

Sentencia C-203/05

INDULTO DE DESMOVILIZADO-Aplicación en condiciones distintas de condenados y no condenados

INDULTO DE DESMOVILIZADO-Prohibiciones

INDULTO DE MENOR DESMOVILIZADO-Certificación sobre pertenencia a grupos al margen de la ley

La disposición que se acusa en este proceso regula el tema de la prueba de la vinculación de menores de edad a grupos armados ilegales y de su voluntad de desmovilización, para efectos de permitir, en el curso del proceso judicial adelantado por el Juez de Menores o Promiscuo de Familia competente, la concesión a su favor del beneficio de indulto por delitos políticos. Esta verificación es importante a la luz del inciso segundo, que admite el indulto impropio. En efecto, puede suceder que un menor abandone el grupo y se presente a las autoridades con la voluntad de reincorporarse a la vida civil. Si no hay o no hubo proceso judicial en relación con él, alguien debe certificar que pertenece a una organización al margen de la ley que comete delitos políticos. Si lo hay, alguien debe certificar que dicho proceso judicial versa sobre delitos políticos, no sobre delitos respecto de los cuales está prohibido por la misma disposición indultar. También es necesario que se determine si el menor pertenece a una organización al margen de la ley que comete delitos políticos, no que se dedica a realizar delitos comunes.

MENOR INFRACTOR-Sometimiento a las medidas de carácter tutelar y resocializador

MENOR DE EDAD-Carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses

DERECHOS DEL NIÑO-Instrumentos internacionales que se refieren a su protección

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Alcance de su prevalencia

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Determinación en casos concretos

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR-Omisión constitucional/RESPONSABILIDAD PENAL DEL

MENOR-Admisibilidad

La Constitución Política no se refiere expresamente al tema de la responsabilidad penal de los menores de edad. Sin embargo, tanto el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, como la ley colombiana, la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, junto con la doctrina especializada en la materia, coinciden en una premisa básica: los menores de edad que han cometido conductas constitutivas de violaciones de la ley penal son responsables frente al Estado y frente a la sociedad por sus acciones, y dicha responsabilidad se ha de traducir en la adopción de medidas de tipo judicial y administrativo que sean apropiadas en su naturaleza, características y objetivos a la condición de los menores en tanto sujetos de especial protección, que se orienten a promover su interés superior y prevaleciente y el respeto pleno de sus derechos fundamentales, que no obedezcan a un enfoque punitivo sino a una aproximación protectora, educativa y resocializadora, y que sean compatibles con las múltiples garantías reforzadas de las que los menores de edad son titulares a todo nivel por motivo de su especial vulnerabilidad.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR-Aceptación por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Reglas para el juzgamiento de menores de edad

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Prohibición pena de muerte de menores de edad/CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Reglas de juzgamiento de menores

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Reglas de juzgamiento de menores/CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Privación de la libertad de menor

REGLAS DE BEIJING-Objeto/REGLAS DE BEIJING-Incorporación al bloque de constitucionalidad

REGLAS DE BEIJING-Principios de diferenciación y especificidad en el tratamiento jurídico penal de menores de edad

REGLAS DE BEIJING-Judicialización de menores como última alternativa

REGLAS DE BEIJING-Naturaleza residual de las medidas restrictivas o privativas de la libertad

REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD-Protección integral y promoción del interés superior del menor

CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-Procesamiento jurídico penal de los menores de edad

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-Importancia de sus interpretaciones

COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-Exclusión de menores de 18 años

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dispone en su artículo 26 que este tribunal internacional “no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”. Esta disposición no debe interpretarse como una regla general relativa a la proscripción de la responsabilidad penal de menores de edad a nivel internacional, sino simplemente como una delimitación de la competencia específica de la Corte Penal Internacional. Según demuestran los trabajos preparatorios de este Estatuto, la solución plasmada en el artículo 26 fue adoptada por los Estados con el propósito de evitar el riesgo de conflicto entre el Estatuto y las distintas jurisdicciones nacionales a propósito de la edad mínima de atribución de responsabilidad penal.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR-Derecho comparado/ RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR-Tratamiento jurídico procesal adecuado

Una revisión sumaria del derecho comparado en cuanto al tema que ocupa la atención de la Sala confirma la proposición básica que se ha venido estudiando, a saber, que los menores de edad sí pueden incurrir en responsabilidad penal, y que en consecuencia deben recibir un tratamiento jurídico-procesal adecuado a su condición de sujetos de especial protección, de conformidad con los principios de diferenciación y de especificidad (apartado 4.2.5.1.3) tanto del procedimiento como de las medidas a imponer. A nivel internacional existen profundas discrepancias en cuanto a ciertos asuntos puntuales relacionados con este tema, en particular en relación con la edad mínima a partir de la cual se puede entender que los niños

son susceptibles de responsabilidad penal; sin embargo, la existencia de tales discrepancias no obsta para que exista un consenso internacional respecto de la posibilidad misma de someter a personas menores de edad a procesos judiciales rodeados de las garantías mínimas mencionadas, la cual se materializa en cada ordenamiento jurídico particular dentro del rango de edad allí establecido. En efecto, si bien los distintos sistemas jurídicos del mundo difieren en cuanto a los límites superior e inferior dentro de los cuales se puede declarar la responsabilidad criminal de los menores de edad -lo cual, como se reseñó, fue un factor importante que tuvo en cuenta la Corte Europea de Derechos Humanos para decidir sobre los casos de V. vs. Reino Unido y T. vs. Reino Unido-, la gran mayoría de ellos coincide en que los menores de 18 años sí pueden ser considerados responsables de cometer infracciones penales, y en que tienen derecho a recibir un trato jurídico adecuado durante los procesos orientados a establecer su responsabilidad individual, de conformidad con los principios de diferenciación y especificidad.

DERECHO COMPARADO-Edad mínima a partir de la cual los menores pueden ser considerados penalmente responsables

DERECHO PENAL DEL MENOR Y DERECHO PENAL ORDINARIO- Aplicación en el Derecho Comparado

PROCESO PENAL CONTRA MENOR-Impugnación contra medida privativa de la libertad

PROCESO PENAL CONTRA MENOR-Particularidades

PROCESO PENAL CONTRA MENOR-Nombramiento de apoderado o defensor

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL-Institucionalización no constituye, per se, un atentado contra los derechos de los menores

PROCESO PENAL CONTRA MENOR-Pautas constitucionales e internacionales mínimas

En el procesamiento penal de menores de edad, se han de seguir en forma estricta las pautas constitucionales e internacionales mínimas que están consagradas en (i) el artículo 44 de la Carta Política, (ii) las Reglas de Beijing o "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores", (iii) en los casos excepcionales en que ello sea pertinente, por encontrarse el menor de edad privado de la libertad, las Reglas de las

Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño, (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y (vi) la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de parámetros de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por mandato expreso del artículo 44 Superior, de conformidad con el cual los niños son titulares de la totalidad de derechos consagrados en instrumentos internacionales a su favor. Dichos parámetros han de obrar, a la vez, como criterios obligatorios de interpretación de las normas infraconstitucionales vigentes en nuestro país.

RECLUTAMIENTO FORZADO DE MENORES-Características y razones subyacentes

CONFLICTO ARMADO-Situación de los menores de edad

MENOR EN CONFLICTO ARMADO-Ámbitos en los que son sujetos de especial protección

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Edad mínima para el reclutamiento en las fuerzas armadas

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y CONFLICTO ARMADO-Reintegración social y recuperación de las víctimas

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVOS A LA PARTICIPACION DE NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS-Edad mínima para el reclutamiento en las fuerzas armadas

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-Edad mínima para el reclutamiento en las fuerzas o grupos armados

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-Proscripción del reclutamiento de menores

MENOR EN CONFLICTO ARMADO INTERNO-Protección reforzada en el Derecho Internacional Humanitario

MENOR EN CONFLICTO ARMADO INTERNO-Protección como miembros de la población civil

CONVENIO 182 SOBRE PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL-Proscripción del reclutamiento

forzoso de menores

MENOR DESMOVILIZADO-Respuesta jurídico-institucional hacia una finalidad resocializadora, rehabilitadora, educativa y protectora

Para la Corte resulta claro que la respuesta jurídico-institucional al problema de la desmovilización de menores combatientes ha de estar orientada hacia una finalidad resocializadora, rehabilitadora, educativa y protectora. Esta conclusión se deriva de mandatos genéricos y específicos a nivel internacional y constitucional: (i) por una parte, es obligación del Estado promover el interés superior, la protección especial y los derechos fundamentales de estos menores, en su condición de víctimas particularmente vulnerables del conflicto armado y de un delito de guerra, y (ii) por otra parte, tanto el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño como su Protocolo Facultativo y las diversas disposiciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II obligan al Estado a adoptar programas destinados a resocializar, rehabilitar, educar y proteger a los menores que han sido afectados por el conflicto armado, para así fomentar la eventual reincorporación de dichos menores a la vida civil ordinaria en sus comunidades de origen.

MENOR DESMOVILIZADO-Procesamiento judicial por delitos cometidos en el curso del conflicto armado

No se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se de cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. Resulta incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas - y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales).

CONFLICTO ARMADO/RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR-Factores para su evaluación

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

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR COMBATIENTE-No exclusión por su condición de sujeto pasivo del delito de reclutamiento forzoso

La exclusión ab initio y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores combatientes no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el del reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas

conductas punibles desarrolladas por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados –los derechos de las víctimas- que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR COMBATIENTE-Derecho comparado

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DESMOVILIZADO-Cumplimiento de garantías mínimas constitucionales e internacionales/INDULTO DE MENORES-Significado, alcance y conductas amparadas

Los menores de edad que se desvinculan del conflicto armado sí pueden ser tratados jurídicamente, a pesar de su calidad de víctimas de la violencia política y del delito de reclutamiento forzado, como infractores de la ley penal en razón de las conductas punibles en que hubieren incurrido con ocasión del conflicto, siempre y cuando se de pleno cumplimiento, durante su investigación y juzgamiento, a las garantías mínimas constitucionales e internacionales reseñadas en la presente providencia y resumidas en el acápite subsiguiente. En esa medida, en tanto infractores de la ley penal, los menores en tales circunstancias sí pueden ser sometidos a un proceso judicial que respete los principios de diferenciación y especificidad, que propenda por el logro de una finalidad tutelar y resocializadora, que promueva el interés superior y prevaleciente de cada menor de edad implicado así como la naturaleza prevaleciente de sus derechos fundamentales, y dentro del cual posteriormente se pueda conceder el beneficio de indulto cuando a ello haya lugar. La significación de este indulto en cada caso individual, así como su alcance y las conductas que se ampararán bajo su órbita de aplicación, habrán de ser determinadas en atención a las características específicas de cada menor en particular, por parte de las autoridades competentes, y –se reitera- con pleno respeto de la totalidad de las garantías mínimas resumidas en el acápite siguiente. Dicho indulto no exonera al Estado de sus obligaciones respecto de los menores que se encuentren en los procesos de rehabilitación, reeducación y resocialización correspondientes.

Referencia: expediente D-5366

Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002

“Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”.

Demandante: Ricardo Madriñán Valderrama

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil cinco (2005).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-1 de la Constitución Política los ciudadanos Ricardo Madriñán Valderrama y Daniel Andrés Ordóñez Matiz, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2, del artículo 19 de la Ley 782 de 2002 “Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas disposiciones”.

Por auto de 26 de agosto del año en curso, el magistrado sustanciador admitió la demanda presentada, pero teniendo únicamente como ciudadano demandante al señor Ricardo Madriñán Valderrama, por cuanto el otro demandante omitió hacer presentación personal de su escrito ante autoridad competente, notario o juez de la República y, ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, se dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República, al señor Ministro del Interior y de Justicia y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para los fines pertinentes.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, publicada en el Diario Oficial No. 45.043 de 23 de diciembre de 2002. Se subraya lo acusado.

“LEY 782 DE 2002

(diciembre 23)

“Artículo 19. (Ley 782 de 2.002) El artículo 50 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 48 de 1999, quedará así:

Artículo 50: El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio del indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

Parágrafo 1°. El indulto no será concedido por hechos respecto de los cuales este beneficio se hubiere negado con anterioridad, salvo que el interesado aporte nuevos medios de prueba que modifiquen las circunstancias que fueron fundamento de la decisión.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994 en los términos que consagra esta ley.

Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional, a través de sus diversos organismos, creará los mecanismos necesarios para garantizar la vida e integridad de las personas que reciban los beneficios contemplados en este título.

Para estos efectos, ordenará la suscripción de pólizas de seguros de vida y diseñará planes de reubicación laboral y residencial, que serán aplicados en el interior del país y, cuando fuere necesario, adoptará las medidas establecidas en el título I de la segunda parte de la presente ley.

En forma excepcional el Gobierno Nacional a petición del grupo armado organizado al

margen de la ley que pretenda su desmovilización, o del reinsertado, colaborará, sin perjuicio de las demás garantías que resulten del proceso de negociación, para facilitar la obtención del derecho de asilo en los países que puedan garantizar su seguridad”.

III. LA DEMANDA

Ricardo Madriñan Valderrama acusa el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, por considerarla violatoria de los artículos 29 y 44 de la Constitución Política, 1, 2, 4 y 6, de la Ley 833 de 2003 “por medio de la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados”; 3 del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo; 6 de la Ley 782 de 2002; y, 162 del Código Penal Colombiano, por las razones que pasan a exponerse:

El parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, permite la judicialización de los menores de edad, y ordena a la autoridad judicial competente la remisión de documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, para que expida la correspondiente calificación, a pesar de que la misma ley califica como víctimas de la violencia política a los menores de edad que toman parte en las hostilidades del conflicto interno colombiano, desconociendo de paso el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, en virtud del cual se tipifica como delito el reclutamiento de menores de edad.

La disposición acusada es contraria al debido proceso que garantiza el artículo 29 de la Constitución, porque permite que se procese a las víctimas del delito de reclutamiento ilícito como infractores de la ley penal por la comisión del mismo delito del que son víctimas, sin que la ley ordene la investigación penal contra los reclutadores.

La judicialización de menores de edad vinculados al conflicto armado interno, desconoce la protección de los derechos fundamentales de los niños, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 de la Carta, porque al ser reclutados ilícitamente y sometidos a una de las peores formas de trabajo forzado, conforme a lo previsto por el artículo 182 de la OIT, deben ser clasificados como víctimas de la violencia y no como infractores de la ley penal. Ello representa la incapacidad del Estado para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los menores.

La competencia para adelantar los procesos de los menores de edad desvinculados del

conflicto armado, debe ser exclusiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de los defensores de familia, y no de la justicia de menores, por cuanto se trata de un proceso de reivindicación de los derechos constitucionales vulnerados del menor.

IV. INTERVENCIONES

1. Coadyuvancia de la demanda

Karin Irina Kuhfeldt Salazar, obrando como ciudadana colombiana en ejercicio, y en su condición de Defensora Delegada para asuntos Constitucionales y legales, intervino en el presente proceso, con el fin de coadyuvar la demanda. Los argumentos que sirven de fundamento a la solicitud de inconstitucionalidad de la ciudadana coadyuvante, se resumen así:

Inicia realizando una breve evolución normativa tanto nacional como internacional, en relación con la participación de los menores de edad en los conflictos armados y, para el efecto recuerda que las Naciones Unidas promovieron la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (noviembre 20 de 1989), a partir del cual nacen al mundo jurídico los niños y las niñas como sujetos de derechos que deben ser reconocidos integralmente, así, en el artículo 38 de la referida Convención se imponen a los Estados Partes, una serie de obligaciones en relación con la participación de los menores en los conflictos armados.

Recuerda la interviniente que el Estado Colombiano suscribió y ratificó esa Convención, mediante la Ley 12 de 1991, con una reserva en relación con la aplicación del artículo 38 citado, pues en dicha disposición se hace referencia a los menores de 15 años, y de conformidad con el derecho interno la mayoría de edad se establece a los 18 años. Paralelamente al trámite de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en la legislación nacional, se redactaba el Decreto-Ley 2737 de 1989, Código del Menor, en cuyo texto normativo, a pesar del conflicto armado existente en el país, no se incluyó como una medida de protección por parte del Estado, a los menores víctimas de violación de los derechos humanos a consecuencia del desplazamiento forzado, o la utilización o reclutamiento de menores de edad por parte de grupos al margen de la ley.

No obstante lo anterior, las Leyes 387 y 418 de 1997, 548 de 1999 y 782 de 2002, incluyeron dos nuevas situaciones irregulares o en las que pueden estar incursos los menores a la luz de

la Convención sobre Derechos del Niño, como son el desplazamiento forzado y la utilización y reclutamiento de menores por parte de grupos armados al margen de la ley. Así mismo, se creó en la Ley 478 mencionada, el tipo penal de reclutamiento ilícito, en virtud del cual se penaliza a los adultos pertenecientes a grupos armados que reclutaran o utilizaran personas menores de 18 años y los obligaran a participar en las hostilidades bien en forma directa o indirecta, artículo que fue textualmente reproducido en el artículo 162 del Código Penal (Ley 599 de 1999).

Luego de citar el 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, aprobado por Colombia, se refiere al nombramiento de un relator o secretario especial, adscrito a la Secretaría General de las Naciones Unidas “[c]uya tarea ha sido la de promover ante todos los gobiernos el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en Nueva York el 25 de mayo de 2000, documento que da alcance al artículo 38 de la Convención y eleva a 18 años la edad para reclutar personas a las fuerzas regulares e insta a los grupos armados al margen de la ley a no reclutar menores de 18 años”.

Dentro de ese contexto, la ciudadana interviniente considera que la disposición acusada vulnera el artículo 44 de la Constitución, así como los artículos 53 y 93, sobre el valor en el ámbito interno de los pactos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia, que integran lo que jurisprudencialmente se ha denominado bloque de constitucionalidad.

El argumento que aduce para sustentar su afirmación, parte del error conceptual que a su juicio consagra el artículo 50 de la Ley 418 de 1997, reproducido en el parágrafo 2, del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, en el sentido de que cuando se trata de menores de edad que se desvinculen en forma voluntaria de los grupos al margen de la ley, con reconocimiento político por parte del Gobierno, serán protegidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad que deberá remitir al juez de menores o de familia el acta de entrega, para que éste a su vez solicite directamente al Comité Operativo para la Dejación de las Armas (Coda), la certificación que acredita al menor como desvinculado, y sólo una vez se obtenga el certificado, el juez decretará la desvinculación del menor. Se confiere entonces, el mismo tratamiento inicial tanto al adulto como al menor, al concebirlos incurso en delitos de

naturaleza política, pues en ambos casos existía una judicialización, y sólo una vez verificada la situación del menor, éste accedía a los beneficios jurídicos consagrados en la ley.

En síntesis la interviniente, sostiene que el menor de edad que se desvincula del conflicto no es tratado como una víctima, pues su desvinculación jurídica depende de un certificado del CODA, y mientras tanto el menor permanece sub judice, cuando el deber del Estado es establecer un procedimiento que garantice la protección integral del menor, de suerte que se dé cumplimiento a la finalidad perseguida por el artículo 44 de la Carta Política. Con ello, se vulneran también los tratados internacionales que protegen al menor de edad combatiente, en los cuales se le reconoce su calidad de víctima del conflicto.

2. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Beatriz Londoño Soto, interviene en el presente proceso para solicitar la inexequibilidad de la norma acusada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Se refiere inicialmente a un concepto emitido por el Consejo de Estado, en el cual se otorga la condición de víctima de la violencia política, entre otros, a los menores de edad que toman parte en las hostilidades. Luego cita apartes de la exposición de motivos que antecedieron la expedición de la Ley 782 de 2002, para llegar al marco constitucional en el cual se enmarcan los derechos de los niños. Así, aduce que el artículo 44 de la Constitución, consagra la prevalencia de los niños sobre los derechos de los demás, lo cual ha sido sostenido reiteradamente por esta Corporación, y en ese sentido, expresa que esa prevalencia establece tácitamente una limitación al principio democrático de adopción de leyes, en el sentido de que el legislador al expedirlas, cuando las mismas tengan la potencialidad de afectar los derechos fundamentales de los niños, debe “[p]roceder con una cautela especialísima, en atención a la obligación positiva que la Constitución le impone al Estado, de asistir y proteger al niño en su desarrollo armónico e integral y en el ejercicio pleno de sus derechos”.

En ese orden de ideas, considera la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que el Estado debe adoptar una posición activa y no pasiva, orientada a la promoción y

efectiva realización de los derechos fundamentales de los niños. Por ello, el legislador debe actuar con suma cautela a fin de evitar que las normas legales que expide, puedan hacer nugatorio los derechos aludidos. Siendo ello así, recuerda, luego de citar jurisprudencia de esta Corporación, la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de brindar el cuidado y protección especial a los niños, a fin de ampararlos de cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral, pues se trata de una población vulnerable, frágil, en proceso de formación y, por lo tanto, merecedora de una atención especial.

La protección especial de los menores que participan en los conflictos armados, ha sido de especial preocupación internacional, razón por la cual se han expedido varios instrumentos internacionales que propenden por su amparo. Así, cita el Convenio IV de Ginebra de 1949, los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, en los cuales se estableció la prohibición de la participación de menores en las hostilidades, directa o indirectamente. Así mismo, cita el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y se refiere a las obligaciones de los Estados Partes contenidas en ese Instrumento Público de adoptar medidas para garantizar la protección de los menores con la finalidad de evitar su participación en los conflictos armados, o su reclutamiento forzado por parte de los grupos al margen de la ley. Se refiere también al Convenio 182 de la OIT, y al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, por medio del cual se impone a los Estados Partes, el compromiso de adoptar todas las medidas posibles para que ningún miembro de las Fuerzas Armadas menor de 18 años participe en hostilidades. Agrega que según el artículo 4 del Protocolo, los grupos al margen de la ley no deben bajo ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considera crimen de guerra reclutar niños menores de 15 años en las “[f]uerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

Descendiendo al ordenamiento interno, la directora de la entidad interviniente se refiere a las Leyes 418 de 1997 y 782 de 2002, para resaltar la especial protección que se otorga a los menores que en cualquier condición participen en el conflicto armado; la condición de víctimas que se les otorga; y, la tipificación como delito del reclutamiento de menores de edad para integrar grupos insurgentes o de autodefensa. Trae a colación también el Código de Procedimiento Penal, que en su artículo 162 sanciona con pena de prisión y multa, a quien con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de 18 años, o los obligue a

participar directa o indirectamente en las hostilidades.

En ese contexto, concluye la doctora Beatriz Londoño Soto, que no resulta congruente el articulado de la Ley 782 de 2002, y el espíritu de legislador, pues, por una parte, en el parágrafo 2 del artículo 19, de esa normatividad, judicializa al menor de edad al exigirle el cumplimiento de unos requisitos para obtener los beneficios allí consagrados; y, por otra, en el artículo 6, les otorga la condición de víctima de la violencia política. Añade que tampoco resulta congruente el precepto demandado con el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, que tipifica como delito el reclutamiento de menores, razones que imponen la declaratoria de inexecutable de la norma cuestionada, por violar flagrantemente los derechos fundamentales de los niños que consagra el artículo 44 de la Constitución Política.

3. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, actuando como apoderado de la entidad interviniente, solicita la declaratoria de exequibilidad del segmento normativo cuestionado, pues en su concepto el demandante parte de un error hermenéutico, al asignar a la norma un supuesto no previsto en ella. En efecto, considera que del cotejo literal del parágrafo demandado con el entorno legal del cual hace parte, se deduce que la mención a autoridades judiciales obedece a su participación en el proceso de abandono voluntario y a la necesidad de su concurso, a fin de determinar las conductas por las cuales son investigados quienes manifiesten su interés de acceder al beneficio del indulto.

Después de citar el artículo 2 del Decreto 1385, expresa que el beneficio aludido no procede contra conductas constitutivas de “[f]erocidad, barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio y homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”, como se desprende del contenido del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, de ahí que sea indispensable que en el proceso de dejación de armas, se verifique previamente a través de las respectivas autoridades judiciales, la inexistencia de requerimiento procesal por esos delitos. Por ello considera que “[n]inguna de las referencias legales enunciadas indica, como erradamente colige el actor, que la mención a autoridades judiciales se dirige al procesamiento de menores de 18 años que abandonen las filas de grupos armados al margen de la ley por el delito de reclutamiento ilícito”.

Para el apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia, desde otro plano conceptual tampoco le asiste razón al actor cuando afirma que los menores de edad a los que se refiere la ley acusada, no deben ser procesados judicialmente, pues el Código del Menor establece el procedimiento especial que deriva de la infracción penal por parte de menores de edad y, dentro de ese marco se investiga: si se infringió la ley, y si el menor es autor o participe; los motivos determinantes de la infracción; el estado del menor, tanto físico como mental, así como sus circunstancias familiares, personales y sociales; la capacidad económica de menor y de sus padres o personas de quienes dependa y la solvencia moral de éstos; y, si se trata de un menor en situación de abandono o de peligro.

Así las cosas, concluye el apoderado de la entidad interviniente, que “[E]n el evento en que en cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho típico no ha existido, o que el menor no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, o se advierta una cualquiera de las causales de justificación del hecho o de inculpabilidad, el Juez, previo concepto del respectivo Defensor de Familia, dictará auto que así lo declare y ordenará cesar el trámite del proceso.

