen el deber de informar a la víctima sobre sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación y las facultades y mecanismos para hacerlos efectivos. Corte Constitucional. Sentencia 454 de 2006, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Artículo 136 CPP: "*Derecho a recibir información*. A quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la policía judicial y la FGN le suministrarán información, entre otros aspectos, sobre:

– O rganizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo;

– El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir;

– El modo y las condiciones en que puede pedir protección;

– Los requisitos para acceder a una indemnización;

– El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral; y

– La sentencia del juez".

B. Participación de las víctimas en los procesos judiciales

Legislación de Justicia y Paz	Legislación de Infancia
Artículo 11 Decreto 4760 de 2005: "En virtud de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, estas podrán intervenir activamente en el proceso previsto en la Ley 975 de 2005 aportando pruebas, cooperando con las autoridades judiciales, conociendo y en su caso controvirtiendo las decisiones que se adopten dentro del mismo".	Artículo 196 CIA. "Los padres o el representante legal de los niños, niñas y adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de éste, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios".
Artículo 8.º Decreto 3391 de 2006: "Se garantizará la oportunidad de participación judicial de las víctimas desde el inicio de los procesos, con el fin de que hagan efectivos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Para tal fin la FGN emplazará públicamente a las víctimas indeterminadas".	
Artículo 1.º Decreto 315 de 2007: "Las víctimas tendrán derecho a acceder en forma personal y directa, o a través de un apoderado, a las diligencias de versión libre, formulación de imputación, formulación de cargos y demás etapas procesales".	Artículo 196 CIA. "Los niños y las niñas víctimas tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado(a) calificado que represente sus intereses aun sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo".
Artículo 11.5 Decreto 4760 de 2005. "Con ocasión de su participación en el proceso, las víctimas tendrán derecho a ser asistidas por un abogado de confianza, o en su defecto, por el Ministerio Público, sin perjuicio de que puedan intervenir directamente durante todo el proceso". Artículo 1.º Decreto 315 de 2007. La Fiscalía solicitará un defensor público en caso que se necesite.	

C. Seguridad

Legislación de Justicia y Paz	Legislación de Infancia
Artículo 37.2 Ley 975 de 2005. Las víctimas tendrán derecho a la protección de su intimidad y la garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuando quiera que resulten amenazadas. Artículo 38. Los funcionarios "a los que se refiere esta ley" adoptarán las medidas adecuadas y todas las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las *víctimas y testigos*... Para ello se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la *edad*, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando este entrañe *violencia sexual*, irrespeto a la igualdad de género o *violencia contra los niños y las niñas.*	Artículo 193 CIA. "La autoridad judicial: […] 9. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la *seguridad* de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias".
Artículo 39 Ley 975 de 2005: "Como excepción al carácter público de las audiencias de juzgamiento, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, a fin de proteger a las víctimas, los testigos, o a un acusado, podrá ordenar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada. Podrá ordenar la práctica de testimonios a través del *sistema de audio video* para permitir la contradicción y confrontación por las partes. "En particular, se aplicarán estas medidas respecto de víctimas de *agresión sexual o de niños, niñas y adolescentes* que sean víctimas o testigos".	Artículo 194. *Audiencia en los procesos penales*. En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de 18 años, *no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor*. Para el efecto se utilizará cualquier *medio tecnológico* y se verificará que el niño, la niña o el adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente, en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, la niña o el adolescente.
Artículo 11.2 Decreto 4760 de 2005: "La Fiscalía General de la Nación velará por la protección de la intimidad y seguridad de las víctimas…" (art. 15 Ley 975 de 2005). Artículo 12 Decreto 315 de 2007: "El fiscal deberá adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las *víctimas* y los *testigos*". Para ello debe tener en cuenta factores como la edad y el género, así como la índole de la infracción en particular cuando entrañen *violencia sexual* o violencia contra *menores de edad*.	
El Decreto 3570 de 2007, del 18 de septiembre, por medio del cual se crea el Programa de protección para víctimas y testigos de la Ley 975 de 2005, no contempla un componente específico para infancia.	

D. Mecanismos de protección
Papel de la Procuraduría General de la Nación y el ICBF

Legislación de Justicia y Paz	Legislación de Infancia
Artículo 37 Ley 975 de 2005: "Derechos de las víctimas: […] 8. Recibir asistencia integral para su recuperación".	Artículo 198 CIA. "*Programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos*. El Gobierno Nacional, departamental, distrital, y municipal, bajo la supervisión del ICBF diseñará y ejecutará programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes *víctimas de delitos*, que respondan a la protección integral, al tipo de delito, a su interés superior y a la prevalencia de sus derechos".
Artículo 11.6 Decreto 4760 de 2005: Para la participación de las víctimas en los procesos judiciales: "La Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz velará por que las autoridades competentes brinden atención adecuada a las necesidades especiales de las mujeres, niñas, niños, adolescentes [...] así como por el reconocimiento de las víctimas de las conductas punibles atentatorias contra la libertad, integridad y formación sexuales y adelantará las acciones para tales fines".	Artículo 193.2 CIA: La *autoridad judicial* "Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan [...] para que los asistan en la reclamación de sus derechos. "Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de *verificación de la garantía de derechos y restablecimiento* pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima *carezca definitiva o temporalmente de padres*, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito".
El artículo 3.º párrf. 3, Decreto 4760 de 2005, señala que los niños que se "encuentren entre el grupo armado organizado al margen de la ley" serán destinatarios de medidas para su recuperación física y psicológica y su reinserción social, a cargo del ICBF, acorde a la legislación previa que ya establecía esa competencia en relación con las niñas y niños desvinculados.	
El Ministerio Público es quien debe velar especialmente por los derechos de las víctimas, con sus delegados judiciales para la justicia y la paz, pero la Ley 975 de 2005 no señala una especialidad de estos delegados de acuerdo a las víctimas. En atención al interés superior del niño y a su protección especial, debería haber delegados judiciales especializados en infancia.	

E. Niñas y niños testigos

Artículo 150 CIA. Los niños podrán ser testigos. "Sus declaraciones solo las podrá tomar el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez". Sólo se formularán las preguntas que no sean contrarias a su interés superior. Igual se procederá ante Policía Judicial y Fiscalía en indagación e investigación.

Artículo 383 CPP. "Al menor de 12 años no se le recibirá juramento".

Artículo 193 CIA. La autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos: […] 12. "En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir *testimonio* deberá estar acompañado de *autoridad especializada* o por un *psicólogo*, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley".

"13. En las diligencias en que deba *intervenir* un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté *libre de presiones o intimidaciones*".

Artículo 194 CIA. "*Audiencia en los procesos penales*. En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de 18 años, *no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor*. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente".