Si el menor se encuentra a disposición del juzgado, el Juez deberá resolver su situación teniendo en cuenta sus condiciones personales y familiares. Si el Juez encuentra que el menor está en situación de abandono o de peligro, remitirá el caso al Defensor de Familia.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación en concepto No. 3681 rendido el 19 del presente año, solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del segmento normativo cuestionado, bajo los siguientes argumentos:

Inicia su intervención manifestando que el artículo 44 de la Constitución Política, dispone expresamente que los niños gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, así como los establecidos en los tratados internacionales suscritos por Colombia. Siendo ello así, realiza un análisis sucinto de diversos instrumentos internacionales que se refieren a la protección especial de los menores, tales como la Declaración de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención Internacional de los Derechos

del Niño, el Convenio 182 de la OIT, y concluye que de los diversos tratados internacionales, tanto de los ratificados por el Estado Colombiano como lo que aún no lo han sido, como los dos últimos citados, se desprende que los niños, las niñas o jóvenes, por el sólo hecho de ingresar a los grupos armados al margen de la ley, en forma voluntaria o por la fuerza, se encuentran sometidos a una violación sistemática de sus derechos fundamentales y, por tanto, es obligación del Estado lograr su restablecimiento. Por ello, afirma categóricamente que los menores que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, no pueden ser sometidos a procesos de responsabilidad juvenil por parte del Estado y, como tal recibir beneficios como el indulto a que hace referencia del parágrafo acusado.

Aclara que si bien es cierto el segmento normativo demandado, no está señalando expresamente que los menores de edad desvinculados del conflicto deban ser judicializados, ello se desprende del contexto de la norma en que se haya inmerso, el cual se refiere al beneficio de indulto para quienes habiendo sido condenados por delitos políticos, pertenezcan a grupos armados con los que el Gobierno adelanta proceso de paz. Así, teniendo en cuenta que el texto acusado dispone que si se trata de menores vinculados a grupos armados, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, a fin de que éste organismo expida la certificación que hace referencia el Decreto 1385 de 1994, la cual tiene por finalidad verificar la pertenencia o no de los desmovilizados al grupo al margen de la ley, a fin de establecer si pueden acceder a los beneficios jurídicos y económicos diseñados para el efecto. En ese orden de ideas, expresa la Vista Fiscal, que si la autoridad judicial remite los documentos es porque existen sentencias ejecutoriadas por delitos políticos y se requiere el requisito de la certificación para obtener el indulto al que hace referencia el precepto acusado. Así las cosas, considera que le asiste razón al demandante cuando afirma que los menores desvinculados del conflicto están siendo sometidos a procesos judiciales por su permanencia en las filas de los grupos armados al margen de la ley y, en consecuencia, procesados y condenados.

Después de citar algunas estadísticas establecidas por UNICEF y Human Rights Watch, en relación con la vinculación de menores en las filas de grupos al margen de la ley, aduce el Ministerio Público, que precisamente el reclutamiento ilícito de menores de edad tipificado por el artículo 162 del Código Penal, fue lo que llevó al legislador a considerar que los menores que participan en el conflicto armado son víctimas de la violencia política, y en esas circunstancias no pueden ser judicializados dado que “[l]a discusión sobre los menores

reclutados por los grupos al margen de la ley involucra las estremecedoras particularidades de la deshumanización de la guerra y evidencia la falta de estructuras sociales, familiares y económicas que han impedido el desarrollo de éstos en un ambiente adecuado, convirtiéndolos en víctimas de un flagelo de dimensiones insospechadas”.

Considera el Procurador General de la Nación, que la falta de perspectivas de una vida distinta, a pesar de voluntariedad que puede presentarse en algunos casos, hace presumir que la vinculación de menores a grupos armados al margen de la ley, es siempre forzosa y, por ello, la actividad del Estado debe estar dirigida a brindarles protección y atención integral, de suerte que puedan encontrar opciones que les permitan superar “[e]l avasallamiento que origina su inserción en los grupos armados al margen de la ley”, y no a procesarlos judicialmente.

Acudiendo al principio de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás, expresa que el procesamiento judicial de los niños y niñas, no se compadece con los postulados nacionales e internacionales que reivindican los derechos de los menores excombatientes, despojados en forma arbitraria de su infancia y llevados a un escenario en el cual han sido víctimas directas, razón por la cual no pueden ser sometidos a un tribunal o a un juez para que resuelva sobre su responsabilidad como consecuencia de la realización de una conducta penalmente reprochable, como quiera que dadas las particularidades del reclutamiento ilegal “[l]a capacidad de culpa de los menores es inexistente”.

Por último, manifiesta la Vista Fiscal que ante la ausencia de una política coherente con el tratamiento que deben recibir los menores desvinculados del conflicto, el Estado ha venido procesándolos por delitos tales como la rebelión, asonada, porte ilegal de armas, secuestro, homicidio, etc., lo que ha llevado a esa entidad a realizar un inventario de los procesos que cursan contra menores, y a través de los procuradores judiciales ha solicitado la cesación de procedimiento y el archivo correspondiente, solicitud a la cual han accedido 138 jueces “[a]l entender que no es coherente que el Estado responda con una medida de protección diseñada para los menores infractores”. Así las cosas, concluye señalando que los niños y niñas excombatientes no están llamados a beneficiarse con indultos como el establecido en el precepto acusado, pues éste obedece a un perdón total o parcial de una pena impuesta al condenado por delitos políticos, “[d]elitos que en el marco visto no pueden ser objeto de responsabilidad por parte de los menores de 18 años que por la degradación y

deshumanización en que se encuentra el conflicto colombiano, resultan ser sus víctimas y no sus generadores”.1

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se estudian en la presente demanda.

2. El sentido de la norma acusada, y el alcance de los cargos formulados contra ella. Síntesis de los problemas jurídicos a resolver.

2.1. El sentido y alcance de la norma acusada

2.1.1. En este caso se ha demandado el párrafo 2 del artículo 50 de la Ley 418 de 1997, según fue modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, que dispone: “Cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994 en los términos que consagra esta ley”. Para comprender cabalmente su alcance, este párrafo debe ser interpretado en el contexto del artículo en el cual está inserto, así como de la Ley 418 de 1997 -de la cual forma parte-, y con referencia al Decreto 1385 de 1994, por expresa remisión normativa del texto acusado. Por lo tanto, se procederá como primera medida a establecer el sentido de la disposición demandada, para luego abordar los complejos problemas jurídicos que han sido planteados por los demandantes e intervinientes en el presente proceso.

Se aclara que la referencia a estas normas, que no han sido demandadas, se efectúa con un propósito meramente hermenéutico -a saber, dilucidar el contenido específico de la disposición que se ha de someter al escrutinio de la Corte-, y no con el objetivo de efectuar una integración normativa, ni de analizar la constitucionalidad de tales disposiciones, contra las cuales no se ha formulado cargo alguno de inconstitucionalidad en este proceso.

2.1.2. El párrafo acusado corresponde a una disposición que regula el indulto por delitos

políticos. La disposición contiene varias normas, de las cuales cabe resaltar las siguientes:

Primero, contempla dos modalidades de indulto. La primera es para los “condenados”, y la segunda para los desmovilizados que aún no han sido objeto de una sentencia condenatoria.

Segundo, cada una de estas dos modalidades se aplica en condiciones distintas. Así, el indulto a los condenados previsto en el inciso primero exige una valoración discrecional del gobierno acerca del “grupo” al cual pertenece el que solicita el indulto, la cual versa sobre la demostración de la voluntad de dicho grupo de reincorporarse a la vida civil. En cambio, en el indulto previsto en el inciso segundo de la disposición, no se parte del supuesto de la condena por sentencia ejecutoriada y, además, no se exige que el grupo armado al margen de la ley al cual pertenece el solicitante se encuentre en un proceso de paz, puesto que se trata de una posibilidad que se aplica a los individuos que abandonen sus actividades y demuestren su voluntad de reincorporarse a la vida civil, así la organización al margen de la ley no haya expresado su voluntad de dejar las armas.

Tercero, en este segundo caso puede suceder que haya o no haya condena, o que haya o no haya proceso, por lo cual caben las modalidades de indulto propio o indulto impropio.

Cuarto, en cualquier caso la norma prohíbe la concesión del indulto a quienes hayan realizado conductas que constituyan actos de atrocidad, ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

En este contexto, establece el parágrafo 2 del artículo 50 -demandado- que “cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994, en los términos que consagra esta ley”.

Por su parte, el Decreto 1385 de 1994, al cual remite la disposición acusada, establece que la certificación a la que se alude es la que ha de expedir el Comité Operativo para la Dejación de las Armas -CODA- respecto de las personas que, a su juicio, pueden solicitar los beneficios por desmovilización de los grupos armados al margen de la ley. Vale la pena aclarar que, a la

fecha, el referido Decreto fue modificado por el Decreto 128 de 2003, reglamentario de la Ley 788 de 2002, que dispone en lo pertinente:

“Artículo 2. Definiciones. (...)

Certificación del CODA. Es el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla. Esta certificación permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto”.

2.1.3. Se tiene, hasta este punto, que el sentido de la disposición acusada es el siguiente: para efectos de la concesión del beneficio de indulto a los menores de edad que se desvinculen de los grupos armados organizados al margen de la ley, es necesario que el CODA expida, respecto de dichos menores, una certificación sobre su vinculación a uno de tales grupos y su voluntad de desmovilizarse, para lo cual las autoridades judiciales competentes habrán de remitir al CODA toda la documentación pertinente. Observa la Corte que este procedimiento es particularmente relevante al indulto concedido bajo la modalidad prevista en el inciso segundo del artículo demandado, esto es, el indulto para personas que se desmovilicen de grupos armados al margen de la ley y demuestren su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

2.1.4. No obstante, considera la Corte que, teniendo en cuenta los cargos formulados en la demanda, es necesario desentrañar adicionalmente el sentido de la disposición bajo examen: ¿cuáles son las autoridades judiciales a las que se refiere la norma demandada, y cómo se concibe la vinculación de los menores en cuestión a los procesos que se adelantan ante dichas autoridades?

2.1.5. Se observa, en primer lugar, que la Ley 782 de 2002 contiene una serie de disposiciones referentes a los menores que se desmovilizan de los grupos armados ilegales y al proceso de desmovilización en general, que resultan relevantes para establecer el alcance de la norma demandada:

(a) el artículo 6, que modifica el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, define a los menores de edad que tomen parte en las hostilidades como víctimas de la violencia política;

(b) el artículo 8, que modifica el artículo 17 de la Ley 418 de 1997, ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que diseñe y ejecute “un programa especial de protección para la asistencia de todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en las hostilidades”, y en su párrafo dispone que “cuando se reúna el Comité Operativo para la Dejación de las Armas y se traten los casos de menores, deberá citarse al defensor de familia”;

(c) el artículo 21, que modifica el artículo 53 de la Ley 418 de 1997 y regula lo referente a la prueba de la calidad de miembro de grupo armado de quienes hayan hecho abandono voluntario de las armas, establece que una vez tales personas se presenten ante las autoridades civiles, judiciales o militares, éstas habrán de enviar de oficio la documentación pertinente al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, para que éste resuelva si expide la certificación sobre el tema, la cual habrá de ser remitida al Gobierno Nacional y a la autoridad judicial competente, quien deberá decidir sobre los beneficios jurídicos a los que haya lugar. Se trata de un procedimiento similar al que establece el párrafo 2 del artículo 50 acusado para los casos de menores de edad, pero aplicable a los adultos.

2.1.6. En vista de que la Ley no ofrece una respuesta específica sobre los detalles de la judicialización de los menores de edad desvinculados de grupos armados ilegales (judicialización a la cual, como se vio, alude directamente la norma demandada), considera la Sala que es pertinente, para comprender el alcance de la disposición que se revisa, hacer referencia a lo dispuesto en el Decreto 128 de 2003, reglamentario de la Ley 782 de 2002, sobre dicho proceso de judicialización -reiterando que ello no implica efectuar pronunciamiento alguno sobre su constitucionalidad, sino meramente delimitar el contenido del asunto sobre el que se ha de resolver en este caso-. En efecto, el Capítulo V de dicho decreto, titulado “Protección y atención de los menores de edad desvinculados”, contiene las siguientes disposiciones relevantes:

“Artículo 22. Entrega de los menores. Los menores de edad que se desvinculen de organizaciones armadas al margen de la ley de conformidad con las disposiciones legales vigentes, deberán ser entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, por la autoridad civil, militar o judicial que constate su desvinculación del grupo armado respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas ordinarias siguientes a su desvinculación o en el término de la distancia, para que reciba la protección y atención integral

especializada pertinente.

Así mismo, quien constate la desvinculación deberá, dentro del mismo término, dar a conocer el hecho a la autoridad judicial competente.

La entrega física se acompañará de un acta en la cual consten los datos iniciales de individualización del menor, su huella dactilar y las circunstancias de su desvinculación del grupo armado, la cual será entregada a la autoridad competente del lugar donde ésta se efectúe para que inicie la respectiva actuación.

Una vez reciba al menor, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, deberá dar aviso al Ministerio de Defensa Nacional para que verifique su vinculación al grupo armado y al Ministerio del Interior, para su seguimiento y posterior reconocimiento de beneficios (...).

Artículo 23. Verificación de las condiciones. El Juez de Menores o Promiscuo de Familia competente, según el caso, pedirá cuando lo estime conveniente, las explicaciones necesarias al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, a efecto de verificar el estado, las condiciones del menor y la respuesta institucional para su protección integral, ratificando o modificando las medidas adoptadas y atendiendo siempre el interés superior del menor.

Artículo 24. Competencia institucional. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, desarrollará los trámites administrativos expeditos que permitan la inclusión del menor desvinculado al programa especial de protección que ejecutará con ocasión de este Decreto, el cual, en todo caso, tendrá un enfoque y tratamiento específico de acuerdo con sus condiciones y a lo establecido en el presente decreto.

En todas las medidas concernientes a los niños desvinculados del conflicto armado interno que tomen las autoridades administrativas o los jueces competentes, se atenderá primordialmente el interés superior del niño y se le dará un tratamiento personalizado, en la medida de lo posible.

Artículo 25. Derecho a beneficios sociales y económicos. El Ministerio del Interior, en coordinación con el Instituto Colombiano de bienestar Familiar, reglamentará la forma como los menores recibirán los beneficios educativos y económicos producto de la desvinculación.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, desarrollará los planes necesarios para el

restablecimiento de los derechos y garantías del niño o menor desvinculado, con especial énfasis en su protección, educación y salud.”

2.1.7. Del anterior panorama normativo, que constituye parte del marco jurídico actualmente vigente para los procesos de desmovilización de menores que han pertenecido a grupos armados ilegales, la Corte resalta los siguientes elementos, necesarios para comprender el sentido de la norma demandada y el alcance de los cargos a resolver:

2.1.7.1. Los menores de edad que se desvinculen de grupos armados ilegales y se presenten ante autoridades civiles, militares o judiciales, habrán de ser remitidos al ICBF para efectos de recibir protección y atención integral especializada en su calidad de víctimas del conflicto armado interno.

2.1.7.2. Simultáneamente, habrán de remitirse las informaciones pertinentes al juez de menores o al juez promiscuo de familia competente, para que éste inicie un proceso judicial, de conformidad con las disposiciones legales aplicables (v.g. el Código del Menor y el Derecho Internacional).

2.1.7.3. En el curso de tales procesos, el juez competente puede decidir sobre las medidas de protección integral a aplicar al menor implicado, en coordinación con el ICBF, al cual podrá solicitar la información necesaria.

2.1.7.4. Los menores de edad, en la medida en que han sido sometidos a un proceso judicial, pueden ser objeto del beneficio jurídico de indulto respecto de los delitos políticos en que hubieren participado. En esa medida, se confirma que en principio, la finalidad de los procesos judiciales a los que se alude es la de establecer la responsabilidad penal de los menores en cuestión, puesto que de lo contrario no sería lógico tramitar ante tales autoridades judiciales el beneficio de indulto; el que tales beneficios se concedan antes o después de la declaración de responsabilidad penal y la adopción de la medida correspondiente, dependerá de las circunstancias individuales de cada proceso en particular.

2.1.7.5. Para efectos de la concesión de dicho indulto, las autoridades judiciales referidas –el juez de menores o promiscuo de familia competente–, según dispone el parágrafo 2 acusado, deberán remitir la documentación pertinente al CODA, para que éste expida una certificación

sobre la pertenencia del menor implicado a un grupo armado, y su voluntad de abandonarlo y de reincorporarse a la vida civil; tal certificación será remitida nuevamente al juez de conocimiento.

2.1.8. En conclusión, la disposición que se acusa en este proceso regula el tema de la prueba de la vinculación de menores de edad a grupos armados ilegales y de su voluntad de desmovilización, para efectos de permitir, en el curso del proceso judicial adelantado por el Juez de Menores o Promiscuo de Familia competente, la concesión a su favor del beneficio de indulto por delitos políticos. Esta verificación es importante a la luz del inciso segundo, que admite el indulto impropio. En efecto, puede suceder que un menor abandone el grupo y se presente a las autoridades con la voluntad de reincorporarse a la vida civil. Si no hay o no hubo proceso judicial en relación con él, alguien debe certificar que pertenece a una organización al margen de la ley que comete delitos políticos. Si lo hay, alguien debe certificar que dicho proceso judicial versa sobre delitos políticos, no sobre delitos respecto de los cuales está prohibido por la misma disposición indultar. También es necesario que se determine si el menor pertenece a una organización al margen de la ley que comete delitos políticos, no que se dedica a realizar delitos comunes.

Ahora bien, también es necesario precisar en este punto que la expresión “que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político” -la cual está contenida en el inciso primero de la norma y se refiere, como se vio, a los casos de indulto propio- ha de ser interpretada, en los casos de menores, de conformidad con las normas constitucionales, internacionales y legales que rigen el tema del procesamiento judicial de los menores de edad, cuyo contenido se explicará en detalle en los acápite subsiguientes. Basta para los efectos de este apartado señalar que, según se precisó en la sentencia C-019 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón), los menores de edad que cometen infracciones de la ley penal colombiana no están sujetos a “condenas” en el sentido técnico-jurídico del término, sino a medidas específicas, de carácter tutelar y resocializador, orientadas a preservar su interés superior y sus derechos fundamentales prevalecientes².

2.1.9. El supuesto principal de la norma acusada, y el objeto principal de los cargos de inconstitucionalidad que debe examinar la Corte, es que los niños menores de edad que se desvinculan de grupos armados al margen de la ley han de ser objeto de procesos judiciales ante los Jueces de Menores o Promiscuos de Familia, con ocasión de las infracciones a la ley

penal que hubiesen cometido en el curso del conflicto interno – infracciones respecto de las cuales, dispone la norma, podrán ser beneficiarios de indulto en casos concretos. Los demandantes e intervinientes en este proceso no atacan el procedimiento específico que consagra la norma en su tenor literal – es decir, la remisión por parte del juez de la documentación pertinente al CODA para efectos de que éste decida sobre la expedición de la certificación-, sino el supuesto fundamental sobre el cual se estructura dicha regulación y la posibilidad misma de que a los menores referidos se les conceda un indulto: el sometimiento de los menores de edad en estas circunstancias a procesos judiciales, con motivo de las violaciones de la ley penal en las que hubieren podido incurrir durante el conflicto.

2.1.10. Adicionalmente, aclara la Corte que en esta sentencia no se pronuncia sobre los llamados delitos conexos, porque no existe cargo al respecto. En la sentencia C-695/023, la Corte juzgó si el legislador podía excluir de la conexidad con los delitos políticos, ciertas conductas punibles, y concluyó que ello se encontraba dentro de su margen de apreciación y configuración política.

2.2. Los cargos de inconstitucionalidad planteados a la Corte

2.2.1. Para los demandantes y la mayor parte de los intervinientes, así como para el Procurador General, es incompatible con lo dispuesto en la Carta Política y en los tratados internacionales que obligan a Colombia el que los menores de edad que han participado en el conflicto interno como miembros de grupos armados ilegales sean sometidos a un proceso judicial destinado a establecer su responsabilidad penal, puesto que en su criterio, tal curso de acción desconoce su condición de víctimas de la violencia política, y la protección especial que su calidad de niños reclama. Para algunos intervinientes, por el contrario, la norma es exequible, porque (i) de su tenor literal no se deduce que los menores de edad desmovilizados deben ser judicializados, sino que se requiere el concurso de las autoridades judiciales para determinar si han incurrido en conductas respecto de las cuales no procede la figura del indulto⁴, y (ii) en cualquier caso, el ordenamiento constitucional y legal vigente prevé el procesamiento judicial y administrativo de los menores de edad de conformidad con reglas especiales, más aún en el caso de los menores desmovilizados de grupos armados ilegales⁵.

2.2.2. Alegan los actores, adicionalmente, que la judicialización de menores de edad en estas circunstancias contradice su carácter de sujetos pasivos del delito de reclutamiento ilícito, así como su condición de víctimas de la violencia; precisan que “la judicialización de estos jóvenes es totalmente contradictoria a la ley, puesto que ninguna persona puede ser a la vez sujeto activo y pasivo de un mismo delito”.

Además afirman que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la misma Ley 782 de 2002, compete al ICBF diseñar y ejecutar un programa específicamente orientado a la protección de los menores en esta situación, “por lo cual la competencia idónea de los procesos de los menores de edad desvinculados del conflicto armado debe ser exclusiva de los defensores de familia y no de la justicia de menores ya que se trata de un proceso de reivindicación de los derechos constitucionales vulnerados al menor”.

2.2.3. En suma, los demandantes e intervinientes consideran que la norma acusada, por permitir la judicialización de estos menores, contraría el artículo 29 Superior –puesto que, afirman, se les está procesando por el delito del que son víctimas, el reclutamiento ilícito, sin que la ley ordene la investigación penal de los reclutadores-, así como el artículo 44 de la Carta y las obligaciones internacionales del Estado colombiano en esta materia –puesto que dicha judicialización desconoce el mandato de protección especial de la niñez, la prevalencia de los derechos de los niños y su condición de víctimas de la violencia política, en virtud de los cuales deben ser inscritos únicamente en el programa especializado de protección integral adelantado por el ICBF, en lugar de ser “judicializados por el delito del que legal y constitucionalmente deben ser protegidos”.

2.3. Problemas jurídicos a resolver

Los problemas jurídicos que debe resolver la Corte en esta oportunidad para dar respuesta a los cargos formulados en la demanda son, por lo tanto, los siguientes:

2.3.1. ¿Los menores de edad que se desvinculan del conflicto armado pueden ser tratados jurídicamente, en su calidad de víctimas de la violencia política, como infractores de la ley penal?

2.3.2. En tanto infractores de la ley penal, ¿los menores en tales circunstancias pueden ser sometidos a un proceso judicial ante el juez competente –el Juez de Menores o Promiscuo de

Familia-, y posteriormente ser objeto del beneficio de indulto?

Para dar respuesta a estos interrogantes, es imperativo que la Corte se refiera a los temas de (i) la responsabilidad penal de los menores de edad (sección 4) y (ii) la situación especial de los menores desvinculados de grupos armados ilegales (sección 5), haciendo énfasis en las garantías mínimas que deben respetar las autoridades encargadas de adelantar los procesos administrativos y judiciales relacionados con los menores que se desmovilizan de organizaciones armadas al margen de la ley, a la luz de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano. Antes de abordar estos temas, sin embargo, la Corte hará referencia al principio cardinal que se ha de tomar como principal criterio guía en todos los casos que tengan que ver con niños o adolescentes, a saber, el de la prevalencia del interés superior y los derechos fundamentales del menor de edad (sección 3). Luego se dará respuesta a las preguntas que sintetizaron los problemas jurídicos planteados (secciones 6 y 7). Finalmente se resumirán las garantías básicas que han de respetarse en el juzgamiento de los menores desmovilizados (sección 8).

3. Los principios de protección especial de la niñez y de promoción del interés superior y prevaleciente del menor, en tanto sujeto de protección constitucional reforzada.

El tema central de este proceso es el de los menores de edad que se han desmovilizado de los grupos armados ilegales, y el tratamiento jurídico-penal que han de recibir durante su proceso de reincorporación a la vida civil, con ocasión de los hechos punibles que hubieren llegado a cometer en el curso del conflicto. Tanto la Corte Constitucional, en su calidad de juez de constitucionalidad de la norma acusada, como los funcionarios administrativos o judiciales que conozcan de la situación de estos menores en casos concretos, están obligados, en primer lugar, a orientar todas sus actuaciones por un criterio guía de aplicación prioritaria en estos casos: el de la promoción del interés superior del menor, que está íntimamente relacionado con los de protección especial de la niñez y el carácter prevaleciente de los derechos fundamentales de los niños. En consecuencia, la Corte efectuará una breve delimitación del contenido de estos principios, que habrán de operar como marco general del examen de constitucionalidad que se desarrollará en esta providencia.

Los niños y adolescentes, es decir, los menores de edad, en virtud de su nivel de desarrollo

físico y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Recogiendo este axioma básico, consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna.

Los principios de protección especial de la niñez y preservación del interés superior y prevaleciente del menor para asegurar su desarrollo integral se encuentran consagrados en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia⁶. Entre ellos resalta la Corte, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “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 el artículo 3-2, establece que “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”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “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”, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “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”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier

otra condición". También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales", y que "todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

Reflejando estos mandatos, el Código del Menor de nuestro país establece, en su artículo 20, que "las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor"; y en el artículo 22, precisa que "la interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor."

La jurisprudencia constitucional colombiana ha precisado en múltiples oportunidades el contenido de los principios de protección especial de la niñez y de preservación del interés superior y prevaleciente del menor. Así, por ejemplo, en la sentencia T-514 de 19987 la Corte Constitucional explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una "caracterización jurídica específica" para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia "que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad". Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención "se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su

personalidad al máximo grado”. En igual sentido, en la sentencia T-979 de 20018 se explicó que “...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

Más recientemente, en la sentencia T-510 de 20039 la Corte explicó que la determinación del interés superior del menor se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: “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, que es de naturaleza real y relacional,¹⁰ sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”. Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada menor en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente. Según estableció la Corte en la providencia que se cita, “para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–”. 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 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.

La participación del menor en el conflicto armado no justifica dejar de aplicar los criterios mencionados. Por el contrario, dada su condición de víctimas, se hace aun más necesario respetar el carácter prevaleciente de sus derechos y buscar asegurar el interés superior del menor. Los principios descritos tienen, pues, una importancia crítica para el tratamiento constitucional de los dos temas principales que forman la estructura de esta decisión: la responsabilidad penal de los menores de edad, y el tratamiento jurídico de los menores combatientes.

4. La responsabilidad penal de los menores de edad tiene rasgos distintivos y está sujeta a garantías inspiradas en el interés superior del menor y en la necesidad de rehabilitarlo.

En la presente sección, la Corte recapitulará las distintas normas aplicables al tema del procesamiento jurídico-penal de los menores de edad, para efectos de ilustrar que (i) es jurídicamente admisible, a nivel de la Constitución Política, del derecho internacional y del derecho comparado, que a los menores acusados de violar la ley penal se les tenga como responsables dentro de un sistema específico y diferente de responsabilidad, y (ii) en todo caso de procesamiento de menores de edad acusados de violar la ley penal, han de respetarse de manera estricta ciertas garantías mínimas consagradas en la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

4.1. Planteamiento general: admisibilidad de la responsabilidad penal de menores de edad, y respeto por las garantías específicas propias de su condición de sujetos de especial protección.

4.1.2. Si bien es cierto que (a) los factores que llevan a un niño o adolescente a cometer

actos constitutivos de infracciones a la ley penal son diversos, individuales y no generalizables, y que (b) las especiales condiciones de los menores de edad hacen reprochable someterlos a un tratamiento jurídico de carácter represivo en razón de las conductas de carácter delictivo en que pudiesen incurrir, también es innegable que (c) no es infrecuente que niños y adolescentes lleven a cabo actos de naturaleza criminal, que a menudo consternan a la opinión pública por su carácter violento o dañino, y que (d) en la práctica tales actos generan víctimas, cuyos derechos son igualmente dignos de consideración. Frente a este dilema, los sistemas jurídicos contemporáneos han optado por una respuesta que concilie el interés superior y prevaleciente de todo menor de edad -incluidos los menores que han violado la ley penal- con las necesidades de (i) proteger y resocializar a los niños y adolescentes infractores desde la perspectiva de la promoción de su interés superior y sus derechos fundamentales prevalecientes, (ii) prevenir la delincuencia infantil y juvenil, y (iii) resarcir, en lo posible y con la proporcionalidad del caso, a las víctimas de los hechos punibles cometidos por dichos menores.

En los acápite subsiguientes se mencionarán brevemente las respuestas que se han dado a este problema desde las esferas del derecho internacional, el derecho comparado y el derecho interno colombiano.

4.2. La responsabilidad penal de los menores ante el derecho internacional de los derechos humanos y las garantías básicas que han de respetarse. La importancia de las Reglas de Beijing de 1985 y de la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 1990 sobre los menores privados de la libertad.

4.2.1. El derecho internacional de los derechos humanos no solamente prevé y acepta la posibilidad de que los menores de edad sean considerados responsables penalmente, sino que establece reglas muy claras sobre las garantías básicas que han de rodear los procesos de juzgamiento adelantados contra personas menores de 18 años con ocasión de los hechos punibles que llegaren a cometer, tal y como se demuestra a continuación.

4.2.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, contiene varias disposiciones relativas a los menores que han violado la ley penal: (i) en su artículo 6.5., establece que “no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad”; (ii) en el artículo 10.2.b., relativo a la privación

de la libertad, dispone que “los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”; (iii) el artículo 10.3., referente al régimen penitenciario, establece que “los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”; (iv) el artículo 14.1. ordena que “toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario...”; y (v) el artículo 14.4. dispone que “en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”.

4.2.3. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada mediante Ley 16 de 1972, se refiere en dos artículos a la situación de menores de edad que son responsables por haber violado la ley penal: (i) en el artículo 4-5, referente al derecho a la vida, ordena que “no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad...”; y (ii) el artículo 5-5, relativo al derecho a la integridad personal, establece que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

4.2.4. La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento interno colombiano mediante ley 12 de 1991, incluye importantes reglas sobre esta materia, en particular los artículos 37 y 40, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la

dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con

la infracción.”

4.2.5. En el seno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se ha discutido asiduamente el tema de la delincuencia de menores, hasta el punto de que se han adoptado dos instrumentos de gran trascendencia para el procesamiento judicial y, cuando a ello haya lugar, la privación de la libertad de los menores infractores de la ley penal: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como “Reglas de Beijing” (aprobadas mediante Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985), y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (aprobadas mediante Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990). Por su relevancia directa para el asunto que ocupa a la Corte, y por el hecho de que constituyen instrumentos de codificación de las principales obligaciones internacionales de Colombia en la materia, a continuación se hará referencia detallada a las disposiciones pertinentes de ambas resoluciones, enfatizando los aspectos que tienen mayor relevancia para la resolución de los cargos de inconstitucionalidad dirigidos contra la disposición acusada en este proceso.

4.2.5.1. Las Reglas de Beijing, o “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores”.

El objeto principal de estas reglas, como se reconoce en el Comentario que fue aprobado como parte integral del texto las mismas, es precisamente el de regular la situación del “menor delincuente”¹¹. Tal y como lo indica su título, se trata de estándares mínimos que reflejan, en conjunto, a las diversas garantías que el ordenamiento internacional de los derechos humanos reconoce a los menores de edad (a nivel convencional y consuetudinario), y que -como se verá- no sólo son plenamente compatibles con las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales de los niños, sino que han sido acogidas en múltiples oportunidades por la jurisprudencia constitucional¹², y de hecho se ven reflejadas en varios aspectos de la legislación nacional vigente sobre el procesamiento de menores infractores. 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 humanos vinculantes para el país -y que en su mayoría forman parte del bloque de constitucionalidad¹³-, son obligatorios como parte del

ordenamiento interno colombiano, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9, 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.

4.2.5.1.1. Prohibición de discriminación en la aplicación de las Reglas. Como regla general, este instrumento dispone que “las Reglas Mínimas que se enuncian a continuación se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Este mandato de no discriminación, que constituye un reflejo de lo dispuesto en distintos tratados de derechos humanos sobre el derecho a la igualdad, implica que tampoco han de efectuarse distinciones injustificadas en cuanto al respeto por las garantías básicas para el procesamiento de menores de edad en atención a las circunstancias en que se cometió la infracción por la cual se les ha sometido a la administración de justicia.

4.2.5.1.2. Nociones de “menor”, “delito” y “menor delincuente”. Las Reglas Mínimas también establecen, en términos generales, que (i) se entenderá por “menor”, “todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”; (ii) “delito” significa “todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate”; y (iii) “menor delincuente” -es decir, el objeto de la regulación en cuestión- es “todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito...”. El menor infractor cuya responsabilidad penal se pretende determinar por medio del procesamiento judicial o administrativo es, así, el destinatario y el beneficiario central de la regulación contenida en las Reglas Mínimas.

4.2.5.1.3. Los principios de diferenciación y especificidad en el tratamiento jurídico-penal de los menores de edad. Dos de los principios cardinales del procesamiento penal de menores de edad, a saber, los principios de diferenciación y especificidad de las leyes, órganos, objetivos, sanciones y modo de actuación propios del sistema de justicia de menores, se deducen de lo dispuesto en las Reglas 2.3. y 5.1., interpretadas de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales aplicables. Dispone la Regla 2.3.:

“2.3. En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

(a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;

(b) Satisfacer las necesidades de la sociedad;

(c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación”

Por su parte la Regla 5.1. establece que “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

En idéntico sentido, el artículo 40-3 de la Convención sobre los derechos del Niño ordena a los Estados Partes tomar “todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) (b) siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

De esta forma, el sistema de responsabilidad penal de los menores de edad se ha de caracterizar por ser diferente de aquel que se aplica ordinariamente a los adultos, y debe ser específico en el sentido de atender cuidadosamente al nivel de desarrollo físico y mental y demás circunstancias relevantes de cada menor acusado de desconocer la ley penal.

4.2.5.1.4. Edad mínima de responsabilidad penal. El tema de la “mayoría de edad penal”, o edad mínima para efectos de atribución de responsabilidad penal a los menores, es abordado por la regla 4.1., que establece: “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de la mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez

emocional, mental e intelectual.” El alcance de esta disposición es precisado por el Comentario, según el cual “la edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales (...)”, y “si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido”. También es relevante a este respecto el Comentario a la Regla 2.2., así: “(...) Cabe señalar que las reglas disponen expresamente que corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados miembros. Ello significa que la noción de ‘menor’ se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más. Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas”.

En el acápite 4.5. subsiguiente se abordará con mayor detenimiento el tema de la mayoría de edad penal en el ordenamiento colombiano vigente; para los efectos de este acápite, valga precisar que (a) el derecho internacional de los derechos humanos, que prevé la posibilidad de que los menores de edad sean responsables penalmente y establece unos lineamientos mínimos a respetar durante su procesamiento, no establece una edad mínima por debajo de la cual se haya de presumir que los niños, por su escaso desarrollo, no pueden ser considerados responsables penalmente, pero sí aboga porque tal límite no se fije en un punto demasiado temprano; (b) la ley colombiana vigente no establece expresamente un umbral de edad por debajo del cual se excluye la responsabilidad penal de los niños, aunque el Código del Menor sí incorpora una distinción entre los menores de 12 años, de un lado, y los mayores de 12 y menores de 18, de otro lado, para efectos de su tratamiento jurídico en tanto menores infractores – distinción que no es óbice para admitir la posibilidad, expresamente prevista en tal Código, de que los menores de 12 años cometan delitos o contravenciones (art. 169); y (c) en cualquier caso, en aras de la primacía de los derechos fundamentales de los niños y de la naturaleza prevaleciente de su interés superior, es indispensable que el Legislador regule esta importante materia con el detalle que ello amerita, a la luz de las obligaciones internacionales del Estado colombiano cuyo contenido se enuncia en las Reglas Mínimas.

4.2.5.1.5. Objetivos del procesamiento jurídico penal de los menores de edad. Como ya se indicó, los objetivos que se han de perseguir a través de la justicia de menores son

establecidos con nitidez en la Regla 5.1., en virtud de la cual “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”. El fomento del bienestar de los menores y el principio de proporcionalidad son, así, dos de los pilares básicos del procesamiento de los niños y adolescentes que infrinjan la ley penal¹⁴.

4.2.5.1.6. Facultades discrecionales de los funcionarios competentes para lograr la finalidad tutelar y resocializadora del tratamiento jurídico-penal. En consonancia con los referidos objetivos centrales de la administración de justicia de menores –a saber, la promoción de su bienestar y la proporcionalidad de la respuesta institucional frente a las circunstancias del menor y del hecho punible-, en la Regla 6.1. se consagra el principio de las “facultades discrecionales” de los funcionarios competentes, en el sentido de que éstos deben estar en capacidad de modificar el tipo de medidas que se han de imponer al menor, en función de sus condiciones individuales y de su proceso específico de protección y resocialización. Dispone esta regla que “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”. Con el propósito de precaver y evitar excesos en el ejercicio de tales facultades discrecionales, las reglas 6.2. y 6.3. disponen que el personal encargado de atender estos casos habrá de ser idóneo y competente, para lo cual deberán recibir la capacitación necesaria¹⁵. En este sentido, se explica en el Comentario a las Reglas que para asegurar el ejercicio prudente de dichas facultades discrecionales, “se pone de relieve la formulación de directrices concretas acerca del ejercicio de dichas facultades y el establecimiento de un sistema de revisión y de apelación u otro sistema análogo a fin de permitir el examen minucioso de las decisiones y la competencia”. Para efectos de materializar este mismo objetivo, la Regla 22 establece la necesidad de que el personal que trata con los casos de menores delincuentes sea debidamente especializado y capacitado, para poder atender a las necesidades específicas de cada menor con la idoneidad requerida¹⁶.

4.2.5.1.7. Garantías procesales mínimas. La Regla 7.1. establece una enumeración de las garantías procesales mínimas que habrán de respetarse en todos los casos de procesamiento

de menores por infracción de la ley penal, a saber: “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”. Esta no es una enumeración exhaustiva; según se explica en el Comentario, la Regla 7.1. recién transcrita “ratifica en forma general las garantías procesales más fundamentales”, sin agotarlas.

4.2.5.1.8. Protección del derecho a la intimidad. Otra de las garantías fundamentales de las que son titulares los menores de edad procesados por violar la ley penal es la de la protección de su intimidad, plasmada en la Regla 8 en los siguientes términos: “8.1. Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 8.2. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente”. La explicación subyacente a esta regla, que es plenamente compatible con lo dispuesto en los artículos 15 y 44 de la Constitución Política, se presenta así en el Comentario: “los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas de los efectos perjudiciales de (diversos tipos) que dimanen de la individualización permanente de los jóvenes como ‘delincuentes’ o ‘criminales’”. En estrecha relación con esta disposición, y persiguiendo la misma finalidad, la Regla 21 se refiere al carácter confidencial de los registros relativos a menores delincuentes y a las restricciones que existen para su uso posterior¹⁷.

4.2.5.1.9. Primer contacto entre el menor y las autoridades. La Regla 10 regula el primer contacto que establecen las autoridades con el menor infractor, en cuanto a tres temas específicos: (a) toda detención de un menor deberá ser notificada en forma inmediata, o dentro del lapso más breve posible, a sus padres o a su tutor¹⁸; (b) habrá de examinarse en forma expedita la posibilidad de poner al menor en libertad¹⁹; y (c) deben establecerse contactos entre el menor a quien se ha de investigar por violar la ley penal y los organismos estatales competentes para efectos de proteger su condición jurídica, promover su bienestar y evitar que sufra daño²⁰. De especial importancia resulta el Comentario a la regla 10.3., es decir, al tercer elemento que se acaba de mencionar, ya que precisa ciertas pautas básicas de comportamiento que deben observar los funcionarios administrativos, de policía u otros

que establezcan el primer contacto con el menor: “La regla 10.3. trata de algunos aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos de delincuencia de menores. La expresión ‘evitar... daño’ constituye una fórmula flexible que abarca múltiples aspectos de posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje duro, la violencia física, el contacto con el ambiente). Como la participación en actuaciones de la justicia de menores puede por sí sola causar ‘daño’ a los menores, la expresión ‘evitar...daño’ debe, por consiguiente, interpretarse en el sentido amplio de reducir al mínimo el daño al menor en la primera instancia, así como cualquier daño adicional o innecesario. Ello es de particular importancia en el primer contacto con las organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley, que puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad”.

4.2.5.1.10. Judicialización de menores como última alternativa. Especialmente relevante para el asunto bajo revisión es la Regla 11, sobre “Remisión de casos”, puesto que en ella se consagra el principio según el cual el sometimiento de los menores infractores ante las autoridades judiciales para que éstas adelanten el proceso jurídico-penal correspondiente ha de considerarse como la última opción: dispone esta regla que “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1. infra, para que los juzguen oficialmente”, y que en estos casos los organismos que se ocupen de los temas de delincuencia de menores deben estar facultados para decidir discrecionalmente, sin necesidad de intervención judicial, con base en los criterios jurídicos aplicables y en armonía con las Reglas Mínimas²¹. La importancia de esta posibilidad es subrayada por el Comentario correspondiente, según el cual “la remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, (...) sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”. Ello no obsta, sin embargo, para que las Reglas Mínimas mantengan abierta la posibilidad de procesamiento de menores de

edad infractores de la ley penal por vías judiciales, aunque –se reitera– este rumbo de acción se consagra como la última ratio o recurso para responder a la situación.

4.2.5.1.11. Detención preventiva como última ratio. La Regla 13 reviste, igualmente, una importancia crítica, puesto que se refiere al tema de la detención preventiva de menores, y establece cinco pautas centrales que habrán de ser respetadas en todos los casos: (a) sólo habrá de aplicarse la detención preventiva en tanto última opción, y durante el término más breve posible²²; (b) cuando sea posible, deberán adoptarse medidas sustitutivas de la detención preventiva²³; (c) los menores sometidos a este tipo de medidas habrán de gozar de la totalidad de derechos y garantías de que son titulares las personas privadas de la libertad²⁴; (d) deberá existir una separación estricta entre los menores y los adultos sometidos a detención preventiva²⁵; y (e) durante el término de detención, los menores habrán de recibir los cuidados, protección y asistencia individuales que requieran²⁶.

4.2.5.1.12. Debido proceso e interés superior del menor. La Regla 14 consagra, en términos generales, la obligatoriedad de respetar el debido proceso legal y el principio de promoción del interés superior del menor en todos los casos de procesamiento de menores infractores de la ley penal, al disponer que “todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo” (Regla 14.1.), y que “el procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente” (Regla 14.2.); se trata de una disposición íntimamente relacionada con la Regla 7.1., arriba reseñada. Las garantías procesales que forman parte de la noción de “juicio imparcial y equitativo” son identificadas en el Comentario respectivo, así: “De conformidad con el debido proceso, en un ‘juicio imparcial y equitativo’ deben darse garantías tales como la presunción de inocencia, la presentación y examen de testigos, la igualdad en materia de medios de defensa judicial, el derecho a no responder, el derecho a decir la última palabra en la vista, el derecho de apelación, etc.” Se reitera, pues, que cualquier menor procesado por infringir la ley penal es titular de las garantías procesales básicas con las que cuenta toda persona en virtud del derecho al debido proceso. Su condición de menor no justifica reducir el ámbito de tales derechos, sino que por el contrario, es el fundamento de mayores exigencias para las autoridades que han de crear las condiciones para asegurar el goce efectivo de dichos derechos.

4.2.5.1.13. Defensa técnica y participación de los padres o tutores en el proceso. Los temas de (a) el derecho de los menores a contar con el asesoramiento de un abogado, y (b) el derecho de los padres o tutores a participar en el procedimiento siempre que ello redunde en la promoción del interés superior del menor, son abordados conjuntamente por la Regla 15. Esta dispone (15.1.) que los menores tienen derecho a contar con la asesoría de un apoderado durante todo el proceso, incluida la asesoría jurídica de oficio prestada por defensores públicos²⁷, y (15.2.) que los padres y tutores tienen derecho a participar en las actuaciones –siempre que su exclusión no sea necesaria para defender los derechos del menor–, y podrán ser citados a comparecer al juicio o procedimiento cuando se requiera²⁸. En relación con este segundo tema, precisa el Comentario que el derecho de padres y tutores a participar en el procedimiento “debe considerarse como una asistencia general al menor, de naturaleza psicológica y emotiva, que se extiende a lo largo de todo el proceso”.

4.2.5.1.14. Investigación social sobre el menor implicado y sobre las circunstancias del hecho. En virtud de la Regla 16, antes de que se adopten decisiones definitivas sobre la responsabilidad penal de menores de edad, habrán de investigarse con detenimiento las condiciones materiales, sociales y culturales del menor, así como las circunstancias de comisión del hecho punible: “16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito”.

4.2.5.1.15. Pautas a observar por las medidas adoptadas al culminar el proceso. La Regla 17 consagra, bajo el título “Principios rectores de la sentencia y la resolución”, siete parámetros de obligatoria observancia al momento en que las autoridades competentes adopten una decisión final sobre el tratamiento jurídico que recibirá el menor:

(a) deberá existir proporcionalidad entre la decisión final adoptada, las circunstancias y la gravedad del hecho, las circunstancias y necesidades del menor y las necesidades de la sociedad;²⁹

(b) sólo se impondrán medidas restrictivas de la libertad personal que hayan sido debidamente ponderadas, y habrán de “reducirse al mínimo”³⁰; ello se deriva, según explica

el Comentario, de la certeza sobre el carácter esencialmente inadecuado de los enfoques meramente punitivos hacia el tema de la criminalidad de los menores de edad, frente al imperativo de promover su interés superior, su bienestar y sus derechos fundamentales con miras a su incorporación a la sociedad y su rehabilitación.³¹

(c) la privación de la libertad personal únicamente podrá imponerse cuando el menor haya cometido un acto grave y violento contra otra persona, o por reincidencia en otros delitos graves, y cuando no exista otra respuesta institucional apropiada³² -es decir, “salvo que no haya otra respuesta adecuada para proteger la seguridad pública”, según explica el Comentario pertinente-;

(d) la promoción del interés superior del menor, en particular de su bienestar, deberá ser el principal criterio guía para el estudio de los casos individuales³³;

(e) no se podrá imponer pena de muerte por los delitos que cometan menores de edad³⁴ -regla que hace eco de las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.5.), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4.5.) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37-a), arriba citados-;

(f) no podrán imponerse penas de tipo corporal a los menores infractores³⁵ -con lo cual se particulariza la prohibición general de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes consagrada en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución Política; y

(g) las autoridades competentes retienen la potestad de ordenar la suspensión del proceso en cualquier punto de su desarrollo³⁶, si llegan a su conocimiento circunstancias que indican que tal rumbo de acción es aconsejable en aras de promover el interés superior del menor implicado.

4.2.5.1.16. Naturaleza residual de las medidas restrictivas o privativas de la libertad. El carácter residual de las medidas restrictivas o privativas de la libertad para menores infractores es ratificado por las Reglas 18 y 19. La Regla 18, titulada “pluralidad de medidas resolutorias”, dispone en términos generales que “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”, y enumera a título

enunciativo algunos ejemplos de medidas alternativas, menos restrictivas de la libertad individual³⁷. Por su parte, la Regla 19 sobre el “Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios”, y dispone: “el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”³⁸.

4.2.5.1.17. En virtud de la Regla 20, las actuaciones relativas a los menores que han violado la ley penal han de adelantarse en forma célere y sin dilaciones indebidas: “Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias”. La importancia de esta regla radica en la necesidad de que las medidas a aplicar sean oportunas dentro del proceso de desarrollo del menor involucrado; tal como explica el Comentario, “la rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra”.

4.2.5.1.18. Por último, mientras que las reglas 23 a 25 se refieren a ciertos aspectos del tratamiento por fuera de establecimientos penitenciarios –en asuntos tales como la ejecución efectiva de órdenes³⁹, la prestación de la asistencia requerida por el menor para garantizar su bienestar durante el proceso de rehabilitación⁴⁰ y la cooperación de organizaciones de voluntarios y comunitarias⁴¹-, las reglas 26 a 29 regulan el tratamiento en establecimientos penitenciarios –en cuanto a temas tales como los objetivos fundamentalmente resocializadores, protectores y educativos de tal tratamiento y las garantías básicas que se deben observar en su aplicación⁴², la aplicación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos⁴³, la concesión frecuente y pronta de libertad condicional⁴⁴ y el objetivo de establecer sistemas intermedios de protección que faciliten la transición de los menores delincuentes hacia la vida en sociedad⁴⁵.

4.2.5.2. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.

4.2.5.2.1. En estrecha relación con las Reglas de Beijing, en diciembre de 1990 la Asamblea General de la ONU adoptó, mediante resolución, una compilación de estándares mínimos a

aplicar en todos los casos de privación de la libertad de menores de edad. Como se señala en la Regla 3, “el objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad”. Su ámbito de aplicación es precisado adicionalmente por la definición de “privación de la libertad” que consta en la Regla 11(b), a saber: “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”. En consecuencia, en la medida en que un menor acusado o juzgado por haber desconocido la ley penal, se ubicará dentro del campo de aplicación de los estándares internacionales mínimos que se consagran en este instrumento.

Esta resolución, que al igual que las Reglas de Beijing codifica las obligaciones internacionales de Colombia en la materia –derivadas de los múltiples tratados de derechos humanos aplicables a los niños y adolescentes privados de libertad ratificados por Colombia, la mayoría de los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad⁴⁶–, contiene importantes disposiciones cuyo contenido, por su relevancia para el asunto que ocupa la atención de la Corte, se reseña a continuación.

4.2.5.2.2. La Regla 1 consagra dos principios estructurales de obligatoria observancia en estos casos, que constan igualmente en las Reglas de Beijing: por una parte, reitera el principio de protección integral y promoción del interés superior del menor, al establecer que el sistema de justicia de menores “deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental”; por otra, precisa que respecto de los menores de edad, “el encarcelamiento deberá usarse como último recurso”.

4.2.5.2.3. En el mismo sentido, en la Regla 2 de esta resolución (i) se aclara que toda privación de libertad de un menor deberá llevarse a cabo con observancia de las pautas mínimas que constan en este instrumento y en las Reglas de Beijing (“sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores...”), (ii) se reitera que un menor sólo podrá ser privado

de su libertad en tanto última opción, de carácter breve y excepcional (“la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales”), y (iii) se faculta a la autoridad judicial competente para decidir sobre la duración de esta medida, manteniendo abierta la posibilidad de dejar al menor en libertad antes del término inicialmente fijado (“la duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”).

4.2.5.2.4. La Regla 4 reitera el mandato genérico de no discriminación, y lo refiere a la aplicación de las reglas que constan en este instrumento, que deberán ser aplicadas sin distinción injustificada de ningún tipo a todos los menores privados de su libertad, por igual (“las Reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores, sin discriminación alguna...”).

4.2.5.2.5. Las Reglas 12 y 13 consagran, en términos generales, cláusulas de salvaguarda de los derechos humanos de los menores sometidos a toda forma de privación de la libertad, a quienes (a) se deberá proveer la oportunidad de realizar actividades y programas que contribuyan a su desarrollo, educación y resocialización, fomentando en todo momento su sentido de la dignidad, y (b) garantizar que por su condición de privación de la libertad, no se les negará el respeto de sus derechos civiles, económicos, sociales, políticos o culturales. Dispone el tenor literal de la Regla 12 que “la privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad”. Por su parte, la Regla 13 establece que “no se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”.