II. Marco normativo internacional derechos de niños y niñas víctimas de infracciones al DIH

Instrumento	Artículos
Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Convenio IV). Adopción: 12-08-49 Vigencia del instrumento: 21-12-50 Ley de 5.ª de 1960 Ratificación: 8-11-60 Vigencia en Colombia: 8-08-62	En este Convenio existen normas que se refieren a las niñas y los niños: 14, 17, 23, 24, 38. 5, 50, 51, 68, 76, 89, 94 y 132, pero no se estableció explícitamente el principio en que se basan. Artículo 24. *Medidas especiales en favor de la infancia*. Las Partes en conflicto tomarán las oportunas medidas para que los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra no queden abandonados, y para que se les procuren, en todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación; ésta será confiada, si es posible, a personas de la misma tradición cultural. Las Partes en conflicto favorecerán la acogida de esos niños en país neutral mientras dure el conflicto, con el consentimiento de la Potencia protectora, si la hubiere, y si tienen garantías de que serán respetados los principios enunciados en el párrafo primero. Además, harán lo posible por tomar las oportunas medidas para que todos los niños menores de doce años puedan ser identificados, mediante una placa de identidad de la que sean portadores, o por cualquier otro medio.
Artículo 3.° Común a los Convenios de Ginebra.	*De los Convenios de Ginebra*. Conflictos no internacionales. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

Instrumento	Artículos
	1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.
Declaración sobre la Protección de la Mujer y del Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado 14-12-74	1. Se prohíben y serán condenados los ataques y bombardeos contra la población civil que causan sufrimientos indecibles particularmente a las mujeres y los niños, que constituyen el sector más vulnerable de la población. 2. Se consideran actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños, incluidos

Instrumento	Artículos
	la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos selectivos, la destrucción de viviendas, el despojo forzado que cometan los beligerantes en el curso de operaciones militares o en territorios ocupados. 3. Las mujeres y los niños que formen parte de la población civil y que se encuentren en situaciones de emergencia y en conflictos armados en la lucha por la paz, la libre determinación, la liberación nacional y la independencia, o que vivan en territorios ocupados, no serán privados de alojamiento, alimentos, asistencia médica ni de otros derechos inalienables. 4. Los Estados que participen en los conflictos, desplegarán todos los esfuerzos para evitar a las mujeres y niños los estragos de la guerra. Se tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la prohibición de actos como la persecución, tortura, tratos degradantes y violencia, especialmente contra las mujeres y niños".
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales –Protocolo I– Adopción: 8-06-77 Vigencia del instrumento: 7-12-78 Ley 11 de 1992 Ratificación: 1-09-93 Vigencia en Colombia: 1-03-94	Artículo 77. *Protección de los niños*: 1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón. 2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad. 3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los	Artículo 4.º: *Garantías fundamentales*. 1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

Instrumento	Artículos
Conflictos Armados sin carácter Internacional –Protocolo II– Adopción: 8-06-77 Vigencia del instrumento: 7-12-78 Ley 171 de 1994 Ratificación: 14-08-95 Vigencia en Colombia: 1-03-94	2. ...quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: [...] e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor. 3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos; b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas; c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades; d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c, han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados; e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar. Artículo 17. *Prohibición de los desplazamientos forzados*. 1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas […] 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.
La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas	Artículo 1.º: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resul-

Instrumento	Artículos
de Discriminación contra la Mujer Adoptada: 18-12-79 Vigencia del instrumento: 3-09-81 Firmado por Colombia: 17-07-80 Ley 51 del 2 de julio de 1981 Ratificación: 19-01-82 Vigencia en Colombia: 19-02-82	tado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Artículo 6.º: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.
Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada: 20-11-89 Vigencia del instrumento: 2-09-90 Ley 12 de 1991 Ratificación: 28-01-91 Vigencia para Colombia: 27-02-91	Artículo 3.º: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Artículo 38, numerales 1 a 4 Principios de la protección integral de las niñas y los niños en la guerra: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para niños. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de mayor edad. 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por el conflicto armado.

Instrumento	Artículos
	Artículo 39: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.
Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder 29 de noviembre de 1985 (RES/40/34)	Definición de víctima: "...las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder", o la de quien, bajo los mismos presupuestos, y sin llegar a constituir violaciones del derecho penal nacional, "violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos", en caso de las víctimas del abuso del poder. Establece que como víctimas deben recibir: – Un trato justo frente a la administración de justicia. – Resarcimiento, indemnización y asistencia.
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará" Adoptada: 9-07-94 Ley 248 del 29 de diciembre de 1995	Artículo 1.º: Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Artículo 2.º: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: [...] b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Instrumento	Artículos
	Artículo 7.º: Dentro de los deberes del Estado establece que se deben adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, para lo cual deberán además: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar medidas administrativas apropiadas que sean del caso [...] f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.
Principios Rectores de los Desplazamientos Internos E/CN./1998/53/ Add.2	Principio 3: Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción. Los desplazados internos tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de esas autoridades. No serán perseguidos ni castigados por formular esa solicitud. Principio 4: 1. Estos Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o convicciones, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, descendencia o cualquier otro criterio similar. 2. Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la

Instrumento	Artículos
	protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales. Los niños desplazados no serán alistados en ningún caso ni se les permitirá o pedirá que participen en las hostilidades.
Estatuto de la Corte Penal Internacional Adopción: 17-07-98 Vigencia del instrumento: 4-07-02 Ley 742 del 5 de junio de 2002 Ratificación: 5-08-02 Vigencia en Colombia: 1-11-02 –art. 124: 7 años, para delitos de guerra–	Artículo 7.º: *Crímenes de lesa humanidad*. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] d. Deportación o traslado forzado de población [...] g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; 2. A los efectos del párrafo 1: [...] d. Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; Artículo 8.º: *Crímenes de guerra* [...] 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: [...] c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: [...]

Instrumento	Artículos
	ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes; [...] e. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...] vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado [...] esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra; (vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades".
Declaración de Montevideo adoptada en la Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el uso de niños como soldados, de Uruguay, realizada del 5 al 8 de julio de 1999	Insta a todos los Estados de Latinoamérica y el Caribe a: "Incluir desde el principio en los procesos de paz la cuestión de la desmovilización, reintegración y reinserción social integrales de los menores de 18 años soldados [...] o. Adoptar programas de desmovilización y reintegración integral de los menores de 18 años soldados teniendo en cuenta la equidad de género e integrando de forma sistemática programas de prevención en los ámbitos comunitario y local, con el objetivo fundamental de lograr el desarme y lograr la reunificación familiar así como una plena reinserción social y en especial en el sistema educativo formal [...] q. Otorgar pronta y efectiva reparación integral a los menores de 18 años soldados". En el ámbito regional la Declaración de Montevideo adoptada en la Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el uso de niños como soldados señaló que son Perú y Colombia los dos países de la región que más reclutan niños, aun cuando el número de niños que participan en las fuerzas armadas de México y Paraguay es igualmente muy elevado. De la misma manera señaló la dificultad para la reintegración de los niños excombatientes a la sociedad en países en posconflicto como El Salvador, Nicaragua y Guatemala.

Instrumento	Artículos
	Esta Declaración señala que el uso de menores de 18 años por parte de cualquier fuerza o grupo armado nacional es, sin excepción, tanto en tiempos de paz como de guerra, contrario al espíritu de protección del niño promovida en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incluso cuando el niño quisiera alistarse voluntariamente; por eso considera prioritario la erradicación del reclutamiento obligatorio o voluntario de todo niño menor de 18 años y su participación tanto directa como indirectamente en cualquier conflicto armado nacional e internacional, así como en situaciones de violencia interna.
Resolución 1261 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre "Niñez y Conflicto Armado" 25-08-99	"El Consejo de Seguridad duramente condena la situación de la niñez en el conflicto armado, convertida en blanco del mismo, incluyendo asesinatos y mutilaciones, violencia sexual, secuestros y desplazamientos forzados y el uso de niños en el conflicto armado violando así, las normas internacionales, y atacando objetos protegidos por el derecho internacional humanitario, incluyendo lugares en los que usualmente existe presencia de niños tales como escuelas y hospitales, y hace un llamamiento a las partes concernientes a poner fin a tales prácticas". "La Resolución da un mensaje de urgencia a todas las partes del Sistema de Naciones Unidas, a intensificar sus esfuerzos con el fin de asegurar el final de reclutamiento y uso de niños combatientes. Urge igualmente a todas las partes combatientes, a tomar medidas para proteger a la niñez, especialmente a las niñas de la violación y otras formas de abuso sexual". "A raíz de la Resolución 1261, las Naciones Unidas proyectó en febrero de 2000 el despliegue de los Asesores para la Protección de la Niñez, Children Protection Adviser –CPA– en sus operaciones de fuerza de mantenimiento de la paz".
Resolución 1265 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 17-09-99	Propugna por que se incluyan en los acuerdos de paz y en los mandatos de las misiones de mantenimiento de la paz de la Naciones Unidas, medidas concretas de desarme, desmovilización y reintegración de los excombatientes, en especial de las niñas y los niños.
Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil Adopción: 17-06-99	En su artículo 3.a establece que la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca: "Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por