4.2.5.2.6. Las reglas 17 y 18 regulan la situación de los menores que han sido detenidos o puestos en detención preventiva a la espera de juicio, y consagran ciertas garantías mínimas de obligatoria observancia, como son:

(a) la presunción de inocencia⁴⁷;

(b) el carácter residual y excepcional de la detención preventiva⁴⁸;

(c) la tramitación prioritaria y expedita de los procesos correspondientes a menores puestos en detención preventiva⁴⁹;

(d) la separación de los menores detenidos antes del juicio de aquellos que ya han sido declarados culpables⁵⁰;

(e) el derecho de los menores al asesoramiento y asistencia jurídica, gratuita cuando ello sea posible, y a la comunicación regular con sus apoderados, de manera privada y confidencial⁵¹;

(f) el derecho de los menores detenidos a realizar, cuando sea posible, labores de estudio y trabajo voluntarias, sin que se pueda prolongar su detención por razones de estudio o de trabajo⁵²; y

(g) el derecho de los menores a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo apropiado para su condición⁵³.

4.2.5.2.7. Las reglas siguientes contenidas en el instrumento que se reseña regulan ciertos aspectos específicos atinentes a la administración y el funcionamiento de los centros de reclusión o internamiento de menores, que son igualmente aplicables dentro del ordenamiento interno colombiano, en materias tales como (i) el ingreso, registro, desplazamiento y traslado de los menores, (ii) su clasificación y asignación, (iii) las características del medio físico y el alojamiento que se les ha de proveer, (iv) su educación, formación profesional y trabajo, (v) las actividades recreativas que han de desarrollar, (vi) la religión, (vii) la atención médica, (viii) las notificaciones sobre enfermedad, accidente o defunción, (ix) los contactos con la comunidad, (x) las limitaciones a la coerción física y el uso de la fuerza, (xi) los procedimientos disciplinarios, (xii) la inspección de los centros y las reclamaciones a que haya lugar, (xiii) la reintegración en la comunidad, y (xiv) el personal que deben mantener. En la medida en que tales reglas le dan contenido específico a los derechos de los menores que están garantizados en el artículo 44 de la Constitución, han de ser respetadas por las autoridades nacionales.

4.2.6. La coincidencia con los instrumentos regionales y las decisiones de la corte Europea de Derechos Humanos.

4.2.6.1. Otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos consagran, en términos igualmente inequívocos, la posibilidad de que los menores de edad sean procesados por las conductas delictivas en las que incurran, siempre y cuando se cumpla con ciertas garantías básicas atinentes a este tipo de actuaciones. Así sucede, por ejemplo, con la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, cuyo artículo 17 regula específicamente el tema de la Administración de Justicia Juvenil⁵⁴, o con la Convención Europea de Derechos Humanos, que también incluye en el artículo 5-1-d una disposición específica sobre la detención y otras formas de privación de la libertad de menores⁵⁵. Si bien estos instrumentos no son obligatorios para Colombia, proporcionan indicaciones adicionales sobre la existencia de un consenso internacional sobre el tema de las características específicas y diferentes de la responsabilidad penal de los menores de edad, así como el pleno respeto de los derechos y garantías que han de hacerse efectivos durante todo proceso orientado a determinar tal responsabilidad.

4.2.6.2. Los tribunales internacionales de derechos humanos, en particular la Corte Europea de Derechos Humanos, se han pronunciado en algunas oportunidades sobre el tema del procesamiento jurídico-penal de los menores de edad, precisando el alcance de las garantías que deben rodear todas las actuaciones desarrolladas en este sentido por las autoridades de los Estados miembros. Aunque Colombia no es parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, los pronunciamientos del tribunal europeo son relevantes para el caso bajo revisión, por cuanto (i) en tanto medio auxiliar de derecho internacional⁵⁶, las decisiones judiciales adoptadas por tribunales nacionales e internacionales contribuyen a interpretar y precisar el alcance de las normas convencionales y consuetudinarias de derechos humanos; y (ii) las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos respecto de las cuales la Corte efectúa sus pronunciamientos, son similares -y en algunos casos idénticas- a las disposiciones de derechos humanos contenidas en tratados e instrumentos internacionales que sí resultan vinculantes para Colombia, por lo cual las interpretaciones del Tribunal Europeo constituyen un criterio guía útil para efectos de discernir el contenido y alcance de los compromisos internacionales de Colombia en la materia.

4.2.6.2.1. El primer caso en que la Corte Europea de Derechos Humanos se refirió a este

tema fue el de Bouamar vs. Bélgica⁵⁷; el peticionario era un ciudadano marroquí que, siendo menor de edad, había sido sometido por las autoridades belgas a medidas privativas de la libertad en razón de su comportamiento antisocial, y controvertía la legalidad de algunas de estas medidas bajo la Convención Europea de Derechos Humanos. La Corte, haciendo referencia al artículo 5-1-d de la Convención (anteriormente citado), concluyó luego de analizar las circunstancias del caso que sí se habían desconocido algunas de las garantías propias de estos procesos; y lo que es más importante para el caso presente, de este pronunciamiento se infiere que el procesamiento y detención de menores de edad en atención a su comportamiento antisocial no son, en sí mismos, lesivos del artículo 5 o de otras disposiciones de la Convención Europea, siempre y cuando se respeten las garantías mínimas allí establecidas⁵⁸.

4.2.6.2.2. Más recientemente, en los casos de V. vs. Reino Unido⁵⁹ y T. vs. Reino Unido⁶⁰, la Corte Europea de Derechos Humanos precisó por primera vez el alcance de algunas de las garantías procesales y judiciales de la Convención Europea en casos de menores de edad infractores de la ley penal. Los peticionarios en este caso, a la edad de 10 años, asesinaron violentamente a un niño de 2 años, por lo cual fueron detenidos y sometidos a un juzgamiento penal por las autoridades británicas, con todas las formalidades y características de un proceso penal contra adultos, que atrajo altísimos niveles de atención pública nacional e internacional por la naturaleza impactante del crimen. Se alegaba ante la Corte Europea que este curso de acción, dadas las características del juicio y de la detención, así como sus efectos sobre los menores, constituía un desconocimiento de varias disposiciones de la Convención Europea. En la sentencia, la Corte efectuó importantes precisiones sobre el tema del juzgamiento penal de menores a la luz del derecho internacional, citando no sólo la Convención Europea de Derechos Humanos sino también otras disposiciones relevantes, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas de Beijing:

(a) Los demandantes alegaban, en primer lugar, que el tratamiento judicial al que se les había sometido constituía trato inhumano o degradante, contrario al artículo 3 de la Convención Europea, dado el efecto acumulado de varios factores que incluían su edad, la naturaleza del juicio que se les había impartido, la aplicación de procedimientos judiciales para adultos a su caso, la disposición física de la sala de audiencias, la duración del juicio, la presencia de jurados adultos, de los medios de comunicación y del público. La Corte, luego

de recordar su doctrina sobre la proscripción de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, procedió a determinar en primer lugar si el sometimiento de un menor de edad a un juicio de responsabilidad penal por actos que había cometido a la edad de 10 años constituía, en sí mismo, una violación del artículo 3 de la Convención. Sobre el particular, la Corte puntualizó que (i) no existe en la actualidad una edad mínima para la atribución de responsabilidad penal aceptada comúnmente por los Estados europeos, (ii) los textos e instrumentos internacionales relevantes tampoco permiten inferir una tendencia clara al respecto, tanto así que la Regla 4 de las Reglas de Beijing (que para la Corte, aunque no son en sí mismas obligatorias, son evidencia del consenso internacional sobre la materia) no especifica una edad a la que se debería fijar la responsabilidad penal, sino simplemente invita a los Estados a no fijarla en un punto demasiado bajo, mientras que el artículo 40-3 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige que los Estados partes establezcan una edad por debajo de la cual se presumirá que los niños no tienen la capacidad de violar la ley penal, sin establecer cuál ha de ser dicha edad⁶¹. Por esta razón, la Corte dedujo que la edad de 10 años, establecida en el Inglaterra como edad mínima para la atribución de responsabilidad penal, no era excesivamente baja frente a los estándares internacionales y europeos existentes; en consecuencia, dictaminó que en sí mismo el sometimiento de un menor a juicio por actos cometidos cuando tenía 10 años no era, per se, un trato cruel, inhumano o degradante que desconociera el artículo 3 de la Convención.

Por otra parte, también en relación con el cargo por violación del artículo 3 de la Convención -y en relación con el tema de la publicidad que se otorgó al juicio⁶²-, la Corte Europea constató que existe una tendencia internacional hacia la protección de la intimidad de los menores implicados en procesos penales, que se refleja en textos vinculantes tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos, tales como la Regla 8 de las Reglas de Beijing o la Recomendación No. R(87) de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶³. Sin embargo, afirmó que el tema de la protección de la privacidad de los menores no podía tomarse como criterio determinante para establecer si se había impartido a los actores un trato lo suficientemente grave y deliberado como para constituir una violación del Artículo 3⁶⁴; y en cualquier caso, consideró que la publicidad que se otorgó al caso no era un factor que hubiese agravado sustancialmente el impacto psicológico del proceso sobre los peticionarios, quienes de por sí habían resultado altamente afectados por la interacción con las autoridades en torno al hecho punible que habían cometido⁶⁵.

(b) En segundo lugar, los demandantes afirmaban que se había violado su derecho al debido proceso (artículo 6-1 de la Convención Europea), en la medida en que no se les había permitido participar efectivamente en el proceso penal adelantado en su contra, dado su estado de desarrollo psicológico, así como el hecho de que no comprendían plenamente el alcance de los procedimientos aplicados y de que se encontraban demasiado traumatizados e intimidados por las circunstancias del juicio para dar su propia versión de los hechos. La Corte, reiterando que este era el primer caso en el que debía pronunciarse sobre el alcance de la garantía del artículo 6-1 de la Convención en casos de menores infractores procesados penalmente, aclaró que en principio no viola el debido proceso el sometimiento de un niño a un juicio penal, incluso si es de corta edad (11 años para el momento del juicio), pero que en estos casos es esencial que (i) el niño a quien se le imputa la comisión de un delito sea tratado de forma tal que se tomen plenamente en consideración su edad y sus capacidades intelectuales y emocionales, y (ii) se adopten medidas para promover su habilidad para comprender el proceso y participar en él⁶⁶. En esa medida, concluyó que respecto de niños de corta edad acusados de delitos graves que atraen la atención de los medios y del público, sería necesario llevar a cabo las audiencias en forma tal que se reduzcan, en la medida de lo posible, sus sentimientos de inhibición e intimidación⁶⁷, conciliando este requerimiento con el interés público sobre el asunto a través de mecanismos intermedios, tales como el acceso restringido a las actuaciones por parte de los medios. Luego de verificar las condiciones psicológicas bajo las cuales los peticionarios habían sido sometidos a juicio, la Corte concluyó que efectivamente se había presentado un desconocimiento de su derecho a la participación efectiva en el proceso penal, la cual no había sido contrarrestada adecuadamente por la presencia de abogados defensores cualificados⁶⁸. La decisión de la Corte fue, en consecuencia, la de declarar que las autoridades británicas habían incurrido en una violación del artículo 6-1 de la Convención Europea, en la medida en que a los peticionarios se les había desconocido su derecho al debido proceso al haberseles negado la oportunidad de participar en forma efectiva en el juicio⁶⁹.

4.3. La responsabilidad penal de los menores de edad ante el derecho penal internacional.

4.3.1. 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, anteriormente mencionadas (apartados 4.2.1. a 4.2.5.). Si bien esta materia se entrecruza con el tema específico de los niños combatientes y su posible responsabilidad penal por la comisión de delitos internacionales, para los efectos de la presente sección únicamente se hará referencia al tema de la edad de responsabilidad penal; los temas de Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos atinentes al tópico de la investigación y juzgamiento penal de niños desmovilizados de los grupos armados ilegales serán abordados con mayor detenimiento en la sección 5 de esta providencia.

4.3.2. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ratificado por Colombia mediante Ley 742 de 2002, cuya constitucionalidad fue revisada en la sentencia C-578 de 2002) dispone en su artículo 26 (titulado “Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte”) que este tribunal internacional “no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”. Esta disposición no debe interpretarse como una regla general relativa a la proscripción de la responsabilidad penal de menores de edad a nivel internacional, sino simplemente como una delimitación de la competencia específica de la Corte Penal Internacional. Según demuestran los trabajos preparatorios de este Estatuto, la solución plasmada en el artículo 26 fue adoptada por los Estados con el propósito de evitar el riesgo de conflicto entre el Estatuto y las distintas jurisdicciones nacionales a propósito de la edad mínima de atribución de responsabilidad penal⁷⁰. En este sentido, teniendo en cuenta el principio de complementariedad -que gobierna el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional-, el juzgamiento de los menores de edad acusados de cometer crímenes de derecho internacional corresponde a las jurisdicciones penales nacionales de los Estados Parte. Esta interpretación es reforzada por el hecho de que la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 40-2 arriba citado, dispone que los menores de edad pueden efectivamente ser declarados responsables por actos prohibidos por el derecho internacional.

En la sentencia C-578 de 2002⁷¹ la Corte Constitucional confirmó esta interpretación, al pronunciarse así respecto del artículo 26 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “con relación a la exclusión de los menores de 18 de la competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte observa que la norma es coherente con las normas constitucionales

que protegen especialmente a los niños o menores de edad y, en el ámbito nacional, le otorgan un tratamiento especial como inimputables sujetos a medidas de seguridad y no a penas,⁷² cuando son encontrados responsables por los jueces nacionales de la comisión de un delito (artículo 33 del Código Penal, artículo 2º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992; y el artículo 2º del Código del Menor). La Corte Penal Internacional carece de competencia para perseguir y enjuiciar las conductas de personas menores de edad, siendo las autoridades nacionales, en principio, los llamados a conocer de estos hechos, en consonancia con las normas nacionales e internacionales de protección al menor”.

4.3.3. El hecho de que los menores de edad pueden ser considerados responsables por violaciones al derecho penal internacional es confirmado por lo dispuesto en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, creado mediante Resolución 1315 de 2000 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para conocer de las atrocidades perpetradas durante la guerra civil en este Estado africano. Dado que una proporción significativa de los crímenes internacionales cometidos en el curso de tal conflicto fueron cometidos por niños combatientes que habían sido reclutados forzosamente por los grupos confrontados, se dispuso en el Estatuto que este Tribunal Especial tendrá competencia para conocer de los hechos cometidos por niños mayores de 15 años y menores de 18. No obstante, se precisó que ello habría de realizarse a través de un procedimiento especial que habrá de cumplir plenamente con los estándares internacionales reseñados en las secciones precedentes de esta providencia, incluyendo el carácter re-adaptativo y de reintegración de las medidas a imponer a tales menores. En efecto, dispone el artículo 7 del Estatuto de este Tribunal (traducción informal):

4.4. La responsabilidad penal de los menores en el derecho comparado

4.4.1. Una revisión sumaria del derecho comparado en cuanto al tema que ocupa la atención de la Sala confirma la proposición básica que se ha venido estudiando, a saber, que los menores de edad sí pueden incurrir en responsabilidad penal, y que en consecuencia deben recibir un tratamiento jurídico-procesal adecuado a su condición de sujetos de especial

protección, de conformidad con los principios de diferenciación y de especificidad (apartado 4.2.5.1.3) tanto del procedimiento como de las medidas a imponer.

4.4.2. A nivel internacional existen profundas discrepancias en cuanto a ciertos asuntos puntuales relacionados con este tema, en particular en relación con la edad mínima a partir de la cual se puede entender que los niños son susceptibles de responsabilidad penal; sin embargo, la existencia de tales discrepancias no obsta para que exista un consenso internacional respecto de la posibilidad misma de someter a personas menores de edad a procesos judiciales rodeados de las garantías mínimas mencionadas, la cual se materializa en cada ordenamiento jurídico particular dentro del rango de edad allí establecido. En efecto, si bien los distintos sistemas jurídicos del mundo difieren en cuanto a los límites superior e inferior dentro de los cuales se puede declarar la responsabilidad criminal de los menores de edad -lo cual, como se reseñó, fue un factor importante que tuvo en cuenta la Corte Europea de Derechos Humanos para decidir sobre los casos de *V. vs. Reino Unido* y *T. vs. Reino Unido*-, la gran mayoría de ellos coincide en que los menores de 18 años sí pueden ser considerados responsables de cometer infracciones penales, y en que tienen derecho a recibir un trato jurídico adecuado durante los procesos orientados a establecer su responsabilidad individual, de conformidad con los principios de diferenciación y especificidad.

Se observa que en la actualidad, existe un importante debate entre las distintas escuelas criminológicas y los pensadores del derecho penal, sobre el sentido y la razonabilidad de fijar la edad mínima para efectos penales en un punto más o menos alto del desarrollo vital de los menores; sin embargo, este debate no desvirtúa la existencia de un consenso entre los Estados y los correspondientes sistemas jurídicos sobre la posibilidad misma de juzgamiento de menores de edad por la responsabilidad penal en la que pudieren incurrir, dentro de límites y parámetros diversos, dependiendo del sistema adoptado por cada Estado en atención a sus factores históricos, políticos, sociales y culturales específicos.

4.4.2. La siguiente tabla comparativa ilustra tanto las discrepancias existentes en cuanto a la edad mínima a partir de la cual los niños pueden ser considerados responsables penalmente, como el consenso existente respecto de la posibilidad, generalmente aceptada, de juzgar a los menores de 18 que violen la ley penal, dentro de un rango de edad variable según el país⁷⁴:

País

Edad mínima a partir de la cual existe responsabilidad penal y se aplica el derecho penal de menores

Edad a partir de la cual existe responsabilidad penal adulta y se aplica el derecho penal ordinario

Alemania

14

18/21

Argentina

16

18

Armenia

14/15/16

18

Australia

10

17-18/16

Austria

14

18/21

Bangladesh

7

12

Bélgica

1677/18

16/18

Bielorrusia

1478/16

14/16

Brasil

12

18

Bulgaria

14

18

Croacia

14/1679

China

14

18

Dinamarca

15

15/18

Escocia

8/16

16/21

Eslovaquia

15

18

Eslovenia

1480/16

18

España

14

18/21

Estonia

14

18

Federación Rusa

1481/16

14/16

Finlandia82

15

15/18

Francia

1083/13

18

Georgia

1484/16

18

Grecia

13

18/21

14

18

India

7

12

Inghilterra/Gales

10/12/1585

18

Irlanda

7/1586

18

Italia

14

18/21

Japón

14

20

Latvia

14

18

Libia

787/14

18

Lituania

1488/16

14/16

Macedonia

1489/16

14/16

Moldavia

1490/16

14/16

Noruega91

15

18

Nueva Zelanda

1092/14

Países Bajos

12

18/21

Perú

12

18

Polonia

1393

15/17/18

Portugal

1294/16

16/21

República Checa

15

18

Rumania

16/18

16/18/21

Suecia95

15

15/18

796/15

18

Suiza

7/1597

15/18

Taiwan

14

18

Turquía

11

15

Ucrania

1498/16

14/16

Vietnam

14

18

4.4.3. De esta manera, e independientemente del punto en el cual se fije el límite inferior para la atribución de responsabilidad penal, es claro que en la totalidad de los sistemas jurídicos reseñados existe un sistema especial para el tratamiento de los menores de edad que incurrían en este tipo de responsabilidad. En otras palabras, en todos estos sistemas se admite la posibilidad de que los menores de edad sean responsables por infringir la ley penal, y se establecen disposiciones jurídicas específicas para garantizar que recibirán el tratamiento diferente y específico que requieren por su condición de niños o adolescentes en proceso de formación.

4.5. La responsabilidad penal de menores en el ordenamiento jurídico colombiano.

4.5.1. En el ordenamiento jurídico colombiano los menores de edad sí pueden ser considerados responsables de violar la ley penal, pero en virtud de su condición especial, tienen derecho a ser procesados y juzgados por autoridades específicas, con respeto por todas las garantías consagradas a nivel nacional e internacional para este tipo de procesos, y con el fin esencial de proteger, educar, rehabilitar y resocializar al menor involucrado en la comisión de un delito o contravención, lo cual, a su turno, incide en el tipo de medidas que se han de imponer. Como se explicará en los acápites subsiguientes, esta conclusión se deriva de lo dispuesto en la Carta Política, el Código Penal vigente, el Código del Menor vigente y la jurisprudencia constitucional.

4.5.2. Disposiciones constitucionales pertinentes

4.5.2.1. Como se señaló anteriormente, la Constitución Política no se refiere al tema específico de la responsabilidad penal de los menores de edad. No obstante, lo dispuesto en los artículos 44 y 45 es directamente relevante para la resolución de los cargos planteados contra la norma acusada.

4.5.2.2. El artículo 44 de la Carta establece que los niños, es decir, los menores de edad, gozarán -además de los derechos fundamentales allí enumerados- de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En esa medida, los menores acusados de infringir la ley penal son titulares, por remisión constitucional expresa, de las garantías procesales que constan en los tratados internacionales que obligan a Colombia y que fueron reseñadas en los acápites anteriores, lo cual confirma la fuerza vinculante de dichos estándares internacionales dentro del ordenamiento interno de nuestro país. Se trata del catálogo esencial de garantías mínimas que habrán de respetarse en todos los casos de procesamiento jurídico-penal de menores de edad.

4.5.2.3. Adicionalmente, el artículo 44 Superior atribuye a la familia, la sociedad y el Estado “la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; de allí que toda actuación judicial y administrativa relacionada con el procesamiento de menores infractores deba tener como finalidad primordial la protección y asistencia de cada niño o adolescente involucrado, con miras a facilitar su proceso de desarrollo y reincorporación a la sociedad para efectos de ejercer plenamente sus derechos constitucionales. Esta misma consecuencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución, de conformidad con el cual “el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral”.

4.5.3. Disposiciones relevantes del Código Penal

4.5.3.1. El Código Penal vigente, Ley 599 de 2000, establece que los menores de 18 años que cometan infracciones del ordenamiento penal serán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. En efecto, el último inciso del artículo 33 que se cita ordena que “los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”. En la sentencia C-839 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte avaló la

constitucionalidad de la creación legal de dicho sistema de responsabilidad penal, según se explica en detalle en el acápite 4.5.5.3. subsiguiente.

4.5.3.2. El hecho de que el Legislador hubiese previsto la existencia de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil sólo confirma la proposición cuyo sustento jurídico se está estudiando en este acápite: los menores de 18 años pueden ser responsables por violar la ley penal, y esa responsabilidad debe hacerse efectiva a través de procedimientos y actuaciones específicos y diferentes de los que se llevan a cabo con ocasión de la comisión de hechos punibles por mayores de edad. Son estos principios de especificidad y de diferenciación los que informan el sentido de las garantías procesales aplicables a los menores infractores de la ley penal.

4.5.4. Disposiciones relevantes del Código del Menor

4.5.4.1. El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil al que alude el artículo 33 del Código Penal aún no ha sido reglamentado por el Legislador. Por lo tanto, a la fecha se encuentra vigente, en materia de responsabilidad penal de los menores de 18 años, el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989. Este Código contiene tanto disposiciones genéricas relativas a los derechos de los menores que entran en conflicto con la ley penal, como un título entero dedicado a regular las condiciones y el tratamiento jurídico-penal de los menores infractores. A continuación se aludirá a algunas de ellas, advirtiendo que ello no implica juicio alguno sobre su compatibilidad con la constitución de todo el sistema regulado en el Código del Menor, ni de alguna de sus disposiciones aisladamente considerada⁹⁹.

4.5.4.2. El Código del Menor consagra algunas disposiciones generales sobre los derechos de los menores infractores en sus artículos 16 y 17. El artículo 16 dispone que (i) como parte integrante del derecho de los menores a la protección de su integridad personal, éstos no podrán ser sometidos a tortura, tratos crueles o degradantes ni detención arbitraria; y (ii) el menor privado de libertad “recibirá un tratamiento humanitario, estará separado de los infractores mayores de edad y tendrá derecho a mantener contacto con su familia”. Por su parte, el artículo 17 establece que “todo menor que sea considerado responsable de haber infringido las leyes, tiene derecho a que se respeten sus garantías constitucionales y procesales, así como a la asistencia jurídica adecuada para su defensa”. De esta forma, también a nivel legal se han contemplado en el ordenamiento interno las garantías

procedimentales propias de los juicios tendientes a establecer la responsabilidad penal de los menores, según se reseñaron en los acápites precedentes.

4.5.4.3. Según el artículo 30-4 de este Código, una de las situaciones irregulares en las que se pueden encontrar los menores de edad es la de haber sido autores o partícipes de una infracción penal. En consecuencia, ante la situación de estos menores, las autoridades están facultadas –en virtud del artículo 29 ibídem- para adoptar las medidas de protección preventivas y especiales previstas en la ley.

4.5.4.4. El Título V del Código del Menor regula en detalle la situación del menor infractor. El primer capítulo contiene algunas disposiciones generales que, nuevamente, incorporan al ordenamiento interno las garantías que, según el derecho internacional de los derechos humanos y lo dispuesto en los artículos 44 y 45 de la Constitución, deben estar presentes en todo juicio de responsabilidad penal de menores. Así, el artículo 163 del Código consagra (i) el principio de legalidad de los delitos y las penas, al establecer que “ningún menor podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté expresamente consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió”; y (ii) el principio del juez natural, al ordenar que tal declaración de responsabilidad deberá efectuarse “ante juez competente previamente establecido”. A su turno, el artículo 164 dispone en términos generales que “igual que en todos los demás procesos, en aquellos donde se involucre un menor se respetarán las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes”, y resalta la importancia de tres de dichas garantías: la presunción de inocencia, al derecho de defensa y el derecho a ser informado de las circunstancias de la aprehensión. Se trata de disposiciones que han de interpretarse de manera armónica con las normas internacionales obligatorias para Colombia, mientras la Corte no se haya pronunciado sobre su exequibilidad.