Instrumento	Artículos
Vigencia del instrumento: 19-11-00 Ley 704 de 2001	deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzado u obligatorio, incluido el reclutamiento obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados".
Los elementos de los crímenes U.N. DOC. PCNICC/2000/1/ ADD.2 (2000)	Instrumento complementario al Estatuto de Roma. *Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños*. Elementos. 1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya *utilizado* para *participar activamente* en las hostilidades. 2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años. 3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.
Recomendación sobre la Erradicación de Reclutamiento y la Participación de Niños en Conflictos Armados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de abril de 2000	Teniendo en cuenta la CIDN y la Declaración de Montevideo, dice: "Dejar sin efecto toda la legislación o directiva que permita la conscripción voluntaria y obligatoria de adolescentes bajo la edad mínima permitida por los instrumentos internacionales; tomar las medidas legislativas, judiciales o de otra índole para sancionar a los agentes estatales o personas civiles que ejecuten, autoricen o colaboren en el reclutamiento de menores o su utilización en los conflictos armados; *cooperar con los organismos internacionales en sus esfuerzos para procesar a quienes cometan ese crimen internacional*; establecer mecanismos de concientización y educación sobre la prohibición de la utilización de niños en actividades beligerantes y peligrosas, y sobre los efectos de esas prácticas en la vida de los niños; *establecer mecanismos para compensar a los niños de familias desplazadas y refugiadas*".
Principios de Ciudad del Cabo, para la prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas	"Child soldier" in this document is any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for

Instrumento	Artículos
armadas y desmovilización y reintegración social de los niños soldados en el Africa, de abril 1997	sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Adopción: 25-05-00 Vigencia del instrumento: 12-02-2002 Ley 833 del 10 de julio de 2003	Este Protocolo señala que "es necesario aumentar la *protección* de los niños con miras a evitar que participen en conflictos armados". En él se señala: "Los Estados Partes [...] Convencidos de que un protocolo facultativo de la Convención por el que se eleve la edad mínima para el posible reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades contribuirá eficazmente a la aplicación del principio de que el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que le conciernan". Artículo 1.º: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades". Artículo 2.º: "Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años". Sin embargo, frente al reclutamiento voluntario deja la posibilidad de que éste se haga por parte de adolescentes desde los 15 años en su artículo 3.1: "Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial". Artículo 4.º: "Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años"; el numeral señala la obligación del Estado que ratifica castigar su realización: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas; por último establece que la aplicación del presente artículo

Instrumento	Artículos
	"no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado".
Resolución 1314 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 11 de agosto de 2000	Estipula que las partes en los conflictos armados deben incluir en las negociaciones y en los acuerdos de paz, disposiciones a favor de las niñas y niños, en especial frente al desarme, la desmovilización y la reintegración de los desvinculados. Igualmente señala una especial protección con las niñas afectadas por el conflicto, entre ellas, las madres de familia, las huérfanas, las víctimas de explotación sexual y las utilizadas como combatientes.
Resolución 1379 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 20 de noviembre de 2001	Expresa la determinación de brindar a los niños en los conflictos armados la máxima atención. Resalta que es necesario desarrollar iniciativas regionales para prevenir el uso de las niñas y niños en la guerra, y así mismo propende por adoptar medidas para que las parte en conflicto cumplan con la obligación de proteger a la niñez en situaciones de conflicto armado. Igualmente señala que debe procesarse "a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes graves perpetrados contra los niños". De otra parte manifiesta la necesidad de que "en los procesos de verdad y reconciliación posteriores a los conflictos se aborden los abusos graves cometidos contra los niños". Se enfatizó en la responsabilidad de cada Estado para poner fin a la impunidad, y excluir los delitos de genocidio, lesa humanidad y de guerra, de la amnistía.
Resolución 1460 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 20 de enero de 2003	Invita a entrar en "una era de aplicación" de las normas y los principios internacionales relativos a la protección de los niño afectados por los conflictos armados. Exhorta a todas las partes a cerciorarse de que la protección, los derechos y el bienestar de los niños forman parte de los procesos de paz, los acuerdos de paz y las etapas de recuperación y reconstrucción después de los conflictos.
Resolución 1539 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 22 de abril de 2004	Reitera su condena enérgica al reclutamiento y la utilización de niños soldados por las partes en conflictos armados en contravención de las obligaciones internacionales que les son aplicables, al asesinato y la mutilación de niños, la violación y otros actos de violencia sexual cometidos principalmente contra las niñas, el secuestro y el desplazamiento forzado, la denegación a los niños de acceso a la ayuda humanitaria.

Instrumento	Artículos
Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 8 de febrero de 2005	Principio 19: "Deberes de los Estados en materia de administración de justicia: Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados juzgados y condenados debidamente [...] Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga interés legítimo en el proceso". Principio 31: "Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar: Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor".
Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.11	V.8. Definición de víctima. "…se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario". Derecho de la víctima a: a) El acceso a la justicia; b) La reparación del daño sufrido, que incluye la restitución, indemnización y rehabilitación. Se consideran igualmente, como formas de reparación, la satisfacción que incluye la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad, y las garantías de no repetición; c) El acceso a información fáctica sobre las violaciones.
Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 26 de julio de 2005	Recuerda la responsabilidad de los Estados de poner fin a la impunidad y de llevar ante las justicia a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes atroces perpetrados contra los niños.

Instrumento	Artículos
	Toma nota del plan de acción presentado por el Secretario General para el establecimiento de un mecanismo de supervisión y presentación de informes, y subraya que el mecanismo ha de reunir y proporcionar información oportuna, objetiva, precisa y fiable acerca del reclutamiento y la utilización de niños soldados. Solicita al Secretario General un informe sobre, entre otros aspectos, el cumplimiento por las parte del cumplimiento de poner fin al reclutamiento o la utilización de niños en conflictos armados.
Compromisos y Principios de París (2007)	En la conferencia, los 58 gobiernos suscribieron y se comprometieron a respetar los principios expresados en dos documentos: los "Compromisos de París", que enumeran una serie de principios legales y operativos necesarios para proteger a los niños contra su reclutamiento y utilización en conflictos armados (los compromisos sirven de complemento a los mecanismos legales y políticos existentes); y los "Principios de París", un documento más detallado que presenta una amplia serie de principios relativos a la protección de niños contra su reclutamiento y utilización en conflictos armados, su desvinculación y su reintegración a la vida civil con éxito. Los principios también abordan la necesidad de contar con estrategias de prevención a largo plazo para poner fin definitivamente a la participación de niños y niñas en los conflictos armados. Los Principios y directrices sobre los niños y niñas asociados con fuerzas armadas o grupos armados, Principios de París, de febrero de 2007, señalan que cuando se establecen mecanismos para la búsqueda de la verdad y la reconciliación, es preciso promover y apoyar la participación de los niños y las niñas, y proteger sus derechos a lo largo del proceso. Siempre que sea apropiado y posible, la participación debe ser voluntaria y con el libre consentimiento, con conocimiento de causa, del niño, la niña o su tutor. Es preciso permitir procedimientos especiales para evitar mayores situaciones de angustia (p. 8).