4.5.4.5. El tema de la edad mínima para efectos penales es regulado por los artículos 165, 166, 167 y 169 del Código del Menor. De conformidad con este ordenamiento, se establece un sistema dual de tratamiento jurídico penal para los menores infractores. Por una parte, se dispone que los menores de 18 años y mayores de 12 quedarán bajo la competencia de los Jueces de menores o Promiscuos de Familia, quienes conocerán de las infracciones a la ley penal cometidas por los menores que estén dentro de este rango de edad, “con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad”. Por otra parte, cuando la infracción sea cometida por un menor de 12 años, éste quedará a

disposición de los Defensores de Familia (es decir, no serán judicializados), y tales funcionarios administrativos adelantarán las actuaciones pertinentes “con la finalidad de ofrecerles la protección especial que su caso requiere y procurar su formación integral” (artículo 169). También se adjudica a los Defensores de Familia la competencia para conocer de las contravenciones en que incurran los menores de 18 años.

4.5.4.6. La regulación procesal subsiguiente, contenida en los artículos 170 a 219 del Código del Menor, establece ciertas garantías procedimentales básicas a respetar durante los trámites adelantados en relación con los menores infractores. No entrará la Corte a presentar en detalle el contenido de esta regulación; sin embargo, es pertinente reiterar que (i) las salvaguardas y derechos allí previstos deben interpretarse, en todo caso, a la luz de lo dispuesto en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales que se han reseñado en esta providencia, y (ii) en todo caso, estos procedimientos han de propender por la materialización del objetivo central de la justicia de menores, a saber, el logro de la plena rehabilitación, resocialización y protección de cada menor infractor individualmente considerado. A este respecto también resulta importante indicar que la regulación legislativa del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil también ha de respetar y desarrollar las garantías mínimas internacionalmente aceptadas para este tipo de actuaciones.

4.5.5. Jurisprudencia constitucional relevante: las características específicas y diferentes de la responsabilidad penal de los menores excluyen que se apliquen los conceptos de “condena” y de “pena” en el sentido que tienen dentro del régimen penal ordinario.

4.5.5.1. La primera oportunidad en que la Corte hizo alusión a este asunto fue en la sentencia C-019 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón). Al examinar la constitucionalidad de algunas disposiciones del Código del Menor, la Corte reafirmó varias de las reglas que se han mencionado en esta providencia, y entre ellas el precepto fundamental según el cual la protección especial de la niñez conlleva implicaciones de gran trascendencia para el tratamiento jurídico-penal de los menores infractores: “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para lograr su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Es fácil inferir que todo lo anterior implica no sólo una nueva filosofía para el tratamiento de los problemas del menor infractor sino una pauta en la que prevalecen la comprensión, el amor y la educación sobre los clásicos instrumentos preventivos, resocializadores y represivos, propios del derecho penal. // De ahí que una de

las tareas inmediatas sea la de ‘constitucionalizar’ la legislación de menores y abolir instituciones que responden a una ya superada visión del tratamiento de sus problemas”.

En esta providencia se hizo alusión explícita a algunas de las garantías internacionales básicas a implementar en estas actuaciones –se afirmó, por ejemplo, que “el nuevo derecho internacional sobre los derechos del niño tiende a confirmar al menor como titular de la mayoría de las garantías procesales reconocidas por instrumentos tales como el Pacto Internacional o la Convención Interamericana, como derechos de toda persona acusada penalmente” y se citaron las disposiciones relevantes de las Reglas de Beijing-, precisando que tales garantías han ingresado al ordenamiento interno colombiano mediante la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se indicó, igualmente, que el Código del Menor “reconoce también explícitamente que el interés superior del menor habrá de prevalecer sobre toda otra consideración y constituye guía ineludible para la aplicación de sus normas”, que dicho Código acogió dentro de la legislación interna los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y que en esa medida “su interpretación y aplicación habrá de enmarcarse en la filosofía protectora del niño que lo nutre y constituye su razón de ser, la cual debe prevalecer por sobre toda otra consideración en las labores propias de los funcionarios encargados de aplicarlo”. En cuanto al rango de edad dentro del cual son aplicables las garantías reforzadas a las que se ha aludido, se explicó que “desde el punto de vista del derecho internacional, tanto los niños como los adolescentes, deben ser considerados como ‘menores’ para efectos de otorgarles tratamiento protector cuando infringen la ley penal. La ley ha establecido que son menores los que aún no han cumplido los 18 años de edad, lo cual cubre a todos los niños y a la gran mayoría de los adolescentes, en los términos de la Constitución. Estos últimos tienen, además, los derechos de participación consagrados en el artículo 45 de la Carta. Así que, en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, ‘menores’ (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años), para todos los efectos del Código del Menor”.

En relación con los cargos específicos formulados en dicha oportunidad, la Corte efectuó los siguientes pronunciamientos, que son relevantes para el presente proceso:

(i) en cuanto al derecho a la doble instancia dentro de estos procesos, precisó que aunque el

artículo 167 del Código del Menor no la consagra, la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento interno modifica, en lo pertinente, las disposiciones de tal Estatuto; en consecuencia, afirmó la Corte: “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. (...) De manera que el artículo 167 del Código del Menor habrá de entenderse en el sentido de que los procesos relativos a menores infractores de la ley penal son de única instancia, salvo en los casos en los que durante su transcurso o al final del mismo se tome una medida que –si bien protectora o pedagógica-, sea privativa de la libertad. Dichas medidas podrán ser objeto de impugnación ante una instancia superior, sin perjuicio de los recursos de reposición que el mismo Código ya contempla”. Explicó la Corte que “esa impugnación se hace ante las Salas de Familia de los Tribunales Superiores pues, como lo ha establecido la jurisprudencia¹⁰⁰, los jueces de menores o los jueces promiscuos de familia están adscritos a la jurisdicción de familia, y, por lo tanto, las Salas de Familia de los respectivos Tribunales son sus superiores jerárquicos”.

(ii) En relación con el artículo 182-3 del Código del Menor, en virtud del cual en los procesos a favor del menor infractor se debe examinar, entre otras, sus circunstancias familiares, personales y sociales, recordó la Corte que “cuando un menor comete una infracción a la ley penal, lo que opera no es el poder punitivo del Estado, sino su facultad tutelar y protectora. Esa facultad se puede manifestar de muchas maneras, una de las cuales puede ser la posibilidad de otorgarle al menor un tratamiento resocializador y rehabilitador”, para luego señalar que “no se viola ni el Art. 42 de la Carta ni ninguna otra norma constitucional, cuando se obliga a la familia a cumplir las obligaciones que la misma Constitución le impone. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia permanecen a salvo cuando el juez de menores se limita a investigar las circunstancias familiares que le permitan formarse un juicio de valor sobre la conveniencia de que el niño permanezca o no en ese entorno”.

(iii) Al examinar el artículo 184 del Código del Menor, según el cual los menores aprehendidos

deben ser puestos a disposición del juez o autoridad competente al primer día hábil siguiente a su aprehensión, la Corte recordó en primer lugar que “el término ‘detención preventiva’ es ajeno y extraño a la naturaleza y fines del derecho de menores. Hace alusión a una figura propia del derecho penal, por lo general a una medida de aseguramiento. En la Constitución, connota el momento en que la persona ha sido aprehendida porque se considera presuntamente involucrada en la comisión de un hecho punible. (...) cuando el Código del Menor habla de aprehensión, no se refiere a la figura de ‘detención preventiva’ consagrada en la Constitución, sino al acto físico por el cual se restringe el derecho de locomoción del menor mientras se resuelve lo pertinente para su mejor protección”. Sin embargo, acto seguido precisó la Corte que “el artículo 184 del Código del Menor deberá interpretarse en el sentido de que los menores sean puestos a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, siempre y cuando ese término no exceda las 36 horas contempladas en el artículo 28 de la Constitución Nacional”, y que “el derecho que tienen los menores a un juez especializado, no puede aplicarse en detrimento del derecho que tienen a la libertad y a que se les resuelva su situación en los perentorios términos constitucionales”.

(iv) En relación con el artículo 187, que ordena al juez entrevistarse personalmente y en privado con el menor antes de tomar cualquier medida para efectos de informarse sobre su situación, afirmó la Corte como primera medida que “es necesario tener presente una vez más que los objetivos del proceso a favor del menor infractor son protegerlo, rehabilitarlo y tutelararlo”, por lo cual “cualquier cosa que se haga con miras a lograr esos objetivos es saludable y conforme con la Constitución, mientras en sí misma no vulnere otros derechos fundamentales de los menores”; a la luz de estos planteamientos, declaró exequible la norma, puesto que la entrevista privada suple adecuadamente dichas finalidades.

(v) Sobre lo dispuesto en el artículo 201-4 del Código del Menor, en el sentido de que las medidas impuestas cesarán, se modificarán o suspenderán por haber quedado el menor a disposición de la justicia ordinaria en razón de una infracción penal cometida después de la edad de 16 años, dijo la Corte que “el entendimiento que debe dársele a este artículo es bastante sencillo, a saber, que cuando una persona ha cumplido dieciocho años (y por lo tanto no es ya menor) y comete una infracción penal, la medida de rehabilitación que se le hubiere impuesto cuando era menor cesará, se modificará o suspenderá, según el caso, pues esa persona ha quedado ya a disposición de la justicia ordinaria, al cumplir los dieciocho

años. No le es aplicable, pues, el Código del Menor”. También precisó esta Corporación que “donde dice dieciséis debe leerse dieciocho, pues todo el sistema del Código está construido sobre la base de que son menores los que aún no han cumplido los dieciocho años”, dado que se trata de un error de transcripción.

(vi) Por último, haciendo alusión a la prohibición de los medios de comunicación de entrevistar o divulgar el nombre o datos del menor infractor (art. 301 del Código del Menor), la Corte explicó que “la experiencia ha demostrado que la individualización de las personas como delincuentes puede serles altamente perjudicial. En el derecho penal, se entiende como un mal necesario e inevitable. Pero en los casos de menores es indispensable evitar esa individualización. Ellos son más vulnerables y su identificación como infractores ante la opinión pública y a través de los medios, puede estigmatizarlos y obstaculizar su normal reinserción a la sociedad”.¹⁰¹

4.5.5.2. Otro pronunciamiento de la Corte Constitucional relevante para el asunto que se revisa es la sentencia C-817 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). En este caso se demandaban algunas disposiciones del Código del Menor que establecían como facultativa la intervención del apoderado en los procesos penales adelantados contra menores de edad, argumentando que con ello se violaban los artículos 29 y 13 de la Carta.

La Corte recordó, como primer paso, que “los procesos contra menores de edad por la comisión de hechos punibles difieren –en el enunciado– de los que se adelantan contra las demás personas, solamente en cuanto a su finalidad, pues –según la letra de la ley– en el evento de ser declarados responsables no se les impone una sanción penal sino medidas correctivas destinadas a lograr su rehabilitación, readaptación y reeducación. Tales procesos no son entonces, de carácter represivo sino esencialmente tutelar y tienen como fundamento la protección especial del niño y la prevalencia del interés superior del menor”. También explicó en este sentido que “los menores, que son tanto los niños como los adolescentes, se consideran inimputables frente a la ley penal, hasta los dieciocho (18) años, es decir, que no pueden ser declarados responsables de un hecho punible ni sometidos a medida o sanción penal como consecuencia de su realización, sino protegidos y educados de acuerdo con su situación personal o sociofamiliar”.

También enfatizó la Corte que estos procesos deben estar rodeados de una serie de

garantías, que corresponden tanto a los derechos generales de las personas como a los derechos específicamente reconocidos a los menores infractores de la ley penal: “los procesos penales contra menores de edad se rigen, como los demás procesos de la misma índole, por las normas constitucionales que consagran los derechos y garantías que se le conceden a toda persona sindicada de un hecho ilícito, entre los que cabe destacar el derecho al debido proceso, que comprende el derecho de defensa, el derecho a nombrar un abogado que lo asista en el proceso o a que se le designe uno de oficio, el derecho a impugnar las decisiones judiciales e interponer los recursos correspondientes, el derecho a pedir y contradecir las pruebas, el derecho a que se le aplique el principio de favorabilidad, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado conforme a las normas preexistentes al hecho que se le imputa, por jueces previamente señalados y por hechos preestablecidos en la ley como punibles, entre otros”.

En relación con los cargos concretos de inconstitucionalidad que se revisaban, precisó la Corte que “en los procesos penales que se adelanten contra menores de edad, éstos siempre deberán estar asistidos por un abogado elegido libremente por ellos, o por sus padres o ascendientes potestativos, y sólo en el evento de no ejercer este derecho constitucional, podrán las autoridades competentes designarle uno de oficio o un defensor público. La ausencia de apoderado en estos procesos es abiertamente inconstitucional pues no sólo se viola el precepto constitucional que así lo ordena sino también el derecho que tiene el menor a ejercer una defensa adecuada e idónea”. En aplicación de esta regla, la Corte declaró inexecutable ciertas expresiones de los artículos 166, 185, 191 y 199 del Código del Menor¹⁰².

4.5.5.3. De especial importancia para la presente providencia es la sentencia C-839 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En esta oportunidad se demandaban los artículos 33 y 475 del Código Penal (Ley 599 de 2000), en la medida en que preveían la creación de un sistema de Responsabilidad Penal Juvenil para el juzgamiento de los menores de 18 años.

En primer lugar la Corte, luego de recordar las reglas constitucionales e internacionales que ordenan brindar protección especial a los menores de edad –entre ellas la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad-, precisó en términos inequívocos que “contrario a lo sostenido por el demandante, los menores que se encuentran en situación

irregular y quebrantan el ordenamiento jurídico, son responsables frente al Estado por las consecuencias de su conducta”; en este sentido, dijo la Corte que “la incursión en conductas penalmente reprochables constituye una de las situaciones irregulares más dramáticas en que pueda encontrarse a los menores de edad, pues la delincuencia juvenil compromete el proceso de formación social y amenaza con truncar la participación activa y perfeccionante del menor dentro de la comunidad”. Por lo tanto, concluyó que “el reconocimiento de que los menores pueden ser sometidos a la jurisdicción de un tribunal (o de un juez) para que se resuelva su responsabilidad jurídica como consecuencia de la realización de una conducta penalmente reprochable, es entonces una realidad del derecho que no puede ser desconocida con el argumento de que los menores gozan de una protección especial por el Estado y la comunidad mundial. Ello más bien contribuye, como pasará a explicarse, a que los Estados refuercen las medidas legislativas y administrativas para obtener que, en el desarrollo del proceso penal, se respeten con especial cuidado los derechos sustantivos y procesales del menor inculcado y se busque, antes que la imposición de sanciones represivas, la aplicación de medidas de índole educativa y resocializadora para alcanzar la integración social del menor”.

Luego de efectuar una enumeración de las reglas pertinentes contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Reglas de Beijing, la Corte dedujo las siguientes conclusiones, que son de importancia cardinal para el proceso actual:

“Las consideraciones anteriores permiten llegar a una conclusión abiertamente opuesta a la que fundamenta el primer cargo de la demanda: la institucionalización de una justicia de menores no constituye, per se, un atentado contra los derechos de los menores, ni va en detrimento del deber de protección que recae en la sociedad y en el Estado.

Antes bien, podría decirse que la comunidad internacional ha reconocido ampliamente la necesidad de crear un sistema judicial especializado que permita resolver el problema de la delincuencia juvenil desde la perspectiva de la resocialización, la tutela y la rehabilitación, evitando que el menor desvíe su proceso de adaptación y trunque su desarrollo físico y moral, base del desarrollo de la sociedad moderna.

Es esta la razón de ser de la jurisdicción de menores y la filosofía que, a juicio de la Corte, debe inspirar el trabajo del legislador cuando emprenda la tarea de regularla. Mientras la ley

se ajuste a los principios constitucionales que guían el juzgamiento de los menores y conserve los objetivos que marcan su derrotero, la existencia misma de esta jurisdicción no merece reproche de constitucionalidad alguno; por el contrario, ésta debe ser avalada como el mecanismo propicio para armonizar los derechos de los menores infractores y la conservación de la seguridad pública”.¹⁰³

4.6. Síntesis: admisibilidad de la responsabilidad penal de menores, sujeta a los principios de especificidad y de diferenciación, y orientada por una finalidad educativa, rehabilitadora y protectora.

Del anterior recuento, la Corte resalta a manera de síntesis las siguientes reglas:

(i) los principios de diferenciación y especificidad de las leyes, órganos, objetivos, sanciones y modo de actuación propios del sistema de justicia de menores, que debe estar orientado hacia la promoción de su bienestar, su tutela y la garantía de proporcionalidad entre el hecho y la respuesta institucional;

(ii) el principio de la finalidad tutelar y resocializadora de las medidas que se han de imponer a los menores de edad como consecuencia de su responsabilidad penal, principio que conlleva la proscripción de un enfoque represivo en su tratamiento jurídico-penal; y

(iii) el principio de la promoción del interés superior de cada menor de edad involucrado en la comisión de hechos punibles, y del respeto de sus derechos fundamentales preexistentes.

4.6.2. En el procesamiento penal de menores de edad, se han de seguir en forma estricta las pautas constitucionales e internacionales mínimas que están consagradas en (i) el artículo 44 de la Carta Política, (ii) las Reglas de Beijing o “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, (iii) en los casos excepcionales en que ello sea pertinente, por encontrarse el menor de edad privado de la libertad, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño, (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y (vi) la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de parámetros de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por mandato expreso del artículo 44 Superior, de conformidad con el cual los niños son titulares de la totalidad de derechos consagrados en instrumentos internacionales a su favor. Dichos parámetros han de obrar, a

la vez, como criterios obligatorios de interpretación de las normas infraconstitucionales vigentes en nuestro país.

5. Menores de edad que participan en el conflicto armado

5.1. La necesidad de prestar atención detallada al contexto real de los menores combatientes

5.1.1. Por mandato del artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho. Una de las principales implicaciones de la adopción de esta fórmula política por el Constituyente de 1991 -fórmula cuyo contenido ha sido precisado en detalle en varios pronunciamientos de esta Corporación¹⁰⁴- es que “las políticas públicas, programas o medidas diseñadas y ejecutadas por las autoridades de un Estado Social de Derecho, han de partir de una evaluación razonable y cuidadosa de la realidad sobre la cual dichas autoridades efectuarán su intervención, y formularse de manera tal que atiendan a los resultados fácticos de la evaluación en cuestión, no a un estado de cosas ideal o desactualizado, en forma tal que no se afecte indebidamente el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas”¹⁰⁵.

5.1.2. Las fuentes de información a las que ha acudido la Corte para poner en contexto el control que ha de ejercer son variadas, e incluyen (1) informes efectuados por el Secretario General de las Naciones Unidas¹⁰⁶, (2) reportes de diferentes organizaciones internacionales tales como UNICEF, (3) diagnósticos de Organizaciones no Gubernamentales de proyección internacional, tales como el Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁰⁷, Human Rights Watch¹⁰⁸ y la Coalición para Detener el Uso de Menores Combatientes (Coalition to Stop the Use of Child Soldiers)¹⁰⁹, (4) la información especializada que ha sido publicada por la Defensoría del Pueblo, y (5) la información aportada por los diferentes intervinientes en el presente proceso. Como se verá, la totalidad de estas fuentes coinciden en su valoración de la gravedad, las dimensiones y las repercusiones del problema sobre el cual la Corte ha sido llamada a decidir.

La información se presentará en dos partes. La primera contiene un panorama de la situación de los menores combatientes a nivel global. La segunda se refiere específicamente a la realidad actual de los menores combatientes en Colombia

5.2. Niños que participan en conflictos armados: una visión global

5.2.1. Contexto: los niños víctimas de la confrontación armada

5.2.1.1. Los niños y adolescentes son víctimas inocentes de los conflictos armados, en proporciones alarmantes a escala mundial. Según datos de la Oficina del Representante Especial del Secretario General de la ONU para los Niños y el Conflicto Armado, para el año 2005, en más de 30 países la confrontación bélica cobra un altísimo número de víctimas infantiles. Sus cálculos revelan que en el curso de las guerras internacionales e internas de la última década, más de 6 millones de niños resultaron heridos, lesionados, discapacitados o mutilados; 2 millones de niños perdieron la vida; 13 millones de niños se convirtieron en víctimas del desplazamiento interno, y 10 millones más en refugiados. También se estima que anualmente hay 10,000 niños que caen víctimas de minas antipersonales; que un número similar es víctima de delitos sexuales cometidos durante el conflicto o es separado de su familia, que hay 1 millón de menores huérfanos por causa del conflicto, y que más de 10 millones de niños han sido traumatizados por la abducción, la detención, la violencia o el hecho de haber presenciado el asesinato de sus familiares o miembros de su comunidad.

5.2.1.2. A lo anterior se suma la realidad de aproximadamente 300.000 niños o adolescentes que han ingresado a las filas de los grupos armados en estos conflictos, algunos hasta de siete u ocho años de edad, desempeñando una variedad de roles en función de las hostilidades. En la mayoría de estos casos los menores han sido víctimas del reclutamiento forzoso. El problema de los menores combatientes se inscribe, así, en una dinámica de dimensiones globales, y ha despertado la alerta y consternación de múltiples instancias a nivel internacional y nacional.

5.2.2. Niños combatientes: un problema de dimensión internacional sin precedentes.

5.2.2.1. Según algunos estudiosos del tema¹¹⁰, aproximadamente el 10% de todos los combatientes del mundo son menores de edad; 76% de los conflictos armados que se han desarrollado durante la última década cuentan con combatientes menores de 18 años; entre estos conflictos, el 80% incluye combatientes menores de 15. El 40% de las organizaciones armadas que operan en el mundo utiliza menores de edad entre sus filas. Entre los países en los cuales se ha documentado esta práctica, además de Colombia, se incluyen Angola, Burundi, México, Perú, la Federación Rusa (Chechenia), Turquía, Yugoslavia, Algeria, Chad,

Congo, Eritrea, Etiopía, Rwanda, Sierra Leona, Somalia, Líbano, Afganistán, Irak, Irán, Israel, los territorios Palestinos, India, Pakistán, Filipinas, Uzbekistán, Papua Nueva Guinea y Myanmar, que son solo algunos de los casos más salientes. Se trata, pues, de una tendencia mundial, sistemática y deliberada, cuyas dimensiones rebasan los registros de la historia reciente -de hecho han incrementado en la última década- y exigen una respuesta conjunta por la comunidad internacional como un todo. Ello sin olvidar que es un problema que azota con especial crudeza a los países en vías de desarrollo, en los que existen mayores proporciones de población infantil, y en donde los niños están inscritos en patrones de confrontación, pobreza, violencia, hambre, degradación ambiental e inestabilidad política, que les hacen aún más vulnerables a ser incorporados directamente al conflicto armado¹¹¹.

5.2.3. Reclutamiento forzado de menores: características y razones subyacentes.

5.2.3.1. El reclutamiento de menores para formar parte de grupos armados asume varias formas, y se explica por una serie de factores subyacentes. A los menores combatientes se les incorpora a los grupos armados legales o ilegales, bien sea por la fuerza, bien de manera aparentemente “voluntaria”. Es excepcional la vinculación auténticamente voluntaria.

5.2.3.2. El reclutamiento forzado de menores de edad se efectúa mediante el uso directo de violencia, el secuestro, la abducción, o la intimidación directa a los niños y/o sus familias; otros ingresan a estos grupos para defenderse a sí mismos o a sus familiares. Por lo general, las víctimas del reclutamiento forzoso provienen de sectores sociales pobres, analfabetas y rurales; en efecto, varios estudios han demostrado que en los países en que este fenómeno ocurre, los hijos de familias con mayores recursos económicos y de contextos urbanos corren un riesgo mucho menor de ser reclutados a la fuerza.

5.2.3.3. Si bien la mayor parte de niños combatientes en el mundo son reclutados forzosamente, algunos ingresan a los grupos armados bajo la apariencia de un reclutamiento “voluntario”. Sin embargo, es claro para la comunidad internacional y para los expertos en el tema que el calificativo de “voluntario” no se corresponde con la situación material que lleva a los menores de edad a “decidir” que quieren participar en un grupo armado; en efecto, la opción de un niño de ingresar a estos grupos no es generalmente una decisión libre. La determinación de incorporarse a las filas obedece, en la práctica, a presiones de tipo económico, social, cultural o político, que no dejan alternativa a los niños ni a sus familias.

Los factores de mayor peso que subyacen a estas “decisiones” son de naturaleza económica y social: la pobreza de las familias, que les lleva a ofrecer a los menores a cambio de un ingreso o retribución, o simplemente por la ausencia de recursos para su manutención; la motivación de los niños de alistarse si con ello creen que van a garantizar alimentación, vestuario o atención médica para sus familias; la disolución de las estructuras económicas y sociales por causa del conflicto, que priva a los niños de opciones educativas y a sus familias de fuentes de ingreso y sustento, y favorece la opción por los grupos armados. En otros casos, el ingreso obedece a la desesperación: sin oportunidades educativas, separados de sus familias y sin acceso a estructuras sociales o institucionales de protección, los niños pueden “optar” por el reclutamiento como última alternativa. Lo que es más, múltiples informes documentan que proporciones significativas de niños buscan ingresar a los grupos armados por creer que éstos les darán protección: víctimas de la violencia familiar, el abuso o la explotación, o habiendo presenciado la violencia física contra sus familias o comunidades, los menores identifican estos grupos como núcleos capaces de proteger su integridad y seguridad.