III. Marco normativo nacional

Instrumento	Artículos
Constitución Política de 1991	Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: 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.

Instrumento	Artículos
	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. Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral [...] Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer

Instrumento	Artículos
	el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.
Ley 418 del 26 de diciembre de 1997	Artículo 14: Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quien con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de 3 a 5 años.
Código Penal Ley 599 del 24 de julio de 2000 Capítulo Infracciones contra bienes y personas protegidos por el DIH	Libro II Título II: Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario: Artículo 138: *Acceso carnal violento en persona protegida*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez a dieciocho años y multa de quinientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 139: *Actos sexuales violentos en persona protegida*. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de 4 a 9 años y multa de cien a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 140: Circunstancias de agravación por el artículo 221: menor 12 y embarazo, entre otros. Artículo141: *Prostitución forzada o esclavitud sexual*. El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá en prisión de diez a dieciocho años y multa de quinientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículos 159: *Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de 10 a 20 años, multa de 1.000 a 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e

Instrumento	Artículos
	inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 10 a 20 años. Artículo 162. *Reclutamiento ilícito*. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de 18 años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de 6 a 15 años y en multa de 600 a 1.000 salarios mensuales vigentes. El desplazamiento forzado como infracción contra la autonomía personal: Artículo 180: *Desplazamiento forzado*. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de 6 a 12 años, multa de 600 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de 6 a 12 años. No se entenderá por desplazamiento forzado el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional. Las penas previstas en estos artículos se aumentarán en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo (art. 14 Ley 890 de 2004).
Ley 782 de diciembre de 2002	El artículo 8.º de esta ley prorroga y modifica el artículo 17 de la Ley 418: "El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar diseñará y ejecutará un programa especial de protección para la asistencia de todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en las hostilidades o *hayan sido víctimas de la violencia política en el marco del conflicto armado interno*. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestará *asistencia prioritaria* a los menores de edad que *hayan quedado sin familia* o cuya familia no se encuentren en condiciones de cuidarlos, en razón de los actos a que se refiere la presente ley. Hace explícito el reconocimiento de víctima, artículo 6.º: "Así mismo, se entiende por *víctima* de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.

Instrumento	Artículos
Decreto 128 de 2003	El artículo 22 establece que las niñas y niños desvinculados deben ser entregados "a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a su desvinculación" al ICBF. Igualmente señala que queda proscrita "cualquier forma de utilización de menores en actividades e inteligencia".
Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal	Artículo 4.º *Igualdad*. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actividad procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación. Capítulo: Víctimas, artículos 132 a 137.
Ley 975 del 25 de julio de 2005 Ley de Justicia y Paz	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. Artículo 10.º *Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva*: [...] 3. Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados. Artículo 64. *Entrega de menores*. 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 que se refiere la presente ley y la Ley 782 de 2000.
Decreto 4760 de 2005	Artículo 11: En virtud de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, estas podrán intervenir activamente en el proceso previsto en la Ley 975 de 2005 aportando pruebas, cooperando con las autoridades judiciales, conociendo y en su caso controvirtiendo las decisiones que se adopten dentro del mismo [...] 2. Le asigna a la Fiscalía General de la Nación la tarea de velar por la protección de la intimidad y seguridad de las víctimas [...]

Instrumento	Artículos
	3. Establece que las víctimas "tendrán derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir desde el primer contacto con las autoridades judiciales información pertinente para la protección de sus intereses…" [...] 6. Para la participación de las víctimas en los procesos judiciales : "La Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz velará por que las autoridades competentes brinden atención adecuada a las necesidades especiales de las mujeres, niñas, niños, adolescentes [...] así como por el reconocimiento de las víctimas de las conductas punibles atentatorias contra la libertad, integridad y formación sexuales y adelantará las acciones para tales fines. El parágrafo del artículo 11 establece que tendrán la calidad víctima aquellas del desplazamiento forzado ocasionado por las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados al margen de la ley.
Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006	Son derechos, según el artículo 20, numerales 7 y 11, la protección contra el reclutamiento y el desplazamiento forzado, al lado de la protección contra otras situaciones de vulneración de derechos en el conflicto armado interno como las minas antipersonales y la propia exposición al conflicto. Artículo 41. Corresponde al Estado, en cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental y municipal: [...] 6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derecho vulnerados. [...] 28. Protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual. [...] 30 Protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley.

Instrumento	Artículos
	Libro II título II, capítulo único: procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos. Artículo 192 a 200. Artículo 192. *Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos*. En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados Artículo 193. *Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes*. Artículo 198 CIA. *Programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos*. El Gobierno Nacional, departamental, distrital, y municipal, bajo la supervisión del ICBF diseñará y ejecutará programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes *víctimas de delitos*, que respondan a la protección integral, al tipo de delito, a su interés superior y a la prevalencia de sus derechos.
Decreto 3391 de 2006	Artículo 8.º: Se garantizará la oportunidad de participación judicial de las víctimas desde el inicio de los procesos, con el fin de que hagan efectivos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Para tal fin la FGN emplazará públicamente a víctimas indeterminadas.
Decreto 315, del 7 de febrero de 2007	Artículo 1.º: Las víctimas tendrán derecho a acceder en forma personal y directa, o a través de apoderado, a las diligencias de versión libre, formulación de imputación, formulación de cargos y demás etapas procesales. La Fiscalía solicitará un defensor público en caso que se necesite. Artículo 7.º establece que la participación y representación de las niñas y niños víctimas del delito se realizará en lo pertinente de conformidad con lo dispuesto en el Código de la Infancia y Adolescencia, en el Título que regula los procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos.

Instrumento	Artículos
Decreto 3570 del 18 de septiembre de 2007	Artículo 12, le señaló al fiscal, específicamente, el deber de adoptar las medida adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y las testigos. Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 de 2005. Si bien parte del art. 38 de la Ley 975 que establece que se deben tomar, "las medidas adecuadas y todas las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como, la de las demás partes del proceso", teniendo en cuenta los factores de edad, género, salud, la índole del delito, en particular cuando este entrañe violencia sexual, irrespeto a la inequidad de género o violencia contra niños y niñas, el programa no contempla un componente específico para infancia.

IV. Estado del arte 2003-2008
Sobre los trabajos bibliográficos en Colombia en relación con los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de desplazamiento forzado interno, reclutamiento ilícito y violencia sexual

Defensoría del Pueblo. *Promoción y monitoreo de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres víctimas de desplazamiento forzado, con énfasis en violencia intrafamiliar y sexual*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2008.

Reseña:
La Defensoría del Pueblo ha adelantado el proyecto de promoción y monitoreo de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres víctimas de desplazamiento forzado, con énfasis en violencia intrafamiliar y sexual, para superar el vacío de política pública a nivel interinstitucional "en donde no existen programas y proyectos destinados a intervenir específicamente las necesidades de mujeres, niños y niñas en condiciones de desplazamiento, en materia de ejercicio y restitución de sus derechos sexuales y reproductivos". El proyecto se llevó a cabo en el año 2007 en Cali, Medellín, Cúcuta y Pasto.

El documento muestra la relación entre desplazamiento y derechos sexuales y reproductivos; los hallazgos frente a los procesos de formación, coordinación interinstitucional y levantamiento de procesos de atención; el conocimiento en derechos sexuales y las barreras para su ejercicio.

El desplazamiento forzado interno tiene un impacto diferencial de acuerdo con la edad, sexo, capacidad, identidad cultural, pertenencia étnica, pensamiento, credo, filiación política, condición social y económica; se señala que las principales víctimas son las niñas y los niños, las mujeres, los pueblos indígenas, las y los campesinos y afrodescendientes.