Los factores psicológicos, ideológicos y culturales también inciden sobre este fenómeno. Por sus condiciones psicológicas y emocionales, los menores de edad son altamente vulnerables a la retórica de los reclutadores; son fácilmente manipulables para así ingresar a dinámicas violentas que no pueden comprender cabalmente ni resistir. En el contexto de los conflictos armados, los menores a menudo identifican la guerra con el poder y la protección; ante la precariedad de las estructuras institucionales, la vida en el conflicto puede ser revestida de connotaciones idealizadas por parte de mentes que están en proceso de desarrollo y son fácilmente impresionables. La propaganda y el discurso de los reclutadores operan, así, en un campo especialmente fértil para la manipulación cuando se trata de menores de edad, y en forma particularmente fuerte durante el período de la adolescencia, cuando los procesos de estructuración de la identidad están en su período formativo.

Los anteriores factores no dejan dudas para la Corte sobre lo poco “voluntario” de la “decisión” de un menor de ingresar a los grupos armados al margen de la ley. La proliferación de armas livianas de creciente poder destructivo contribuye en forma complementaria a la expansión de este fenómeno, ya que las armas ligeras son más fáciles de operar y de cargar, por lo cual los niños las pueden empuñar con igual efectividad mortífera que los adultos.

5.2.4. El rol de los menores en el conflicto (perspectiva general).

5.2.4.1. Como lo ha explicado el Secretario General de la ONU, los menores constituyen combatientes pocos costosos que son capaces de infundir terror entre los civiles y los grupos armados enemigos por igual.

5.2.4.2. Una vez reclutados, los niños y adolescentes cumplen roles tanto principales como de apoyo dentro del conflicto armado. Son incorporados en calidad de combatientes directos, o bien como cocineros, cargueros, guardias, mensajeros, espías, informantes, guardaespaldas o “campaneros”; tanto niños como niñas son, así mismo, utilizados como esclavos sexuales o trabajadores forzados en labores cotidianas. Otros son sometidos a tareas excesivamente riesgosas, como la detección de minas o el transporte de municiones y explosivos, o incluso para operaciones suicidas. Por lo general reciben el mismo trato que los adultos, incluyendo las violentas ceremonias de inducción y sanciones disciplinarias que incluyen la ejecución extrajudicial. Se ha reportado, pues, que los menores son obligados a cumplir ordenes bajo amenaza de muerte o de castigos físicos extremos. Muchos menores pertenecen a unidades militares organizadas, llevan uniformes y reciben entrenamiento específico; otros participan sin recibir instrucción en actos complementarios de violencia como poner bombas, plantar minas, recoger las armas de los caídos en combate, etc. A menudo se les hace cumplir múltiples roles, como sucede con las niñas, que son obligadas a servir de esclavas sexuales y simultáneamente a llevar a cabo otras tareas relacionadas con el enfrentamiento. Además de estar expuestos a los riesgos implícitos en estas actividades, afrontan el riesgo de violentas represalias por los grupos enemigos, o de la ejecución en caso de huir del grupo.

5.2.5. Efectos de la participación de los menores de edad en el conflicto armado (perspectiva general).

5.2.5.1. Además de las inmensas repercusiones que tiene el conflicto armado para los niños en general, la participación de menores de edad en los grupos enfrentados surte profundos efectos psicológicos, sociales y políticos en el corto, mediano y largo plazo. De entrada es claro que toda forma de participación en el conflicto armado, sea directa o indirecta, es nociva para los menores de edad – razón por la cual la definición de “menor combatiente” debe incluir a todos los menores que no cumplen funciones de combate propiamente dicho

pero sí llevan a cabo alguno de los distintos roles de apoyo que pueden desempeñar en torno a las hostilidades. No es solamente el rol en sí mismo lo que genera efectos nocivos; también el clima de violencia y la proximidad al conflicto son perjudiciales para los menores de edad.

5.2.5.2. Dada su falta de experiencia y vulnerabilidad, los niños y adolescentes típicamente sufren más muertes y lesiones en combate que los adultos. Por su falta de entrenamiento y su edad, rara vez valoran adecuadamente los riesgos a los que están sometidos, lo cual les deja particularmente expuestos a sufrir lesiones, ataques, estallidos de minas, etc. Además de morir, los niños que participan en la confrontación bélica a menudo quedan discapacitados, mutilados o con otro tipo de secuelas físicas permanentes.

5.2.5.3. Aquellos que sobreviven sufren, invariablemente, profundas consecuencias psicosociales como resultado de su participación en el conflicto. Los traumas psicológicos derivados de sus experiencias en la guerra, la separación de sus familias y la vida como combatientes generan complejos cuadros individuales que incluyen angustia, ansiedad, pesadillas, miedo constante a la muerte, recuerdos persistentes de sus actos de violencia, dificultades para controlar los comportamientos o reacciones violentas, problemas de concentración y abuso de sustancias psicoactivas o alcohol. A nivel social los menores también sufren efectos negativos como consecuencia de haber participado en el conflicto armado. Al haber perdido valiosos años de educación, sufren serias desventajas comparativas y pedagógicas; por el hecho de sus antecedentes –y a menudo de los actos violentos que han cometido–, su reincorporación a la comunidad suele ser muy problemática. Por haber sido privados de la oportunidad de crecer en un ambiente de protección y cariño, de asistir a la escuela y de interactuar con sus pares, sus procesos de socialización a menudo se ven obstaculizados; formados en la escuela de las armas, y por lo general testigos de escenas atroces, suelen des-sensibilizarse al sufrimiento humano y a las normas básicas de comportamiento social, por lo cual tienden a menudo a caer en patrones de conducta delictiva, y son fácilmente llevados a retomar las armas.

5.2.5.4. Es singularmente preocupante la situación de las niñas que han tomado parte en el conflicto. Además de estar envueltas en el combate y en otros roles, las niñas son frecuentes víctimas de violencia sexual, prostitución forzada y esclavitud sexual sistemáticas por parte de sus superiores, aparte de estar especialmente expuestas a estos riesgos por su vulnerabilidad misma en el marco de un conflicto interno. En no pocos casos, estas niñas son

estigmatizadas adicionalmente por sus comunidades de origen, lo cual dificulta su retorno. Su alta exposición a la violencia y explotación sexual genera traumas psicosociales, embarazos indeseados, abortos en condiciones letales y contracción de enfermedades de transmisión sexual. A pesar de que su participación en la confrontación armada es objeto de un reconocimiento creciente, algunos programas de reinserción no prevén su situación particular y sus necesidades específicas, o simplemente las excluyen de su ámbito de cobertura.

5.2.5.5. No es en vano que, como se verá más adelante, el reclutamiento de menores para participar en el conflicto se categoriza actualmente como un crimen de guerra, a nivel convencional, consuetudinario y legal.

Una vez realizada esta síntesis de la situación de los menores combatientes en el mundo en términos generales, procede la Corte a examinar el tema específico de los menores y adolescentes que participan en el conflicto colombiano.

5.3. Menores combatientes en Colombia: el objeto de regulación de la norma bajo revisión.

5.3.1. Dado que la disposición legal que se examina en este proceso alude expresamente a los menores que forman parte de los grupos armados al margen de la ley en nuestro país, es importante y pertinente que la Corte haga hincapié en los detalles que se conocen sobre su situación actual. Se reitera que la información contenida en este acápite proviene de fuentes de público conocimiento y/o aportadas al presente proceso, y se precisa que la referencia a estos datos de la realidad social no implica un pronunciamiento de la Corte sobre la posible responsabilidad de quienes se ven individualmente implicados en ella, tema que habrá ser objeto de un análisis casuístico por parte de las autoridades competentes. La Corte sólo cita aspectos de esta situación para efectos de contextualizar debidamente su análisis y su decisión.

5.3.2. Los principales estimativos señalan hay entre 11.000 y 14.000 menores de edad militando hoy en día en las filas de los grupos armados ilegales que operan en el territorio nacional. El caso colombiano ha sido objeto de varios estudios específicos, incluyendo el de la ONG Human Rights Watch titulado “Aprenderás a no llorar - niños combatientes en Colombia”-, un segmento especial del informe “Child Soldiers Global Report 2004”, producido por la Coalición para Detener el Uso de Menores Combatientes (Coalition to Stop the Use of

Child Soldiers), varias menciones y referencias específicas en informes del Secretario General de la ONU, y algunos estudios efectuados por autoridades nacionales, en particular la Defensoría del Pueblo. Los datos que revelan estos informes no pueden ser indiferentes para las autoridades, incluyendo a la Corte, por la seriedad, gravedad y urgencia del problema social y humanitario que allí se delimita. De hecho, la situación colombiana ha sido recientemente puesta en conocimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por el Secretario General de dicha organización, quien incluyó en su informe sobre niños en el conflicto armado de 2002 (documento S/2002/1299) una denuncia sobre la continuación de la práctica del reclutamiento infantil en Colombia por parte de los grupos armados ilegales en conflicto¹¹².

5.3.3. La situación de los menores combatientes en Colombia comparte la mayoría de las características que se describieron en el acápite anterior para el caso de los niños y adolescentes que participan en conflictos armados a nivel global. El número de menores involucrados en la confrontación ha aumentado significativamente en los últimos años, “como reflejo de las políticas y campañas de reclutamiento comunes entre todas las fuerzas irregulares”¹¹³. Según el informe de Human Rights Watch, “al menos uno de cada cuatro combatientes irregulares de la guerra civil colombiana es menor de 18 años. Estos niños, la mayoría de los cuales proceden de familias pobres, combaten una guerra de adultos. Con frecuencia, los niños combatientes solo entienden mínimamente la finalidad del conflicto. Luchan contra otros niños con orígenes muy similares a los suyos y con una situación económica y un futuro igualmente gris”¹¹⁴. En cuanto a las condiciones de su desempeño como combatientes, señala este mismo informe que “desde el principio se entrena a los niños reclutados tanto por la guerrilla como por los paramilitares a no tener piedad con los combatientes o simpatizantes del otro bando. Los adultos ordenan a los niños que maten, mutilen o torturen, preparándolos para cometer los abusos más crueles. Los niños no sólo se enfrentan al mismo tratamiento si caen en manos del enemigo, sino que también temen a sus compañeros. Los niños que incumplen sus deberes militares o intentan desertar se exponen a una ejecución sumaria por compañeros a veces menores que ellos. Los jóvenes reclutas están entrenados en el uso de modernos rifles de asalto desde los 11 años y marchan durante días con muy pocos alimentos, picados por los insectos y azotados por las tormentas. Muchos mueren o resultan heridos en los combates con tropas gubernamentales apoyados por helicópteros y artillería pesada”¹¹⁵.

5.3.4. El informe de Human Rights Watch que se cita precisa, en relación con esta dramática realidad, que incluso dentro del contexto de la niñez afectada por la violencia en nuestro país, las condiciones de los niños combatientes son especialmente extremas: “Muchos deciden 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. A cambio de camaradería, alimentos y protección, los niños se ven expuestos a las enfermedades, el agotamiento físico, las lesiones, la muerte repentina y la tortura en manos del enemigo. Muchos no conservan ni el más mínimo contacto con sus familias”¹¹⁶. En este mismo sentido, la Defensoría del Pueblo señala que “los niños, niñas y adolescentes entrevistados provienen de más de 60 municipios y veredas ubicados en su mayoría en zona rural”, y que “al menos el 86% fue víctima de tratos crueles, inhumanos y degradantes en sus espacios familiares”¹¹⁷. Las edades de ingreso fluctúan entre los 7 y los 17 años, con un promedio de 13.8 años.

5.3.5. En cuanto al entrenamiento militar que se les proporciona, se explica que “al cumplir los 13 años, la mayoría de los niños reclutas han sido entrenados en el uso de armas automáticas, granadas, morteros y explosivos. En las fuerzas guerrilleras, los niños aprenden a ensamblar y lanzar bombas con cilindros de gas. Tanto con la guerrilla como con los paramilitares, los niños estudian el ensamblaje de minas quiebrapatas y aplican sus conocimientos sembrando campos mortales. Es habitual que su primera experiencia de combate se produzca poco después”¹¹⁸. La Defensoría precisa que “el 74% tiene 4 meses o menos de entrenamiento”, y que “el 35% de los entrevistados manifestó haberse sentido obligado a realizar actividades que no deseaba”, las cuales incluían el entrenamiento militar, combatir y matar, sepultar compañeros, minar carreteras, marchar día y noche, caminar enfermos, cuidar secuestrados, hacer retenes, tomar pueblos, hacer guardia, inducir abortos, colocarse dispositivos para prevenir embarazos, o desempeñar otros oficios varios. En la descripción efectuada por Human Rights Watch de las labores que los niños colombianos desempeñan en las filas de los grupos armados ilegales se incluyen: cavar trincheras o letrinas, despejar el bosque, cortar y cargar leña, labores de cocina, labores de combate propiamente dichas, ejecución y tortura de personas. También se señala con especial énfasis la situación de las niñas combatientes colombianas, a quienes se destina para la compañía de los mandos irregulares, hasta el punto de que “las niñas de hasta 12 años de edad tienen que utilizar anticonceptivo y abortar si quedan embarazadas”. Según la Defensoría, “las cuatro actividades principales realizadas por los niños vinculados al conflicto armado interno

tienen que ver con la capacitación para la guerra (entrenamiento militar), el mantenimiento de los campamentos ('ranchar' - oficios varios), el combate y misiones especiales. (...) La especificidad de las tareas desempeñadas tiene que ver con el desempeño, la confianza depositada y las habilidades del joven, con la posibilidad de llegar incluso a puestos de mando. Algunos reciben capacitación especializada en enfermería y explosivos. Esto último incluye el proceso de recoger los explosivos, armar los artefactos e instalarlos". Haciendo referencia a los actos que se obliga a estos menores a cometer, señala el informe de Human Rights Watch recién citado que "se espera de ellos que participen en las atrocidades que se han convertido en el sello distintivo del conflicto colombiano", incluyendo la tortura o asesinato de prisioneros, figuras políticas y otras víctimas, hasta sus propios compañeros.

5.3.6. Por otra parte, en cuanto a los métodos de reclutamiento, se indica que "la gran mayoría de los niños reclutados en las fuerzas irregulares se alistan por propia voluntad", aunque también se presenta reclutamiento forzado en algunos casos. Ahora bien, es indudable que el reclutamiento "voluntario", por los factores arriba descritos, puede equivaler -y así sucede frecuentemente- a un resultado de las diversas presiones y manipulaciones a las que están sujetos los niños del campo colombiano para que terminen uniéndose al conflicto; tanto así que se explica en el informe de Human Rights Watch que "las fuerzas irregulares explotan la vulnerabilidad de los niños. Organizan campañas de reclutamiento en las que se presenta el atractivo de la vida del guerrero y se tienta a los niños con promesas de dinero y un futuro más prometedor. Algunas familias envían a sus hijos a combatir porque no pueden mantenerlos y saben que la participación de un grupo armado les garantiza una comida decente, ropa y protección. Muchos niños se alistan para huir de la violencia familiar y el abuso físico o sexual, o para encontrar el afecto que no les dan sus familias. Otros ansían el poder que da un arma y un teléfono celular. La vida en el campamento es una promesa de aventura, camaradería y una oportunidad para demostrar su valía. // La realidad de la vida de un combatiente es profundamente aterradora pero, una vez incorporado a filas, no puede salir voluntariamente. Por el contrario, sabe que el precio de intentar desertar puede ser la vida"¹¹⁹. En relación con este reclutamiento "voluntario", se explica en el informe de la Defensoría que "si se profundiza en las motivaciones para la vinculación 'voluntaria', la situación se hace más compleja si se tiene en cuenta que sólo un 4% de los entrevistados mencionó la causa política como motivo para su ingreso, en menor porcentaje se encuentra la disciplina (2%) y la vida en el monte (3%), lo que podría interpretarse como un bajo conocimiento de los fines de las organizaciones, es decir, de los

ideales políticos y sociales de los actores del conflicto. En cambio, un 52% de los entrevistados manifiesta abiertamente su atracción por las armas y el uniforme, es decir, por los medios que utilizan dichas organizaciones para lograr sus fines. (...) Dichos atributos se constituyen en alternativa de solución a situaciones individuales como el maltrato, el enamoramiento, el aburrimiento o a situaciones relacionadas con la misma guerra como la venganza, la protección a su familia y/o dificultades con el bando contrario, frente a las cuales los mecanismos legales de solución de conflictos no operan u operan inadecuadamente. En ellas es más evidente que el ingreso 'voluntario' está determinado por la falta de alternativas y antecedido por la vulneración de sus derechos". También se indica que "lo anterior es agravado por el hecho de que en Colombia, especialmente en la zona rural, los municipios y las familias no poseen condiciones mínimas para garantizar su desarrollo armónico e integral". Así, la vida con los grupos armados ilegales aparece como "un proyecto de vida acorde con la dinámica local".

5.3.7. Los principales informes sobre la situación colombiana coinciden en explicar que a pesar de existir normatividad nacional e internacional que protege a estos menores (y que se reseñará en todo detalle más adelante), ésta es raramente aplicada para lograr efectivamente sus objetivos. Las conclusiones del informe son tajantes: "todas las partes en conflicto en Colombia tienen que poner fin al reclutamiento de niños, desmovilizarlos de las tropas y las fuerzas milicianas bajo su control y, por su bienestar y seguridad, entregarlos al organismo nacional o a la organización internacional humanitaria adecuados"¹²⁰.

5.3.8. A continuación la Corte se referirá al otro parámetro necesario de interpretación y aplicación de las normas relacionadas con la judicialización de niños combatientes desmovilizados, a saber, las pautas protectoras que se consagran en diferentes órdenes normativos a su favor.

5.4. Los menores combatientes como sujetos de protección jurídica reforzada y específica a nivel internacional y nacional.

Existen cinco ámbitos dentro de los cuales los menores de edad que participan en conflictos armados son sujetos de especial protección: (a) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, (b) el Derecho Internacional Humanitario, (c) el Derecho Laboral Internacional, (d) las decisiones adoptadas por órganos de las Naciones

Unidas y (e) el derecho constitucional y legal colombiano. En el presente segmento se hará alusión a cada uno de estos ámbitos de regulación en forma específica.

5.4.1. La protección de los menores combatientes por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional: la Convención sobre los Derechos del Niño, su protocolo opcional y la criminalización del reclutamiento de menores.

5.4.1.1. Además de ser titulares de todos los derechos que se consagran en la Constitución Política, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los demás pactos e instrumentos internacionales aplicables (arts. 44, 93 y 94, C.P.) -incluido el derecho a que su interés superior y sus derechos fundamentales prevalecientes sean debidamente considerados en cada caso-, los menores de edad que participan en grupos armados ilegales al margen de la ley son titulares de una protección especial en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que se consagra tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño y en su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, como en los diferentes instrumentos y normas de derecho internacional que proscriben el reclutamiento de menores, categorizándolo como un crimen de guerra.

5.4.1.2. Protección reforzada y edad mínima. De conformidad con el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es obligación de todos los Estados partes -incluida Colombia- (i) respetar, y velar por que se respeten, las normas del Derecho Internacional Humanitario aplicables en conflictos armados y pertinentes para el niño, (ii) adoptar todas las medidas posibles para asegurar que los menores de 15 años de edad no participarán en las hostilidades, (iii) abstenerse de reclutar a menores de 15 a las Fuerzas Armadas, y en caso de reclutar a mayores de 15 pero menores de 18, dar siempre prioridad a los mayores, y (iv) de conformidad con sus obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario en el sentido de proteger a la población civil durante los conflictos armados, deberán adoptar todas las medidas posibles para garantizar la protección y cuidado de los niños afectados por un conflicto armado. Es de anotar que al ratificar esta Convención, el Estado Colombiano expresó una declaración y una reserva en el siguiente sentido:

“Declaración de Colombia. Nueva York, 26 de enero de 1990. El Gobierno Colombiano

considera que, si bien la edad mínima de 15 años para participar en conflictos armados consagrada en el artículo 38 de la Convención, es el resultado de serias negociaciones que reflejan diversos sistemas jurídicos, políticos y culturales del mundo, hubiese sido deseable que dicha edad fuera de 18 años, acorde con los principios y normas que rigen en diversas regiones y países, entre ellos Colombia, razón por la cual el gobierno colombiano entiende que para los efectos del artículo 38 de la Convención la edad en cuestión será la de 18 años.

Reserva de Colombia. El Gobierno de Colombia de conformidad con el artículo 2, numeral 10, literal D de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969 declara que para efectos de las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del Artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se entiende que la edad a la que se refieren los numerales citados es la de 18 años, en consideración a que el ordenamiento legal de Colombia establece la edad mínima de 18 años para reclutar a las fuerzas Armadas el personal llamado a prestar servicio militar”.

5.4.1.3. Reintegración social y recuperación. En concordancia con la anterior disposición, el artículo 39 de la misma Convención obliga a los Estados a tomar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social, de los niños que hayan sido víctimas -entre otras- del conflicto armado. Dispone este artículo que “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”.

5.4.1.4. Reclutamiento y edad mínima. Posteriormente, mediante el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, ratificado por Colombia mediante la Ley 833 de 2003 (cuya constitucionalidad fue revisada por la Corte en sentencia C-172 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño), se elevó la edad mínima de participación de menores en las Fuerzas Armadas y en las hostilidades; así, el artículo 1º dispone que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en las hostilidades”, el artículo 2º establece que “los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”, y el artículo 3º obliga a los Estados a elevar la edad mínima para reclutamiento voluntario de personas en sus

Fuerzas Armadas nacionales por encima de la fijada en el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al tiempo que establece una serie de salvaguardas en caso de que los Estados permitan el reclutamiento voluntario de menores de edad a tales fuerzas. Por su parte, el artículo 4º también prohíbe a los grupos armados diferentes de las Fuerzas Armadas estatales a reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años, y obliga a los Estados Partes a adoptar “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”.

5.4.1.5. Proscripción del reclutamiento de menores. El consenso imperante en la comunidad internacional sobre el carácter reprochable y perjudicial del reclutamiento forzado de menores de edad se ha plasmado en el reconocimiento de tal conducta como un “crimen de guerra”, tanto en conflictos internacionales como en conflictos no internacionales. Así, por ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 8, se establece que dicho tribunal tendrá jurisdicción respecto de los crímenes de guerra, entre ellos toda violación de las leyes y costumbres aplicables en conflictos armados de carácter interno, categoría que incluye el reclutamiento de menores de 15 años a las fuerzas o grupos armados, o su uso para participar directamente en las hostilidades¹²¹. No se trata tan solo de una regla de tipo convencional; recientemente, el Tribunal Especial para Sierra Leona ha reconocido que el reclutamiento ilícito de menores en tanto crimen de guerra tiene un carácter consuetudinario¹²², es decir, también constituye una costumbre internacional vinculante para los Estados por su naturaleza de fuente de derecho internacional. La penalización del reclutamiento infantil ha sido recogida también por el Código Penal colombiano (artículo 162).

Desde esta perspectiva, los menores combatientes son víctimas, o sujetos pasivos, del delito de reclutamiento forzoso, y deben recibir la atención prioritaria del Estado para efectos de protección, rehabilitación y resocialización.

5.4.2. La protección de los niños combatientes en el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados internos.

5.4.2.1. Protección reforzada de los menores de edad que participan en las confrontaciones. Los menores de edad son objeto de protección especial por el Derecho Internacional

Humanitario, a varios niveles que resultan relevantes para conflictos internos tales como el colombiano; así, (i) en primer lugar los menores son protegidos como parte de la población civil, (ii) además reciben especial protección por tratarse de miembros particularmente vulnerables de la población civil, y (iii) cuandoquiera que participan directamente en las hostilidades, son beneficiarios de disposiciones protectivas específicas para su situación. Por su pertinencia directa para la resolución de los cargos planteados contra la norma acusada, la Corte reseñará brevemente el contenido de las normas de derecho internacional humanitario relevantes, recordando que se limitará el análisis únicamente a aquellas disposiciones que son aplicables en conflictos armados no internacionales – es decir, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y las reglas del Protocolo Adicional II, que resultan vinculantes para Colombia tanto por formar parte de un tratado internacional ratificado por el Estado, como por tener naturaleza consuetudinaria (al menos en lo que respecta al artículo 3 común y a las normas más básicas del Protocolo II).

5.4.2.2. Protección de los menores combatientes en tanto miembros de la población civil. En tanto miembros de la población civil afectados por conflictos armados internos, los niños y adolescentes tienen derecho al respeto de las garantías fundamentales para las personas que no toman parte activa en las hostilidades, establecidas en el artículo 3 común de las cuatro Convenciones de Ginebra, bajo el cual tienen como mínimo el derecho a ser tratados con humanidad, y a no sufrir violencia en contra de su vida, su persona o su dignidad. De conformidad con este artículo, en casos de conflictos armados no internacionales en el territorio de alguna de las Partes, cada parte enfrentada deberá aplicar ciertas garantías mínimas –sin que ello afecte su status dentro del conflicto–, entre ellas (1) que a las personas que no toman parte activa en las hostilidades se les debe tratar humanamente en toda circunstancia, sin distinciones adversas basadas en criterios discriminatorios; (2) que en ese sentido, están prohibidos en todo tiempo y lugar los siguientes actos en relación con dichas personas (incluidos los niños): (a) la violencia contra la vida o la persona, en particular el asesinato, la mutilación, el trato cruel y la tortura; (b) la toma de rehenes; (c) los irrespetos a la dignidad personal, en particular el trato humillante y degradante; (d) la adopción de sentencias y ejecuciones sin juicio previo pronunciado por un tribunal regularmente constituido y con respeto por las garantías judiciales elementales; (3) que habrá de proporcionarse cuidado a los heridos y enfermos.

El Protocolo Adicional II reitera los principios generales de protección de la población civil

durante conflictos armados no internacionales. Así, en su Preámbulo recuerda que “los principios humanitarios refrendados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional”; y en su artículo 4-1 dispone que “todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas”, por lo cual “serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter favorable”. Por su parte, el artículo 4-2 prohíbe ciertos actos, en todo tiempo y lugar, respecto de las personas que se clasifican, bajo el artículo 4-1, como civiles, incluidos los menores: “(a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; (b) los castigos colectivos; (c) la toma de rehenes; (d) los actos de terrorismo; (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; (f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; (g) el pillaje; y (h) las amenazas de realizar los actos mencionados”.

5.4.2.3. Protección de los menores en tanto civiles particularmente vulnerables. En tanto miembros especialmente vulnerables de la población civil, los menores son titulares de disposiciones protectivas específicas que reconocen su exposición particularmente aguda a los riesgos de la confrontación bélica. El artículo 4-3 del Protocolo II enumera ciertas reglas básicas de obligatorio cumplimiento, así:

“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; (...) (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”.

Siguiendo este mismo espíritu, el artículo 6 del Protocolo II, luego de establecer las garantías procedimentales básicas de las que es titular toda persona enjuiciada o sancionada por infracciones cometidas con ocasión del conflicto armado, dispone en su numeral 4 que “no se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción”.

5.4.2.4. Protección de menores que participan en la confrontación. Cuandoquiera que tomen parte directa en las hostilidades, los menores de edad también son objeto de disposiciones protectivas específicas del Protocolo II. Así, según el artículo 4-3-(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” –obligación que para el caso de Colombia, como ya se anotó, fue modificada en cuanto a su alcance por el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, que eleva esta edad a los 18 años-; y según el artículo 4-3-(d), cuando menores que han tomado parte en las hostilidades son capturados, retienen en cualquier caso la protección especial de la que gozan los niños según el mismo artículo 4 del Protocolo: “(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”.

5.4.2.5. Edad límite de protección en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. En este punto es pertinente para la Corte hacer una anotación sobre la edad hasta la cual el Derecho Internacional Humanitario brinda su protección expresa a los menores de edad, dado que la norma que se acaba de transcribir aparentemente fija un límite máximo de protección, a saber, la edad de quince años. Sobre este particular ha de recordarse que no existe una definición a nivel de Derecho Internacional Humanitario sobre quién es un “niño” o un “menor”¹²³. Más de 40 artículos de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 se refieren específicamente a los niños, a los cuales les confieren una protección especial, y en dichos artículos se hacen referencias distintas a (i) los niños en general sin distinción de edad¹²⁴, (ii) a los niños y adolescentes¹²⁵, (iii) a los niños de menos de doce años¹²⁶, (iv) a los niños de menos de quince años¹²⁷, (v) a las personas de menos de 18 años¹²⁸ y (vi) a los “menores”¹²⁹. De allí que se pueda concluir que las normas del Derecho Internacional Humanitario, lejos de proveer una definición general de

“niño” o de “menor”, remiten a la definición que a este respecto provee el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual establece que un “niño” es toda persona menor de 18 años (artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En este mismo sentido, es claro que los redactores de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra omitieron intencionalmente efectuar una definición del término “niño”, por el hecho de que dicho término no contaba con una aceptación generalmente aceptada¹³⁰. En ese sentido, la referencia a diferentes límites de edad (12, 15 o 18 años), así como la referencia a otros términos como adolescentes o menores, no implican que exista una definición específica de “niño” para cada regla individual de Derecho Internacional Humanitario; se trata de criterios incorporados por los redactores de estos textos para indicar distintas condiciones de vulnerabilidad de conformidad con las etapas de desarrollo de las personas, que por lo mismo deben ser interpretados con una adecuada flexibilidad, dependiendo de las condiciones individuales de desarrollo de cada menor¹³¹, siempre aplicando el principio pro infans. Así, no son medidas de protección especial diferenciada en función de la edad, sino criterios para que quienes aplican las normas –con la flexibilidad y la sensibilidad por el interés superior del menor del caso- tengan referentes objetivos a los cuales acudir para establecer el grado específico de protección reforzada a la que tiene derecho un menor de edad. De esta forma, el Derecho Internacional Humanitario fija la edad de 18 años como límite superior de la condición especial de vulnerabilidad que hace necesaria una protección especial, y establece ciertas distinciones suplementarias según que cada niño tenga más o menos de 15 o 12 años, que han de ser aplicadas con la flexibilidad debida en cada caso individual.

5.4.2.6. En este sentido, y dado que en el derecho de nuestro país la mayoría de edad se fija en términos generales a los 18 años –de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño-, ha de entenderse que en el ordenamiento jurídico colombiano, la protección especial que provee el Derecho Internacional Humanitario se extiende a todos los menores de 18 años que resulten afectados por el conflicto armado, sin perjuicio de que en cada caso individual se tengan en cuenta los criterios-guía objetivos establecidos en las distintas normas de las Convenciones de Ginebra o sus Protocolos Adicionales como medios para fijar el grado de protección reforzada de la que es titular un menor en concreto.

5.4.3. La protección de los niños combatientes en el Derecho Laboral Internacional.

5.4.3.1. La proscripción del reclutamiento forzoso en tanto una de las peores formas de trabajo infantil. El tema del reclutamiento forzoso de menores en el contexto de conflictos armados también ha sido abordado por la Organización Internacional del Trabajo, la cual lo proscribió expresamente en el Convenio 182 sobre Peores Formas de Trabajo Infantil (tratado que fue ratificado por Colombia mediante la Ley 704 de 2001, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-535 de 2002). De conformidad con el artículo 3 de este Convenio, la expresión “peores formas de trabajo infantil” abarca, junto con todas las formas de esclavitud y tráfico de niños, todo trabajo forzoso u obligatorio, “incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”; para estos efectos, se define a los “niños” como todas las personas menores de 18 años (artículo 2).

En relación con esta forma de trabajo infantil, los Estados Partes –incluida Colombia- se han obligado a “adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia” (Artículo 1), por medio de la elaboración y puesta en marcha de “programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil” (Artículo 6-1), así como “adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole” (Artículo 7-1). Así mismo, las Partes –incluida Colombia- están obligadas a “adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de: (a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; (b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; (c) asegurar a todos los niños que hayan sido liberados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; (d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos; y (e) tener en cuenta la situación particular de las niñas”¹³².

5.4.4. El tema de los niños combatientes, y en particular de los niños combatientes colombianos, en la agenda y los pronunciamientos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

5.4.4.1. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, encargado de la misión de preservar la paz y seguridad internacionales, ha prestado en los últimos años una atención creciente y progresivamente incrementada al problema de los menores combatientes en el mundo, y en sus pronunciamientos no sólo ha condenado enérgicamente el reclutamiento de menores y el incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en la materia, sino que ha llamado a los diferentes países afectados por este fenómeno a implementar medidas, políticas y programas encaminados a erradicarlo y a rehabilitar a las víctimas, al mismo tiempo que ha instado a diferentes organismos del sistema de las Naciones Unidas a tomar cartas en el asunto de manera inmediata. En efecto, desde 1999 el Consejo de Seguridad ha deliberado formalmente sobre este tema en sesiones anuales especiales sobre este tema, lo cual confirma que el problema de los niños involucrados en el conflicto armado ha ingresado con alta prioridad a la agenda de paz y seguridad de la ONU. Lo que es más importante, el tema de los niños y adolescentes que participan en el conflicto colombiano ha ingresado recientemente en su agenda. Desde agosto de 1999, el Consejo de Seguridad ha adoptado una serie de resoluciones relacionadas con este tema -las Resoluciones 1261 de 1999¹³³, 1314 de 2000¹³⁴, 1379 de 2001¹³⁵, 1460 de 2003¹³⁶ y 1539 de 2004¹³⁷ cuya lectura atenta revela la preocupación creciente de este organismo por el problema de los menores combatientes y la urgencia con la que se deben adoptar acciones mancomunadas para erradicarlo.

5.4.5. La protección de los niños combatientes por el derecho constitucional y legal colombiano.

El tratamiento jurídico que da el sistema colombiano a los menores combatientes fue reseñado en acápite 2 de esta sentencia; como se vio, bajo el ordenamiento nacional estos menores son clasificados como sujetos de especial protección constitucional y víctimas del conflicto armado interno. Sin embargo, a través de la disposición acusada y de sus normas conexas, se permite su procesamiento jurídico-penal por los delitos cometidos en el curso de las confrontaciones.

No debe dejarse de lado, a este particular, que por mandato de los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Carta Política, la totalidad de las garantías mínimas arriba reseñadas forman parte del ordenamiento interno colombiano, y en tal virtud son vinculantes para todas las autoridades del país.

6. Solución específica de los problemas jurídicos. La desmovilización resocializadora y protectora como respuesta constitucional a los niños combatientes, y la necesidad de que su tratamiento jurídico-penal persiga finalidades tutelares y rehabilitadoras.

6.2. Constata la Corte que el ICBF, por mandato de la Ley 782 de 2002 (art. 8), se encuentra implementando actualmente un programa de desmovilización y reinserción de menores combatientes, cuyas finalidades son de carácter tutelar, educativo y protectoro.

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

6.4. La respuesta a este interrogante es la siguiente: no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se de cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. Estas garantías mínimas, que ya fueron reseñadas en los acápites precedentes, serán sintetizadas en el capítulo final de esta sentencia, y constituyen un catálogo de salvaguardas que deben garantizarse en todos los casos de procesamiento penal de menores combatientes.

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

6.4.1. Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales -muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente

“voluntaria”-, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas - y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales¹³⁸).

6.4.2. La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta -entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes-, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños

o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes - carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley.

6.4.3. Lo que es claro para la Corte, es que la exclusión ab initio y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores combatientes no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el del reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas conductas punibles desarrolladas por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados -los derechos de las víctimas- que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades.

Lo que es más, para la Corte es evidente que la mera participación de un niño o adolescente en los hechos de violencia que cometen los menores combatientes surte, necesariamente, efectos psicológicos y sociales de gravedad, que exigen una reacción especialmente protectora y rehabilitadora por parte del Estado - finalidad para cuyo logro puede contribuir, según el caso, entre otros factores, la adjudicación individual de responsabilidad por parte de cada menor implicado y la confrontación personal de la realidad de los hechos, así como el desarrollo cabal de los distintos pasos de su proceso de reconciliación con la comunidad, la sociedad y el Estado. La determinación de la responsabilidad penal de cada menor, y la adopción de las medidas protectoras procedentes puede, así, convertirse en un factor que

contribuye significativamente al proceso de resocialización de los menores combatientes que han cometido delitos durante su permanencia en los grupos armados ilegales, si es que tal juzgamiento se lleva a cabo con la debida consideración a las finalidades, objetivos y reglas constitucionales e internacionales que han de orientar su desarrollo, propendiendo siempre por la materialización del interés superior del menor.

En cambio, el procesamiento jurídico-penal de dichos menores sin que se respeten debidamente las garantías y finalidades referidas en esta sentencia equivale, en la práctica, a una doble victimización: en estos casos los niños y adolescentes combatientes no sólo se constituyen en víctimas del delito de reclutamiento forzoso, sino también en víctimas de un tratamiento procesal penal que no es apropiado para su particular condición, y que puede generar por lo mismo profundos efectos nocivos sobre su desarrollo y reinserción.

6.4.4. La Corte valora los argumentos de los demandantes e intervinientes en este proceso: si un menor ha sido victimizado por un crimen de guerra, en el sentido de haber sido compelido a participar activamente en un grupo armado ilegal, no se ve razón para que posteriormente se procese penalmente a ese mismo menor por el simple hecho de haber formado parte de tal grupo irregular. Esta es una consideración que ha de tenerse en cuenta en cada proceso judicial individual al momento de establecer la responsabilidad del menor implicado, puesto que el carácter forzado del reclutamiento del que dicho menor ha sido víctima puede tener una incidencia, según el caso individual, sobre la configuración de los distintos elementos del delito por el cual se le juzga. Pero al mismo tiempo, recuerda la Corte que el simple hecho de pertenecer al grupo armado no es la única conducta punible que se puede eventualmente atribuir a un menor combatiente - durante su militancia en los grupos al margen de la ley, los menores combatientes pueden llegar a cometer asesinatos, masacres, secuestros, torturas, actos terroristas, extorsiones y hurtos, incurriendo así en violaciones graves de los derechos fundamentales de las personas que caen víctimas de tales actos. Excluir de entrada todo tipo de responsabilidad penal por estas conductas cometidas durante el conflicto, con base en el hecho del reclutamiento forzoso del que dichos menores han sido víctimas y sin prestar la debida atención a las circunstancias de cada caso y de cada menor en particular, constituye en la práctica un desconocimiento de los derechos de las otras víctimas generadas a su vez por tales actos. Es más respetuoso de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado que, en cada caso concreto, se evalúe la incidencia de la condición de víctima del delito de reclutamiento forzado sobre la

configuración de responsabilidad penal individual, así como las demás presiones y coerciones que pudieran haberse presentado sobre estos menores.

6.5. Una breve referencia a las experiencias de otros países en los que ha habido judicialización de menores combatientes desmovilizados confirma que, en efecto, la responsabilidad penal de tales niños y adolescentes no se debe excluir de entrada con base en su condición de víctimas del reclutamiento forzoso, y que su procesamiento jurídico-penal debe desarrollarse con plena observancia de ciertas garantías, finalidades y objetivos elementales que, una vez materializados, pueden contribuir sólidamente a su proceso de resocialización y tutela. Los distintos sistemas jurídicos que han abordado este problema le han dado diferentes respuestas de acuerdo con su propia tradición histórica, social y política, pero generalmente desde la perspectiva de reconocer en principio la responsabilidad de los menores combatientes por las violaciones de la ley penal que hubiesen podido cometer, para luego adoptar las medidas que mejor satisfagan su interés superior y los derechos de las víctimas, desde la perspectiva de su rehabilitación, resocialización y protección.

(a) En Rwanda, después del genocidio que cobró la vida de casi dos millones de personas durante la década de los 90, y con el fin de erradicar la impunidad, se establecieron dos mecanismos para el juzgamiento penal de los responsables de las atrocidades que tuvieron lugar en este país de Africa, articulados a través del sistema de jurisdicción concurrente. Por una parte, a nivel internacional, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó un Tribunal Penal Ad Hoc encargado de conocer de los crímenes internacionales que se perpetraron en el curso del conflicto; pero por otra parte, las autoridades nacionales Rwandesas también adoptaron importantes medidas internas para investigar, juzgar y sancionar a los culpables, entre los cuales se contaban millares de niños y adolescentes menores de 18 años. En primer lugar, en 1996 se promulgó una ley orgánica para el juzgamiento de las personas acusadas del crimen de genocidio o de crímenes contra la humanidad¹³⁹; en relación con los actos cometidos por menores de edad, se establecieron salas especializadas de tres jueces de menores al interior de las cámaras de juzgamiento específicamente creadas al interior de los Tribunales de Primera Instancia y la jurisdicción penal-militar. La creación de órganos con competencia exclusiva en materia de justicia de menores era una novedad importante para el sistema penal rwandés; en términos generales, el sistema habría de juzgar a los menores que tuvieran entre 14 y 18 años al momento de los hechos.

Sin embargo, la implementación de esta ley orgánica no tuvo los resultados esperados, principalmente por las deficiencias del sistema penitenciario y de administración de justicia del país; en consecuencia, había una altísima congestión judicial, que incluía los casos de miles de menores de edad que permanecían privados de su libertad a la espera de juicio¹⁴⁰. Por lo tanto, se implementó un nuevo sistema de justicia participativa y popular llamado “gacaca”, basado en métodos tradicionales de resolución de controversias, que también prevé –y de hecho ha llevado a cabo– el juzgamiento de menores entre 14 y 18 años de edad implicados en los crímenes internacionales de genocidio o de lesa humanidad. Para miles de menores rwandeses, el juzgamiento a través del sistema “gacaca” se ha convertido en una oportunidad para reincorporarse a sus comunidades de origen luego de haberse sometido a un proceso de determinación de su responsabilidad penal.

(b) En Sierra Leona, como ya se indicó, se ha creado un Tribunal Especial por las Naciones Unidas, que tendrá competencia –por primera vez en la historia– para conocer de los crímenes cometidos por menores de edad de entre 15 y 18 años, sujetos a ciertas condiciones y garantías específicas, y con la finalidad de adoptar medidas esencialmente resocializadoras, educativas y protectoras (ver apartado 4.3.3. anterior). De manera complementaria, en este país se ha establecido una Comisión de Verdad y Reconciliación a través de la cual se ha conocido de múltiples casos de menores, tanto en calidad de víctimas como en calidad de responsables de crímenes comunes cometidos durante el conflicto, y se ha convertido en un factor que contribuye sustancialmente, en varios casos, a su proceso de resocialización y reincorporación a la vida civil.

6.6. Ahora bien, para que el juzgamiento penal de los menores combatientes desmovilizados sea plenamente respetuoso de su status en tanto sujetos de protección jurídica reforzada, es indispensable que el proceso judicial en cuestión (i) se oriente hacia el logro de las finalidades resocializadoras, educativas, protectoras y tutelares que le corresponden a todo juzgamiento penal de menores, (ii) respete y materialice los deberes especiales del Estado en relación con los niños y adolescentes implicados, según se han reseñado en la presente sentencia, tanto en su calidad de menores infractores, como de menores que han participado en el conflicto armado, y en tanto víctimas del reclutamiento forzoso, y (iii) se desarrolle sin perjuicio de que exista una cercana cooperación entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas del ICBF encargadas de desarrollar el proceso de protección resocializadora, al cual debe ingresar sin excepción todo menor combatiente desmovilizado.

Se trata, pues, de dos actuaciones paralelas por parte del Estado frente a estos menores –una de índole administrativa y otra de índole judicial- que convergen en cuanto a sus objetivos y finalidades. Además, se trata de un proceso de juzgamiento que no es idéntico al de los demás menores infractores, sino que aparte de compartir la totalidad de las garantías propias de estas actuaciones, debe estar rodeado de especiales garantías apropiadas a la condición de los menores combatientes desmovilizados.

7. Admisibilidad constitucional del juzgamiento de menores desmovilizados, siempre y cuando se cumplan los requisitos y garantías mínimos establecidos por la Constitución y el Derecho Internacional aplicable.

En atención a las consideraciones precedentes, la Corte Constitucional concluye que la disposición bajo revisión, la cual consagra una parte del procedimiento a seguir en casos de procesamiento judicial de menores desmovilizados de los grupos armados ilegales, no desconoce la Constitución, en la medida en que su presupuesto lógico –la posibilidad de juzgamiento penal de estos menores de edad- no se encuentra prohibido, sino por el contrario, regulado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho laboral internacional, los pronunciamientos del Consejo de Seguridad de la ONU, el derecho constitucional colombiano y las leyes de nuestro país.

La respuesta a los problemas jurídicos planteados en este caso es, en consecuencia, la siguiente:

1. Los menores de edad que se desvinculan del conflicto armado sí pueden ser tratados jurídicamente, a pesar de su calidad de víctimas de la violencia política y del delito de reclutamiento forzado, como infractores de la ley penal en razón de las conductas punibles en que hubieren incurrido con ocasión del conflicto, siempre y cuando se de pleno cumplimiento, durante su investigación y juzgamiento, a las garantías mínimas constitucionales e internacionales reseñadas en la presente providencia y resumidas en el acápite subsiguiente.

2. En esa medida, en tanto infractores de la ley penal, los menores en tales circunstancias sí pueden ser sometidos a un proceso judicial que respete los principios de diferenciación y especificidad, que propenda por el logro de una finalidad tutelar y resocializadora, que

promueva el interés superior y prevaleciente de cada menor de edad implicado así como la naturaleza prevaleciente de sus derechos fundamentales, y dentro del cual posteriormente se pueda conceder el beneficio de indulto cuando a ello haya lugar. La significación de este indulto en cada caso individual, así como su alcance y las conductas que se ampararán bajo su órbita de aplicación, habrán de ser determinadas en atención a las características específicas de cada menor en particular, por parte de las autoridades competentes, y -se reitera- con pleno respeto de la totalidad de las garantías mínimas resumidas en el acápite siguiente. Dicho indulto no exonera al Estado de sus obligaciones respecto de los menores que se encuentren en los procesos de rehabilitación, reeducación y resocialización correspondientes¹⁴¹.

8. Resumen de las garantías constitucionales mínimas que han de respetar los procesos de juzgamiento de los menores desmovilizados de grupos armados al margen de la ley.

La Corte ha concluido que los menores son víctimas del conflicto armado, pero que esta condición no los exime per se de toda responsabilidad penal. No obstante, dicha responsabilidad está sujeta al respeto de parámetros constitucionales e internacionales que impiden su asimilación a la de los mayores de edad. Estos solo pueden ser investigados, juzgados y sancionados, y luego indultados, respetando los principios de especificidad, de diferenciación, de la finalidad tutelar y resocializadora del tratamiento jurídico penal, de promoción del interés superior y de los derechos fundamentales del menor implicado, y de cumplimiento estricto de las garantías mínimas internacionales para el procesamiento de menores de edad.

Con este fin, la Corte resalta que las siguientes son las condiciones mínimas que deben ser respetadas por todo proceso de juzgamiento de un menor desmovilizado de grupos armados ilegales, para efectos de determinar su responsabilidad penal y adoptar las medidas procedentes, con pleno respeto de la Carta Política y de las obligaciones internacionales de Colombia:

8.1. Toda actuación de las autoridades en relación con los menores de edad desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley deben propender, como primera medida, hacia la promoción y materialización de (i) su interés superior, (ii) sus derechos fundamentales prevalecientes y (iii) su condición de sujetos de protección jurídica reforzada. El hecho de que

estos menores hayan formado parte de uno de tales grupos y hayan incurrido en conductas violatorias de la ley penal no sólo no les priva de estos derechos, sino hace mucho más importante el pleno respeto de estos tres principios guía durante los procedimientos que se desarrollen en torno a su situación.

8.2. Todo proceso de juzgamiento de los menores de edad desmovilizados de grupos armados ilegales, además de guiarse por los principios de diferenciación y especificidad, ha de respetar en su integridad las garantías sustanciales y procesales que se han reseñado en esta sentencia, incluidas aquellas que están consagradas en la Constitución Política, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y, especialmente, en las Reglas de Beijing y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad. También se han de aplicar en lo pertinente las disposiciones protectivas del Derecho Internacional Humanitario.

8.3. Todo juzgamiento de los menores de edad desmovilizados de grupos armados ilegales debe orientarse primordialmente hacia su resocialización, rehabilitación, protección, tutela y educación. Los enfoques meramente punitivos son inadmisibles tratándose de este tipo de menores, así como para cualquier menor infractor en general. Los jueces de menores o promiscuos de familia competentes han de obrar en debida coordinación con el ICBF, para garantizar que las medidas adoptadas atiendan al interés superior de cada menor implicado, y materialicen los objetivos resocializadores y rehabilitadores en cuestión.

8.4. En todo proceso de juzgamiento de los menores de edad desmovilizados de grupos armados ilegales se debe analizar, como consideración previa básica, su condición de víctimas del delito de reclutamiento forzado, y las diversas circunstancias que rodean su conducta como miembros de dichos grupos, en particular cuando dichas circunstancias puedan incidir sobre la configuración de responsabilidad en casos concretos –entre ellas: su corta edad, su nivel de desarrollo psicológico, las circunstancias específicas de comisión del hecho, las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, el grado de responsabilidad imputable a los partícipes del reclutamiento forzado así como a los autores intelectuales del delito que sean mayores de edad, la incidencia de las amenazas de muerte o castigos físicos sobre la determinación de la voluntad del menor para cometer el acto, las circunstancias de configuración de un delito político a pesar del carácter forzado del

reclutamiento en cada caso, el alcance de los indultos concedidos en casos concretos, y varias otras consideraciones que pueden surtir un efecto concreto sobre la concurrencia, en casos individuales, de cada uno de los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal.

Con estos presupuestos, la Corte Constitucional declarará exequible la disposición acusada.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, “por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS ALFREDO BELTRÁN SIERRA, RODRIGO ESCOBAR GIL Y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-203 DE 8 DE MARZO DE 2005 (Expediente D-5366).

MENOR EN CONFLICTO ARMADO-Protección en instrumentos internacionales (Salvamento de voto)

DERECHOS DEL NIÑO-Protección en el ordenamiento interno/ MENOR EN CONFLICTO

ARMADO-Protección en el ordenamiento interno (Salvamento de voto)

INDULTO-Concepto/AMNISTIA E INDULTO-Distinciones (Salvamento de voto)

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN CONFLICTOS ARMADOS-Exposición de motivos de la ley aprobatoria (Salvamento de voto)

Someter a los menores como víctimas que son del conflicto armado a un proceso judicial, resulta contrario a las disposiciones constitucionales que abogan por el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, así como por los diversos instrumentos internacionales suscritos por Colombia en relación con ese tema, pues en su calidad de víctimas del conflicto los menores requieren de medidas efectivas y eficaces adoptadas por el Estado, con el fin de obtener su reincorporación plena a la sociedad, como seres humanos capaces de desarrollarse en cualquier ámbito de la vida. Así las cosas, resulta un contrasentido jurídico, como lo plantea el demandante, el sometimiento de los menores vinculados a los grupos armados al margen de la ley a la jurisdicción de jueces o tribunales para responder por una conducta penalmente reprochable, pues ellos son sujetos pasivos del conflicto armado y, como tales, deben gozar de todas las medidas y garantías establecidas por el Estado para lograr el restablecimiento de sus derechos.