Una vez en situación de desplazamiento no se encuentra un enfoque diferenciado, como ha sostenido en repetidas ocasiones la Corte Constitucional.

Observatorio de infancia un-iepri-codhes-plan. *Desde la escuela: caminando juntos. Herramientas de trabajo pedagógico con niñas, niños y adolescentes víctimas del desplazamiento forzado*, Bogotá, Observatorio de infancia un-iepri-codhes-plan, 2008.

Reseña:
La cartilla se dirige a profesores y profesoras que tienen que enseñar en zonas de conflicto armado interno, cuyos alumnos y alumnas han sufrido los efectos de la guerra. El texto aborda la propuesta pedagógica desde la multiculturalidad, la igualdad y la diferencia, y brinda elementos para la no discriminación, el apoyo psicosocial, en tanto se vive en situaciones que han podido vulnerar la vida, la dignidad o los derechos de los demás, que generan sentimientos de miedo, impotencia, desesperanza, venganza, desinterés ante la vida, entre otros. Por último, y se brindan elementos para diseñar proyectos de aula de forma conjunta entre docentes.

Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz,* Bogotá, Opciones Gráficas Editores, 2008.

Reseña:
El balance que presenta la Comisión Colombiana de Juristas, acerca de la Ley de Justicia y Paz, permite ver que no se ha dado un tratamiento acorde a la gravedad de los hechos que se les imputan a los paramilitares; éstos han podido seguir delinquiendo, incumpliendo con ello el compromiso del cese de hostilidades. Ha habido un desconocimiento de la calidad y

dignidad de las víctimas y de sus derechos; ellas y los defensores de derechos humanos no han tenido garantías.

En el documento se presenta un seguimiento de las diferentes partes del proceso evidenciando los errores y debilidades que se presentan. El Estado no ha aplicado las recomendaciones sobre restitución de tierras a las víctimas de desplazamiento forzado interno. En relación con la entrega de niñas y niños que estaban en sus filas, se hace especial énfasis en su incumplimiento. De igual manera, frente a la violencia sexual los paramilitares no han contribuido a esclarecer estos delitos.

De otra parte se reconoce la labor cumplida por entidades como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y la Corte Suprema de Justicia frente a las víctimas.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. *Verificando el cumplimiento de los derechos: primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional*, Bogotá, Ediciones Ántropos, 2008.

Reseña:
La Corte Constitucional solicitó, a través del Auto 109 de mayo de 2007, a la Comisión de Seguimiento, realizar una evaluación de las respuestas del Gobierno en relación con la sentencia T-025 de 2004 y con los diferentes autos expedidos desde 2005.

Se busca una verificación del goce efectivo de los derechos tutelados de la población en situación de desplazamiento. En este proceso la participación de la sociedad civil es significativa.

En la evaluación hecha por la Corte Constitucional, en el año 2006, se señaló que las debilidades de la política estaban en la provisión de soluciones duraderas y el "acceso a los servicios sociales básicos".

La Comisión de Seguimiento busca realizar un seguimiento de diferentes políticas destinadas a las personas desplazadas, pero en este primer informe se centra en las obligaciones que se derivan de la sentencia T-025.

La Comisión constata, a través de la magnitud del fenómeno del desplazamiento, las dimensiones del conflicto armado interno que vive el país, "advierte sobre la profundidad de la crisis humanitaria" y expresa la crisis del sentido de nación, en la medida en que el desarraigo afecta a un porcentaje cercano al 10% de la población, "desafiando la capacidad del Estado para restituir sus derechos y los de la sociedad en su conjunto para desarrollar un sentido de responsabilidad colectiva para asumir las secuelas de un conflicto irregular de larga duración".

Fundación Plan. *Creciendo en derechos. Las políticas públicas para la niñez desplazada… un desafío*, Bogotá, Ediciones Ántropos, 2008.

Reseña:
El Plan, como organización promotora de los derechos de la infancia, elaboró indicadores sobre la base de la batería realizada conjuntamente con el Observatorio de Derechos de Infancia y con la cooperación de la Embajada Británica que pretenden medir el goce efectivo de derechos de la infancia en esta situación, "entendiendo por goce efectivo el reconocimiento de las garantías constitucionales para la realización efectiva de los derechos".

El trabajo es fruto de las consideraciones de la Corte Constitucional, en la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento 109 y 233 de 2007.

Fundación Plan. *Cuenta que cuenta, mira que mira, oye que oye*, Bogotá, Fundación Plan, 2008.

Reseña:
Es un libro de cuentos escrito por niños y niñas en situación de desplazamiento, fruto de la convocatoria del concurso de cuento: "Mira que te mira, oye que te oye, cuenta que te cuenta. Cuéntame ¿quién eres... de dónde vienes... cuál es tu sueño?", que reunió a un grupo de niñas y niños en Tumaco, Sincelejo, Cartagena y Quibdó, para que a través de la literatura se expresaran y compartieran sus experiencia con otras niñas, niños y adultos.

Watch List on Children and Armed Conflict. *Lograr hacerlo y hacerlo bien: estudio global*, New York, wcac, 2008.

Reseña:
En julio de 2005, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1612 y solicitó al Secretario General que estableciera un mecanismo para supervisar y presentar informes sobre las violaciones a los derechos de las niñas y los niños en situaciones de conflictos armados. Para implementar el Monitoring and Reporting Mechanism –mrm–, Watch List realizó un estudio global y cuatro específicos. Este es el estudio global, que recoge las experiencias exitosas implementadas desde 2005, como también los obstáculos presentados; se centra en: los procesos positivos y las dificultades para comprometer e involucrar a las ong en la implementación del mrm; la manera de mantener la seguridad y los derechos de los encuestados y recolectores de la información; la manera como los actores participaron en la supervisión y presentación de informes de redes y recursos para recolectar y verificar la información e identificar la manera como los quipos especiales utilizan la información para generar respuestas adecuadas y oportunas.

Watch List on Children and Armed Conflict. *Lograr hacerlo y hacerlo bien: actividades de fortalecimiento, supervisión y presentación de informes sobre las violaciones de los derechos de los niños en Colombia*, New York, wcac, 2008.

Reseña:
En el año 2005 el proceso de monitoreo se propuso supervisar 6 violaciones graves a los derechos de niñas y niños, entre ellas: el reclutamiento o la utilización de niñas y niños soldados, y la violación y otros actos graves de violencia sexual contra las niñas y niños.

Dentro del proceso de implementación de la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Watch List realizó un estudio global y cuatro informes específicos por país acerca de la supervisión y presentación en Colombia, República Democrática del Congo, Sri Lanka y Uganda.

Desde la adopción del mecanismo, en Colombia varias ONG, incluida COALICO, han promovido la mejora de la supervisión y presentación de informes. UNICEF convocó a un grupo de organismos sobre supervisión de informes, grupo que ha ampliado la lista de violaciones graves a violaciones adicionales, teniendo en cuenta el contexto específico y las manifestaciones de violencia contra niñas y niños del país.

(Nota: El 12 de febrero de 2008 el Gobierno colombiano expresó su aceptación del mecanismo de monitoreo e informes establecido en la Resolución 1612 de 2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

CIELO MARIÑO ROJAS. "Desplazamiento forzado interno e infancia", en *Cátedra UNESCO: Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia un desafío a los derechos humanos,* Bogotá, Externado, 2007.

Reseña:
La situación de la infancia en la guerra atraviesa diversos momentos, respecto de los cuales se puede determinar un proceso de victimización en relación con todos sus derechos. El trabajo aborda dicho proceso desde los derechos económicos, sociales y culturales –DESC–. El primer momento, antes del desplazamiento, victimización primaria, hace relación a la forma que revisten las políticas sociales y económicas frente a las niñas y niños. Un segundo momento determina otra forma de victimización, la secundaria, como parte de la población civil víctima del desplazamiento. En un último momento, en relación con las niñas y los niños en situación de desplazamiento, se analiza si las políticas públicas que se diseñan e implementan restituyen efectivamente sus derechos económicos y sociales. Determinar si las políticas públicas frente a la infancia desplazada, sus normas y prácticas hacen efectivos sus derechos, permite la proyección de políticas que se ajusten a la protección integral debida a esta infancia vulnerada.

Defensoría del Pueblo-Profamilia. *Módulo de la a a la z en derechos sexuales y reproductivos: para funcionarios y funcionarias con énfasis en violencia intrafamiliar y violencia sexual,* Bogotá, Defensoría del Pueblo-Profamilia, 2007.

Reseña:
Los conflictos armados exponen a miles de personas a situaciones de violencia y, al quedar excluidas de la protección y asistencia humanitaria, el desplazamiento se presenta como la única posibilidad de supervivencia.

El respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos son "condiciones esenciales para el ejercicio y disfrute de los derechos de las mujeres como base de su verdadera ciudadanía, que no alude únicamente a tomar decisiones en el ámbito público, sino que se refiere a tener un verdadero dominio sobre su propio cuerpo de manera que sea autónoma en el ejercicio de la sexualidad y en lo relacionado con la reproducción". El libro aborda las principales clases de violencia sexual, entre las que se encuentra la producida en el contexto del conflicto armado interno, donde las mujeres y las niñas y niños se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad.

Fundación Plan. *Cuando el territorio no es el mismo: estudio comparativo de los impactos psicosociales y culturales del desplazamiento forzado en asentamientos de Quibdó, Tumaco y Cartagena,* Bogotá, Nuevas Ediciones, 2007.

Reseña:
El libro muestra los impactos que sobre la población en situación de desplazamiento se dan por los cambios de lo rural a lo urbano, de lo tradicional a lo moderno, y cómo ello incide en las condiciones de vida, en la familia y en lo público. Se analizan los impactos que el desplazamiento ejerce sobre las mujeres, en su cuerpo, en los roles familiares y sociales, su inserción en la vida económica y en redes y grupos sociales. Igualmente estudia los efectos sobre los hombres, quienes tiene que redefinir su masculinidad y sus roles sociales y familiares.

Los impactos en los y las jóvenes y en las niñas y los niños se centran en los procesos de socialización en el ámbito familiar y social y en la participación y organización.

Defensoría del Pueblo-Profamilia. *Guía para la formación en derechos sexuales y reproductivos: para población en situación de desplazamiento con énfasis en violencia intrafamiliar y violencia sexual,* Bogotá, Defensoría del Pueblo-Profamilia, 2007.

Reseña:
La situación de desplazamiento impacta particularmente a las niñas y a las mujeres, ya que son víctimas de violencia sexual, vulneraciones que no se documentan y no llegan a conocimiento de la autoridad competente para su investigación. Según la Encuesta de Demografía y Salud de 2005, entre el 9 y el 25% de las mujeres desplazadas han sido víctimas de violación, igualmente se dan casos de embarazo forzado, aborto forzado y contagio de ITS, incluido el sida. Al lado de esto, la violencia intrafamiliar y sexual aumentan como consecuencia del desplazamiento.

Profamilia, en una investigación previa realizada, evidenció la "ausencia de políticas públicas que promuevan el conocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos entre la población en situación de desplazamiento", y en tanto se evidencia igualmente la falta de reconocimiento de tales derechos entre la población en situación de desplazamiento, la guía constituye un aporte en el proceso de sensibilización y capacitación en la materia.

Fernando Jiovani Arias, Carolina Morales Arias y César Junca Rodríguez. *Cuadernos para conversar 1: una aproximación al conflicto armado desde la perspectiva psicosocial*, Bogotá, Identidad Desarrollo Publicitario, 2007.

Reseña:
Cuadernos para Conversar está constituida por una serie de publicaciones que busca constituirse en guía para la reflexión y la acción en torno al

acompañamiento psicosocial a niños, niñas y jóvenes en situación de desplazamiento desde una perspectiva de derechos humanos. Ofrece elementos para el trabajo que tienda al bienestar emocional de las niñas, los niños y sus familias, víctimas del conflicto armado interno, al igual que de las comunidades a las que pertenecen. Da elementos para ejercicios participativos de reconstrucción de relaciones sociales democráticas, partiendo de un trabajo para la superación de los efectos emocionales que ha dejado la guerra en la vida de los que participan en dichos ejercicios sicosociales.

Hace parte de una publicación seriada realizada por Fundación Plan y Fundación Dos Mundos. De ella hacen parte también: *Cuaderno 2: El Rol del gestor social en el acompañamiento psicosocial*, *Cuaderno 3: Conversar para cambiar*, y *Cuaderno 4: El entorno comunitario.*

Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia. "informe conflicto armado en Colombia. Fronteras: la infancia en el límite", en la página web de coalico: [www.child-soldiers.org/2007-02-23-Informe_Fronteras-COALICO.pdf], 2007.

Reseña:
Los efectos del conflicto armado que vive Colombia traspasan las fronteras con Ecuador y Venezuela. Los niños, niñas y jóvenes han sido víctimas en los tres países por las consecuencias de la lucha armada insurgente y contrainsurgente, y el ejercicio de sus derechos a la educación, de acceso a la salud, a la seguridad alimentaria, a crecer en una familia que los proteja y acompañe, y a crear un proyecto de vida en paz y armonía con sus comunidades, se ha visto interrumpido.

El informe advierte sobre las variadas y crecientes formas de reclutamiento y vinculación que se están desarrollando en zonas de frontera por los grupos armados que operan en la región; y llama la atención sobre otros tipos de explotación asociadas a zonas de conflicto, como la prostitución y el trabajo infantil en actividades clandestinas.

Defensoría del Pueblo-unicef. *Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2006.

Reseña:
Los derechos de la niñez colombiana se ven seriamente afectados por el conflicto armado interno. Sumado a las precarias condiciones económicas el conflicto agudiza la situación de vulnerabilidad de esos derechos. Dentro de este marco el reclutamiento es utilizado de manera recurrente como estrategia de guerra y como forma de sometimiento de la población civil. En ese contexto es necesario dar aplicación a los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, frente a los que se desvinculan; esto es, con base en el principio de corresponsabilidad, y con una perspectiva de derechos y de equidad de género, teniendo en cuenta el interés superior del niño y la prevalencia de derecho "podría transformarse tanto el enfoque de abordaje como la intervención misma de la problemática del reclutamiento ilícito".

Con base en estas premisas, el documento contiene el análisis de los principales hallazgos de la investigación adelantada con niñas y niños atendidos en el Programa de atención de niños, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados irregulares, del icbf, durante los meses de agosto y septiembre de 2005, complementada por las experiencias de los operadores del programa.

El informe de investigación se presenta por capítulos que contienen las líneas de derechos sobre las cuales se centró el estudio, antes, durante y una vez atendidos en el programa: el derecho a la vida y la integridad personal; el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella; el derecho a la educación; los derechos sexuales y reproductivos. Por último, y en relación con el momento de la desvinculación y el ingreso al programa, se analizan los componentes y características del derecho a la protección de esta infancia.

Defensoría del Pueblo-unicef. "Informe defensorial: caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos, *Boletín*, n.º 9, Serie: La niñez y sus derechos, Bogotá, Defensoría del Pueblo-unicef, 2006.

Reseña:
El Informe Defensorial presenta de manera sinóptica los principales resultados de la investigación "Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos" que realizó la Defensoría del Pueblo. Dentro de la caracterización hecha de las niñas y niños atendidos en el Programa de atención de niños, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados irregulares, del icbf, realizada de agosto a septiembre de 2005, se obtuvo que sobre una muestra de 329 atendidos: 223 son hombres y 106 mujeres; provienen en su mayoría de las farc (54,8%), las auc (22,3%) y el eln (15,1%); había escapado el 45,1%, había sido capturado el 35,5% y el 8,5% se había entregado; la mayoría quiere estudiar una vez egrese del programa (55,8%); casi una tercera parte considera que no obtuvo ningún beneficio por haber estado dentro de los diferentes grupos armados.

Francisco Acuña Vizcaya. "Niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado", en *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción,* t. 2, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2006.

Reseña:
La Procuraduría General de la Nación presenta, en 2 tomos, su seguimiento a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. En el segundo de ellos analiza la situación de las niñas, los niños y los adolescentes vinculados al conflicto armado, quienes, a pesar de la protección constitucional que los ampara, están expuestos, entre otras formas de vulneración de sus derechos, al conflicto armado interno. La Procuraduría General de la Nación hace el seguimiento de la política pública frente a la infancia vinculada al conflicto, partiendo de la calidad de víctima de esta

infancia y de la protección reforzada que en los conflictos tiene. Dicha protección la deriva del Protocolo Facultativo al artículo 38 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y de las resoluciones 1261 de 1999, 1314 y 1612 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo cual, señala, trae como consecuencias, por parte del Estado: i. Su responsabilidad por la utilización indirecta de los niños en el conflicto, ii. Su responsabilidad por la vinculación ilegal, y iii. Su deber de velar por que los niños, niñas y adolescentes desmovilizados sean atendidos de inmediato, se les restablezcan sus derechos vulnerados y sean revisados todos los demás derechos.

Procuraduría General de la Nación-unicef. *Lineamientos jurídicos y administrativos del estado colombiano para la atención a los niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto armado*, Bogotá, Editorial Gente Nueva, 2006.

Reseña:
La Procuraduría General de la Nación, partiendo de una descripción de la situación de la infancia en el conflicto armado interno y de la protección de la infancia desde el DIH, el DIDH y el marco normativo nacional, analiza los procedimientos y la atención para las niñas, niños y jóvenes desvinculados del conflicto. Para dicho análisis se tuvieron en cuenta iniciativas "para prevenir la violación a sus derechos y para restituirlos cuando éstos han sido vulnerados", y las conclusiones de los talleres regionales acerca de los procedimientos y la atención para esta población. A través de ellos se buscó sensibilizar y construir conjuntamente los lineamientos para la prevención y atención. También se tuvieron en cuenta las entrevistas con profesores y operadores del sistema y las mesas de trabajo con organismos de cooperación internacional, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales.

Cielo Mariño Rojas. *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones acerca las políticas de desvinculación,* Bogotá, Externado, 2005.

Reseña:
La investigación analiza el momento de la desvinculación del conflicto armado interno de las niñas y los niños que han sido reclutados ilícitamente, en relación con las dos políticas públicas que el Estado les ofrece: la política criminal y la política de protección. La investigación se propuso establecer si estas políticas se definen y aplican dentro de la protección integral, vale decir, si son constructoras de ciudadanía, o si, por el contrario, corresponden a una perspectiva limitadora de derechos.

Desde la política criminal, se abordó el *proceso* judicial que se les sigue, parte del subsistema de justicia penal juvenil, desde las definiciones normativas, hasta las prácticas de privación de libertad y, desde la política de protección se analizó la medida que se les aplica (sin una escisión clara entre la medida derivada del proceso penal, provisional o definitiva, y la derivada del administrativo de protección que igualmente se les sigue), para establecer si se garantizan los derechos de esta infancia al debido proceso y a la protección, a través de estas políticas.

Coalición contra la Vinculación de Niños, Niñas y Jóvenes al Conflicto Armado –coalico–. "Informe de derechos humanos de niños y niñas en el 2004", Bogotá, coalico, 2005.

Reseña:
La organización constató que durante el año 2004, en el marco de las acciones bélicas de los actores armados, las niñas y los niños se han visto seriamente afectados.

En relación con el delito de reclutamiento señala que para 2004, y a pesar de los compromisos internacionales de los grupos subversivos y del ofrecimiento de tregua por parte de los grupos paramilitares, la práctica no cesó, sino que al contrario aumentó durante 2004, en departamentos como Huila, Quindío, Cundinamarca y Chocó.

Señala igualmente que en 1997 se creó el delito de reclutamiento que castiga a miembros de grupos insurgentes y a paramilitares; sin embargo la figura no contempla como autores a los miembros de las fuerzas armadas y ha tenido una incidencia bastante débil. Cita el informe un oficio de la Fiscalía que solo da cuenta de seis investigaciones abiertas a abril de 2004, en todo el país.

Instituto Pensar Universidad Javeriana-Goethe-Institut. *Violencias Contra Jóvenes*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005.

Reseña:
Este libro reúne las ponencias presentadas en el evento acerca de violencia contra jóvenes realizado por el Instituto Pensar de la Universidad Javeriana y el Goethe-Institut, en el cual especialistas colombianos de diferentes disciplinas, debatieron aspectos teóricos y experiencias de intervención institucional sobre diferentes manifestaciones de lo que se denominó "violencias contra jóvenes". Uno de los acercamientos fue el de la desvinculación del conflicto armado interno que se analizó desde la oferta institucional del ICBF, la cual fue presentada por uno de los responsables del Programa de Atención, Rommel Rojas, con el trabajo "Programa de atención a niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares". Cielo Mariño Rojas realizó un análisis de los componentes del programa y de los resultados del mismo, en su ponencia "Políticas para la niñez desvinculada del conflicto: ¿restitución de derechos?".

Comité Coordinador: coalico, Colectivo José Alvear, Comisión Colombiana de Juristas, Humanidad Vigente. *Informe alterno al comité de derechos del niño*, Bogotá, Diseño Gráfico, 2005.

Reseña:
El Comité de los Derechos del Niño, en virtud de su mandato, vigila y monitorea las medidas puestas en práctica para cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención. Para ello cada Estado Parte entrega un informe sobre la situación de derechos de la infancia y de las medidas

puestas en marcha para garantizarlos. Al lado de ellas las organizaciones de la sociedad civil pueden participar con un informe paralelo.

Según el Informe Alterno al Comité de Derechos del Niño de 2005, se estima que entre el 48% y el 55% de los desplazados está constituido por niñas y niños, y verifica su crítica condición en materia de educación y salud y la necesidad de proyectos productivos para las familias, al igual que estima que los procedimientos para su atención no son rápidos ni oportunos.

En relación con el reclutamiento ilícito indica que son "miles de niños y niñas, poniendo a Colombia como el cuarto país del mundo en esta práctica". Por parte de las fuerzas armada señala la utilización de esta infancia en labores de inteligencia y la vinculación indirecta al conflicto a través de campañas cívico-militares.

María Cristina Torrado, Camilo Virguez Guáqueta y Ludivia Rosmary Serrato. *Serie papeles del observatorio, número 1, Niñez y conflicto armado: una mirada institucional al caso colombiano,* Bogotá, OIT/IPEC-un observatorio sobre infancia (Universidad Nacional de Colombia), 2004.

Reseña:
Con este número se da inicio a la serie "Papeles del Observatorio", a través de la cual se quiere dar a conocer trabajos académicos realizados por investigadores de la Universidad Nacional de Colombia, sobre política pública para infancia en Colombia. Con la publicación de los diferentes trabajos se quiere aportar en la discusión del diseño, elaboración y evaluación de política pública para la realización de los derechos de las niñas y los niños colombianos.

Human Rights Watch. *Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia*, Bogotá, Editorial Gente Nueva, 2004.

Reseña:
En el libro se señala que "al menos uno de cada cuatro combatientes irregulares de la guerra civil colombiana es menor de 18 años". La obra repre-

senta el primer informe general sobre las niñas y niños combatientes, su reclutamiento, su entrenamiento, las tareas que realizan. El grupo que más recluta es el de las FARC; el ELN y los paramilitares también "reclutan niñas a una escala importante". Los niños reportan que algunas de las unidades donde se encontraban estaban constituidas mayoritariamente por niñas y niños combatientes. La inseguridad de ciertos sectores urbanos, donde se cruza el fuego de la guerrilla y los paramilitares, hace que muchos niños decidan unirse a un grupo armado porque se sienten más seguros bajo su protección. "La mayoría tiene un concepto muy vago de lo que conlleva la vida de combatiente hasta que es demasiado tarde para echarse atrás". Los niños arriesgan su vida y participan en actos atroces, o son testigos de actos de barbarie. Adolescentes de 13 años manejan armas automáticas, granadas, morteros o explosivos.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO-ALDHU-USID-OIM. *Ruta jurídica para los pueblos indígenas*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2005.

Reseña:
La ruta propone un abordaje para la atención de las niñas y los niños indígenas, dentro de una visión que responde al pluralismo jurídico, articulando las normas nacionales con el derecho propio de los diferentes pueblos indígenas. Se busca un tratamiento de las niña o los niños acorde con un Estado pluriétnico y multicultural.

En tanto las dinámicas de guerra agreden de forma significativa a las niñas y niños indígenas, y las consecuencias de su vinculación puede traer situaciones desestructurantes de los pueblos indígenas, a través de la protección de esta infancia se está protegiendo la preservación de dichos pueblo, y se está cumpliendo con los cometidos de un Estado pluralista y participativo, sobre el respeto de la dignidad de las niñas y niños víctimas de violencia política.

UNICEF. *Guía sobre el protocolo facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados,* Bogotá, UNICEF, 2003.

Reseña:
El Protocolo Facultativo, según el mismo documento, es un "hito fundamental, que fortalece la protección legal de los niños y contribuye a prevenir su utilización en los conflictos armados". La Guía analiza las disposiciones clave, explica el proceso de ratificación y adhesión, y el de seguimiento e información, que genera el Protocolo Facultativo. Igualmente señala las medidas que se deben adoptar para la aplicación de dicho Protocolo.

El reclutamiento se puede dar por múltiples causas, pero se mencionan la pobreza y la escolaridad, que por el mismo conflicto se puede ver trastornada. A medida que el conflicto se prolonga y se degrada, es más probable que se recluten niñas y niños para reponer las filas de los grupos armados; esto se posibilita por la disponibilidad de armas ligera, pequeñas y de bajo costo.

ICBF-DEFENSORÍA DEL PUEBLO-OIM-SAVE THE CHILDREN. *Ruta jurídica y fundamentos normativos de los niños, niñas y jóvenes desvinculados del conflicto armado*, Bogotá, Nuevas Ediciones, 2003.

Reseña:
En esta ruta jurídica se interpreta la normatividad existente, en tanto ha sido dispersa y cambiante, para fijar una guía del procedimiento a seguir tanto judicial como administrativo. Bajo el criterio, como en la ruta se anota, de que "no son infractores a la ley penal ni menores en situación de peligro o abandono; son niños desvinculados del conflicto armado".

UN OBSERVATORIO SOBRE INFANCIA (UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA). *Niños, niñas y conflicto armado en Colombia. Una aproximación al estado del arte, 1990-2001*, Bogotá, Universidad Nacional (Prensa Moderna), 2002.

Reseña:
Este estado del arte presentado por la Asociación Convenio del Buen Trato, en el que participan las fundaciones Antonio Restrepo Barco y Rafael

Pombo, la Casa Editorial El Tiempo y UN Observatorio sobre Infancia de la Universidad Nacional de Colombia, se circunscribe a los documentos producidos por organismos del Estado, instituciones académicas y organizaciones no gubernamentales donde se aborda de manera directa el impacto del conflicto armado colombiano sobre los niños y las niñas, en la última década.

Aunque el libro está por fuera del periodo de recolección de trabajos bibliográficos, puede brindar una visión de lo que se realizó sobre el tema en la década precedente.

Más de 500 habitantes de Santa Rosa, sur del Bolívar, le exigieron al ELN no vincular a las niñas y niños al conflicto armado interno.

Los autores

Diego Andrés González Medina. Abogado. Investigador del departamento de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia y asesor jurídico externo del proyecto Apoyo al proceso colombiano de paz en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional– de la GTZ.

Jorge Fernando Perdomo Torres. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Realizó estudios de Maestría en Derecho Comparado y de Doctorado en Derecho en la Rheinisch Friedrich-Wilhems-Universität de Bonn Alemania bajo la dirección del Prof. Gunther Jakobs. Exbecario de la Agencia Española de Cooperación Internacional en la Universidad de Huelva-España, del Externado en el Seminario de Filosofía del Derecho de la mencionada universidad alemana, así como de la fundación Konrad Adenauer. Actualmente es becario del Servicio de Intercambio Académico Alemán –DAAD– para realizar estudios posdoctorales en la Goethe Universität de Frankfurt am Main, bajo la dirección del Prof. Ulfrid Neumann.

Ha sido invitado como conferenciante en diversas universidades y centros académicos en Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, Panamá, México y España (Universidades Pompeo Fabra de Barcelona, Carlos III de Madrid y de Sevilla). Es autor de varias obras individuales y artículos publicados en revistas nacionales e internacionales, entre ellas: "Garantenpflichten aus Vertrautheit", 2006 (publicada en la editorial alemana Duncker & Humblot); "La posición de garante en virtud de confianza legítima especial", 2008; "Los principios de legalidad y oportunidad", 2005; "La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión", 2001, entre otras.

Actualmente se desempeña como profesor de derecho penal en el Externado, como consultor de entidades públicas y privadas, y como abogado litigante.

Cielo Mariño Rojas. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho penal de la Universidad Nacional, criminóloga de la Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Bolonia, y con Maestría de la Universidad Autónoma de Barcelona en ciencia política y derecho público. Doctoranda de la misma Universidad. Realizó un curso de profundización sobre derechos humanos de tercera generación en la Universidad de Colonia, Alemania. Investigadora y docente de criminología del Externado.

En su produccción bibliográfica se encuentran artículos en revistas, capítulos de libro y libros sobre criminología y derechos de la infancia y adolescencia. Entre los más recientes se encuentran: "Desplazamiento forzado interno e infancia", en *Cátedra unesco: Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia, un desafío a los derechos humanos*; "La prisión dentro de las tendencias contemporáneas de política criminal", en *Proyecto de fortalecimiento institucional: derechos humanos y situación carcelaria*; y "Políticas para la niñez desvinculada del conflicto: ¿restitución de derechos?", en *Violencias contra jóvenes*. Acerca del reclutamiento ilícito, se publicó su libro *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones acerca las políticas de desvinculación*.

Dentro de los derechos de la infancia y la adolescencia, ha trabajado en el cambio e implementación del modelo jurídico y de pensamiento que implica el nuevo paradigma de la protección integral, especialmente desde el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Editado por Editorial Milla Ltda., en febrero de 2009

Se compuso en caracteres Times New Roman de 12 y 10 ptos. y se imprimió
sobre papel *Off set* de 70 gramos con un tiraje de 1.000 ejemplares

Bogotá, Colombia