MENOR DESVINCULADO DEL CONFLICTO ARMADO Y MENOR INFRACTOR DE LA LEY PENAL-Situaciones distintas (Salvamento de voto)

La situación de los menores desvinculados del conflicto, es distinta a la que se presenta en el caso de los menores infractores de la ley penal. En efecto, como se ha resaltado en esta sentencia, los menores en el conflicto armado tienen la calidad de víctimas del conflicto por ministerio de la ley, y en esa condición, deben ser acogidos por el Estado para reestablecerles sus derechos mediante la adopción de medidas o mecanismos que permitan su protección integral, a fin de resarcir en algo la falencia del Estado de permitir ese estado de cosas. “Por el contrario, cuando se trata de un menor que ha infringido la ley penal, tiene que responder ante el Estado por las consecuencias de su conducta, pero mediante procedimientos especiales diseñados por el legislador (Dto. 2737 de 1989), y en lugares especialmente creados para permitir la resocialización del menor, lejos de cárceles que en lugar de facilitarla, se constituyan en verdaderas escuelas para el crimen”.

MENOR EN CONFLICTO ARMADO-No puede ser tratado como delincuente, ni puede ser destinatario de indulto (Salvamento de voto)

Con el respeto debido por las decisiones de la Corte Constitucional, los suscritos magistrados salvamos el voto en relación con lo resuelto en la Sentencia C-203 de 8 de marzo de 2005, mediante la cual se declaró exequible por los cargos analizados, el parágrafo 2º del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, “por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”.

Son razones de este salvamento de voto, las siguientes:

1. El artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, dispone que el Gobierno Nacional puede conceder el indulto “a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil”, e igualmente autoriza conceder dicho beneficio “a los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil”, indulto que en ningún caso podrá ser aplicable a quienes “realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”.

El parágrafo 2º del citado artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 782 de 2000, establece con respecto al indulto a que se ha hecho referencia que, “cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994 en los términos que consagra esta ley”, parágrafo este que fue objeto de la demanda de inexecutable y de la decisión de la Corte en la Sentencia C-203 de 8 de marzo de 2005, de la cual discrepamos.

1. A nuestro juicio la norma acusada debería haberse declarado contraria a la Carta, como además lo solicitaron en sus intervenciones la Defensoría del Pueblo, la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el señor Procurador General de la Nación, y como se propuso en el proyecto que no alcanzó la mayoría requerida para convertirse en sentencia, en el cual se expresó que son razones para declarar tal inexecutable las que se transcriben de la ponencia inicialmente presentada por el primero de los magistrados que ahora salvamos el voto, a saber:

“3. Protección integral de los menores vinculados al conflicto armado

3.1. La Constitución Política desde su Preámbulo, establece como fines del Estado, asegurar la vida de sus integrantes, la convivencia, el trabajo, el conocimiento, la justicia, la libertad, la igualdad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden económico, político y social justo (CP. arts. 1, 2 5). Se trata de principios que deben orientar la interpretación de los preceptos jurídicos a fin de lograr el propósito de la unidad de la Nación y la garantía de sus valores esenciales.

“Uno de los aspectos que más contribuye a la consolidación de los fines del Estado, es el respeto por los derechos fundamentales de los individuos, mucho más, cuando se trata de los niños quienes por su condición de menores tienen derechos a medidas especiales de protección. Así lo concibió el Constituyente de 1991 al consagrar en el artículo 44 de la Carta Política, un catálogo de derechos en cabeza de los niños¹⁴², e imponer su protección a la familia, la sociedad y el Estado. Dispone el artículo superior citado, que los niños gozarán de los todos los derechos que consagran la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Ello significa, que aparte de lo previsto en la Carta de 1991 en relación con los derechos de los menores, la Corte Constitucional debe tener en cuenta otros preceptos, que si bien no se encuentran en el texto de la Carta, sí hacen parte de ella en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior, el cual establece que:

“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...”.

“Es lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado el bloque de constitucionalidad, pues con fundamento en esa disposición los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, integran la Carta Política, tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto de la Carta, y entran a complementar su parte dogmática.

“Tratándose de la solución de asuntos sobre menores, es importante destacar que aun antes de la expedición de la Carta de 1991, el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), estableció entre sus principios rectores, en el artículo 19, que “Los convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código”.

“3.2. Como lo expresan algunas entidades intervinientes y el Procurador General de la Nación, existen diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos de los menores, e incluso algunos en forma explícita se refieren a la protección de los niños, niñas y jóvenes, que hacen parte del conflicto armado. Sucintamente la Corte se referirá a algunos de esos instrumentos internacionales y luego de ello hará referencia a la normatividad interna, para proceder al análisis concreto del parágrafo 2, del artículo 19 de la Ley 782 de 2003.

“Contexto internacional

“3.2.1. Para comenzar, el Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, otorga una especial protección a favor de la población infantil, como personas civiles respecto de las cuales las Partes contendientes, tomarán las medidas necesarias para que a los niños menores de 15 años que resulten afectados por la guerra, se les procuren: la manutención, la práctica de su religión y la educación, así como el favorecimiento de esos niños por un país neutral mientras dura el conflicto¹⁴³. Ese amparo se hace aún más efectivo, en los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra¹⁴⁴, en los cuales se consagra la prohibición de que niños menores de 15 años participen directamente en las hostilidades, particularmente absteniéndose de reclutarlos para las Fuerzas Armadas.

“La Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, considerando entre otras razones, que dada la falta de madurez del niño, tanto física como mental impone la especial protección y asistencia, incluso legal, consagró diez principios relativos a su reconocimiento como sujetos de derechos sin que medie discriminación alguna; a la protección especial y la necesidad de brindarles oportunidades que les permitan desarrollarse en todos los ámbitos de la vida; a su nombre y nacionalidad; a gozar de los beneficios de la seguridad social; a la protección del menor con alguna clase de impedimento; a la educación; a ser protegido contra cualquier clase de abandono o explotación.

“Con posterioridad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, estableció en el artículo 24 que los niños sin ninguna discriminación, tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado.

“Por otra parte, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, ratificada y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, se avanzó de manera significativa en el ámbito de la protección de la infancia y del reconocimiento de sus derechos¹⁴⁵. En ella, recordando el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales, así como la importancia de la familia en el desarrollo integral del menor, y reconociendo que en todos los países del mundo existen niños que viven en condiciones especialmente difíciles, el artículo 1 de la Convención entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de las leyes que le sean aplicables haya alcanzado antes la mayoría de edad. Con todo, el artículo 38 al referirse a las obligaciones de los Estados Partes en relación con la participación de menores en conflictos armados, dispuso además de la obligación de respetar y velar por las normas del Derechos Internacional Humanitario, la adopción de medidas para asegurar que los niños que aún no hayan cumplido los 15 años de edad, no participen directamente en las hostilidades; así como la obligación para los Estados Partes de abstenerse de reclutar en las Fuerzas Armadas a personas que no hayan cumplido esa edad, con la advertencia que cuando sean reclutados mayores de 15 pero menores de 18, se dará prioridad a los de más

edad.

“Como lo recuerdan los intervinientes en este proceso, en la ratificación y aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se estableció una clara y contundente reserva en el artículo 38, numerales 2 y 3, debido a que de conformidad con el derecho interno, la mayoría de edad está fijada a los 18 y no a los 15 años¹⁴⁶. Se trata de lo que se conoce como una reserva extensiva, lo que significa que el Estado que la formula asume en forma voluntaria una obligación más estricta que la prevista en el tratado de que se trate.

“Por su parte, el artículo 39 de la citada Convención, establece como obligación para los Estados Partes, tomar las “[m]edidas 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, 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”.

“Más recientemente encontramos: el Convenio 182 de 1999, de la Organización Internacional del Trabajo¹⁴⁷, dispuso que todo Miembro que ratifique ese Convenio “[d]eberá adoptar las medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”, las cuales abarcan: “[T]odas 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 forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados” (Arts. 1 y 3, literal a).¹⁴⁸

“El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2002¹⁴⁹.

“De otro lado, está el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en Nueva York el 25 de mayo de 2000¹⁵⁰. Es de destacar que este instrumento internacional, prohíbe que grupos armados distintos de las Fuerzas Armadas de un Estado, recluten o utilicen en hostilidades a menores de 18 años, bajo ninguna circunstancia, e impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas que impidan ese reclutamiento o utilización, mediante la adopción de

medidas legales para prohibir y castigar esas prácticas (art. 4). Así mismo, en el artículo 6, numeral 3, de ese Protocolo, se dispone que corresponde a los Estados Partes adoptar “[t]odas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con el presente Protocolo sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo. De ser necesario, los Estados Partes prestarán a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social”.

“Por último, en esta breve reseña de los instrumentos internacionales relativos al reconocimiento y protección de los derechos de los menores, se destaca que el Estatuto de Roma, hecho de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998¹⁵¹, penaliza como crimen de guerra “[R]eclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” (art. 8, 2, literal b).

“Ordenamiento interno

“3.2.2. El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), siguiendo las pautas trazadas en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de los niños y su protección, fue expedido con el objeto de consagrar los derechos fundamentales, la determinación de los principios rectores que ponen el interés superior del menor sobre toda otra consideración y que habrá de servir de guía para la interpretación y aplicación de las normas en él contenidas, la definición de las situaciones irregulares en las cuales puede verse el menor, así como las medidas que deben adoptarse para garantizar una tutela efectiva de sus derechos, en todas las etapas de su desarrollo y hasta que alcance la mayoría de edad (art. 1).

“La expedición del Código del Menor constituye uno de los grandes avances de nuestra legislación, en aras de reglamentar los derechos del menor y de establecer medidas para garantizar su protección. En ese sentido, la violación de los derechos allí consagrados ponen al menor en una situación irregular que abre paso a la intervención del Estado con el objeto de brindar la protección adecuada, a través de los organismos competentes.

“El artículo 30 del Decreto 2737 de 1989, consagra nueve situaciones irregulares en las cuales puede verse incurso el menor¹⁵²; no obstante, las situaciones irregulares a las que se

refiere el Código del Menor, no contemplan las violaciones a los derechos humanos de los menores, derivados del desplazamiento forzado o la utilización o reclutamiento de menores de edad por parte de grupos armados al margen de la ley. Sin embargo, el legislador atendiendo estas especiales circunstancias expidió las Leyes 387 y 418 de 1997, 548 de 1999 y 782 de 2003, en las cuales se incluyó jurídicamente dos nuevas situaciones irregulares en las cuales puede encontrarse el menor, como son: el desplazamiento forzado; y, la utilización y reclutamiento de menores por parte de grupos al margen de la ley. Así mismo, se prohibió la inclusión de menores de 18 años de edad en las filas para la prestación del servicio militar, con excepción de los estudiantes de undécimo grado que en forma voluntaria y con la expresa autorización de sus padres opten por cumplir en forma inmediata con ese deber constitucional¹⁵³. En la Ley 418 de 1997, artículo 14, se consagró como delito el reclutamiento ilícito de menores de edad para integrar grupos insurgentes o de autodefensa, o los induzca a integrarlos o los admita en ellos, y consagró como pérdida de los beneficios jurídicos establecidos en esa ley, a los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley que incorporen menores de 18 años. Este artículo fue reproducido por el artículo 162 de la Ley 599 de 2000¹⁵⁴.

“Por su parte, la Ley 782 de 2002, por medio de la cual se prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997, consagró en el artículo 6, al modificar el artículo 15 de la Ley 418 citada, que se entiende por víctima de la violencia política “[t]oda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades” ; y, dispuso en el artículo 8¹⁵⁵ que: “[E]l 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...”.

“3.3. Examinado el contexto internacional y nacional sobre la protección de los menores, particularmente lo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, entra la Corte al examen del segmento normativo acusado, a fin de determinar si contraría el Ordenamiento Superior, que los menores desvinculados de grupos armados al margen de la ley, bien sea en forma voluntaria o no, puedan ser judicializados por parte del Estado y, en consecuencia, beneficiarios del beneficio jurídico del indulto, al que se refiere el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, que modifica el artículo 50 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999.

“4. Los menores desvinculados de los grupos armados al margen de la ley en su calidad de víctimas del conflicto no pueden ser judicializados por parte del Estado

4.1. El demandante acusa el párrafo segundo del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, el cual hace parte del artículo que se refiere a la concesión del beneficio de indulto por parte del Gobierno Nacional, para los nacionales que habiendo sido condenados mediante sentencia ejecutoriada por delitos políticos, cuando el grupo armado al margen de la ley con el que se adelanta un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, demuestre su voluntad de reincorporarse a la vida civil. Así mismo, se consagra la concesión de dicho beneficio para quienes individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades en esos grupos, y así lo soliciten, previa demostración a criterio del Gobierno de su voluntad de reincorporarse.

“El segmento normativo acusado prevé que cuando se trate de menores vinculados a grupos armados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas -CODA-156 a fin de que ese organismo expida la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994157, con la cual se busca verificar la pertenencia de los solicitantes a los grupos armados al margen de la ley y, en consecuencia, poder acceder a los beneficios jurídicos y socioeconómicos establecidos en la ley, para lo cual dicho organismo podrá solicitar información y pruebas que se posean sobre la persona que desea reincorporarse a la vida civil, a los organismos de seguridad del Estado, autoridades judiciales y demás instituciones competentes.

“El reparo constitucional que plantea el actor, radica en el hecho de que el menor que se desvincula del conflicto no es tratado como víctima del mismo, sino que inicialmente es judicializado, lo cual constituye una incoherencia pues una persona no puede ser a su vez sujeto pasivo y sujeto activo de un mismo delito. Con ello, a juicio del demandante se viola el artículo 44 de la Constitución Política.

“4.2. El artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, ahora demandado parcialmente, se encuentra ubicado en el título III, referente a las causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos, en el cual se previó para quienes abandonaran sus actividades como miembros de grupos armados al margen de la ley, el beneficio jurídico del indulto. En el mismo artículo, el párrafo 2

acusado, se refiere a los menores de edad vinculados a organizaciones armadas al margen de la ley, quienes previa certificación del Comité Operativo para la Dejeción de las Armas -CODA-, una vez las autoridades judiciales envíen la documentación requerida, pueden acceder al beneficio jurídico que consagra el artículo del cual hace parte el mencionado párrafo, es decir, el indulto. Como bien lo señala la Vista Fiscal, esa es la interpretación lógica del párrafo acusado, pues si la norma exige como requisito el envío por parte de las autoridades judiciales al CODA, para la expedición de la certificación tantas veces aludida, ello supone la existencia de sentencias ejecutoriadas, o por lo menos procesos judiciales en curso por delitos políticos.

“Como se sabe el beneficio del indulto supone la comisión de un delito político. Al respecto, es de importancia recordar lo que respecto a esta gracia, se manifestó por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 094 de 1990158:

“Amnistia e indulto. Puede decirse que la gran mayoría de los Estados modernos consagra diversas instituciones de excepción para sortear episodios extraordinarios o graves situaciones de conflicto social que atentan contra el equilibrio político, institucional o económico, a fin de asegurar la plena vigencia del orden jurídico, de las instituciones democráticas y recuperar la paz social.

(...)

“Nuestro ordenamiento constitucional en prescripciones que datan de la Constitución de 1886 contempla esas dos instituciones especiales de carácter político [la amnistía y el indulto], con consecuencias en el campo penal, como modalidades extraordinarias de indulgencia, y son expresión de la facultad del poder soberano del Estado que por este medio renuncia circunstancialmente tratándose de la amnistía, a su potestad de perseguir y castigar los delitos en virtud de requerimientos graves de interés público y en particular por causas de carácter político, cubriendo con el manto del olvido al hecho que en antes fue delictuoso, y autorizando para tal fin, la extinción de la acción penal y de la pena, por delitos políticos...

“El indulto es el acto de gracia en virtud del cual se concede al delincuente el perdón de las penas impuestas judicialmente, librándolo de su ejecución en todo o en la parte que falte al momento de concederse la indulgencia; a diferencia de la amnistía que se refiere al delito

borrando su criminalidad, el indulto implica sólo perdón de la pena pero no despojo al hecho de su carácter ilícito y de su tipicidad penal”.

“En la Constitución de 1991, se consagra también el beneficio del indulto, al facultar al Congreso de la República para que por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de las Cámaras, y por graves motivos de conveniencia pública, conceda amnistías o indultos generales por delitos políticos (CP. art. 150-17); a su vez el artículo 201, numeral 2, de la Carta Política, establece que corresponde al Gobierno en relación con la Rama Judicial, conceder indultos políticos, con arreglo a la ley, e informar de ello al Congreso de la República. La pregunta que surge entonces, para los efectos de esta sentencia, es si los menores de edad pueden ser beneficiarios de dicha gracia, cuando es el propio legislador, como se vio, quien les ha otorgado la calidad de víctimas de la violencia política y sujetos pasivos del delito de reclutamiento ilícito? La respuesta no puede ser sino negativa.

“Los menores de edad son sujetos en desarrollo o en formación, de ahí que se requiera de un consenso, que afortunadamente ha venido en construcción, tanto a nivel internacional como nacional, que permite de forma real y concreta que los intereses y derechos de la menores sean efectivamente realizados y aplicados, para beneficio de ellos y de la sociedad entera. Dada su condición de menor, la falta de estructuras sociales, económicas y familiares, apropiadas para el pleno desarrollo de su personalidad, facilitan y agravan su estado de indefensión. Por ello, a la familia, la sociedad y el Estado les corresponde realizar todos los esfuerzos que sean necesarios, a fin de garantizar la dignidad de los menores en todos los aspectos, lo cual presupone brindarles acceso efectivo a la educación, a la salud, a la recreación, en fin, a toda clase de oportunidades que les permitan potenciar al máximo sus capacidades, de suerte que puedan participar de manera plena y responsable en una sociedad libre, lo cual implica también el refuerzo en los valores éticos, como son la educación por la paz, la tolerancia, igualdad entre sexos, y entre los pueblos, el respeto por el medio ambiente.

“Si todas las oportunidades y valores que se le pueda brindar a la infancia son plausibles para los niños que viven en zonas de paz, que decir para los que habitan en situaciones de conflicto, a las cuales han estado sometidos los menores desde su más tierna infancia. Al respecto, resulta muy ilustrativo citar apartes de la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República, al someter a su consideración el

proyecto de ley por medio del cual se aprueba el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000”:

“[H]oy en unos 50 países del mundo, los niños sufren el conflicto armado y, en el período posterior, unos mueren y otros quedan huérfanos. Otros son mutilados, desarraigados de sus hogares, violados y objeto de otros abusos sexuales, son privados de educación y atención médica, explotados como niños soldados y quedan marcados por grandes traumas emocionales.

“Según el Derecho Internacional Humanitario, todos los no combatientes tienen derecho a la protección, pero los niños tienen prioridad en este derecho. Los niños son inocentes y especialmente vulnerables. Están menos preparados para adaptarse o responder al conflicto. Son los menos responsables del conflicto, pero padecen desproporcionadamente sus excesos. Los niños son verdaderamente víctimas sin culpa del conflicto. Además, representan la esperanza y el futuro de toda sociedad, destruyendo los niños se destruye la sociedad.

“En la última década, 2 millones de niños han sido muertos en situaciones de conflicto, más de un millón han quedado huérfanos, más de 6 millones han sido gravemente heridos o permanentemente incapacitados y más de 10 millones han quedado marcados por graves traumas síquicos. Muchos niños, y especialmente muchas mujeres jóvenes, han sido objeto de violaciones y otras formas de violencia sexual como instrumento de guerra deliberado.

“Actualmente, hay más de 20 millones de niños que se han desplazado por la guerra dentro y fuera de sus países. Unos 300 mil menores de 18 años son explotados como niños soldados en todo el mundo. Y cada mes unos 800 niños mueren o resultan mutilados por minas terrestres.

(...)

“Colombia confía en que este claro mensaje de la comunidad internacional tenga eco en la dirigencia de los grupos irregulares que actúan en nuestro país. Tristemente, entre un 15 y 20% de los miembros de las guerrillas y de los grupos de autodefensas son niños. Una investigación adelantada por la Defensoría del Pueblo, muestra que el 18% de estos niños ha matado por lo menos una vez; el 60% ha visto matar; el 78% ha visto cadáveres mutilados;

el 25% ha visto secuestrar; el 13% ha secuestrado; el 18% ha visto torturar; el 40% ha disparado contra alguien, y el 28% ha sido herido...

“La desvinculación y la prevención a la vinculación de niños por parte de grupos guerrilleros y de autodefensas, forma parte del esfuerzo que el Gobierno Nacional ha implementado y que se encuentra plasmado en el interés en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, en particular en cuanto a la implementación de acuerdos humanitarios que protejan específicamente a la población civil y a la niñez de los efectos del conflicto armado interno...”¹⁵⁹

“4.4. El conflicto interno en Colombia ha alcanzado una degradación de tal naturaleza que la población más afectada en los últimos tiempos ha sido precisamente la infancia, situación que se encuentra reflejada en estudios realizados por organizaciones internacionales¹⁶⁰, en las que se demuestra que Colombia es el cuarto país del mundo con menores de edad en las filas de los diferentes grupos alzados en armas. De ahí, que sea preocupación constante del legislador acabar con esa práctica inhumana que pone a los menores en situaciones extremas de indefensión, que mutilan sus posibilidades de desarrollarse plenamente como seres humanos integrados a la sociedad. Por ello, los menores involucrados en el conflicto armado han sido catalogados como víctimas del mismo, independientemente de si su vinculación a los grupos armados al margen de la ley fue o no voluntaria. En realidad, a juicio de la Corte, la ausencia total de estructuras sociales, familiares, económicas, llevan en muchos casos a los menores a ver como una posibilidad seria de cambio en sus vidas y las de sus familias, la vinculación a grupos armados al margen de la ley, sin dimensionar el gran impacto negativo que ello puede generar en sus vidas.

“En ese sentido, el Ministerio Público trae a colación un informe presentado por la señora Graca Machel de las Naciones Unidas, que esta Corte se permite transcribir, a fin de evidenciar el gran problema social que conlleva la vinculación de menores al conflicto armado:

“[P]resentan comportamientos agresivos, incluso contra sí mismos, incluyendo el suicidio, trastorno del sueño, como pesadillas, sueños interrumpidos, trastornos perceptivos como afectación de las capacidades para hablar con claridad, nerviosismo, sudoración, miedos, falta de apetito, depresión, problemas de identidad, debilitamiento de su personalidad,

ruptura con los referentes culturales y con la transmisión de las tradiciones. En cuanto a problemas físicos más frecuentes, se relacionan la pérdida de visión, la pérdida de capacidad auditiva, la pérdida de brazos y piernas. La mayor parte de estas limitaciones físicas es causada por la explosión de minas antipersonales o por explosión de bombas o granadas”.

“4.5. Someter a los menores como víctimas que son del conflicto armado a un proceso judicial, resulta contrario a las disposiciones constitucionales que abogan por el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, así como por los diversos instrumentos internacionales suscritos por Colombia en relación con ese tema, pues en su calidad de víctimas del conflicto los menores requieren de medidas efectivas y eficaces adoptadas por el Estado, con el fin de obtener su reincorporación plena a la sociedad, como seres humanos capaces de desarrollarse en cualquier ámbito de la vida. Así las cosas, resulta un contrasentido jurídico, como lo plantea el demandante, el sometimiento de los menores vinculados a los grupos armados al margen de la ley a la jurisdicción de jueces o tribunales para responder por una conducta penalmente reprochable, pues ellos son sujetos pasivos del conflicto armado y, como tales, deben gozar de todas las medidas y garantías establecidas por el Estado para lograr el restablecimiento de sus derechos.

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

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

Por lo expuesto, es claro que los menores que participan en organizaciones armadas no son ni pueden ser tratados como delincuentes, ni en consecuencia pueden ser destinatarios de

una norma que les otorgue para el caso de un delito político el beneficio jurídico penal del indulto, pues en realidad son víctimas que requieren la protección del Estado, en vez de sustituirla por un proceso penal, la imposición de una pena y, luego como si se tratara de una gracia, concederles un indulto que, no por serlo desaparece el tratamiento de delincuentes que inicialmente se les dio por el Estado.

Así las cosas salvamos nuestro voto en plena armonía con la posición que en este proceso también asumieron la Defensoría del Pueblo, la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Procuraduría General de la Nación que, desafortunadamente, no se compartió por la mayoría en este caso.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

1 Hasta este punto se ha conservado el texto de la ponencia inicialmente presentada a la Sala Plena por el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

2 Dijo la Corte en el fallo referido: “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para lograr su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Es fácil inferir que todo lo anterior implica no sólo una nueva filosofía para el tratamiento de los problemas del menor infractor sino una pauta en la que prevalecen la comprensión, el amor y la educación sobre los clásicos instrumentos preventivos, resocializadores y represivos, propios del derecho penal.”

3 M.P. Jaime Córdoba Triviño; aclaraciones de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett, Manuel José Cepeda Espinosa, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Rodrigo Escobar Gil; salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

4 Según el representante del Ministerio del Interior y de Justicia, “la mención a autoridades judiciales obedece a su participación en el proceso de abandono voluntario y a la necesidad de su concurso, a fin de determinar las conductas por las cuales son investigados quienes manifiesten su interés de acceder al beneficio del indulto”.

5 Según este mismo interviniente, “la especial situación que concurre en un menor integrante de un grupo armado al margen de la ley no impide el ejercicio de la jurisdicción especial que su condición implica. Se resalta, en todo caso, que para efectos penales la prédica de su inimputabilidad permanece incólume. Adicionalmente, la determinación de su responsabilidad procederá cuando en su actuación no hubiere concurrido circunstancia justificante del hecho o excluyente de culpabilidad”.

6 Ello es de especial importancia por cuanto, según ordena el artículo 44 de la Carta Política, los niños “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” – es decir, el Constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos protectivos de la infancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia; tal mandato armoniza con lo dispuesto en el artículo 93 superior, de conformidad con el cual “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconoce los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En el mismo sentido, el artículo 19 del Código del Menor dispone que “los convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código.”

7 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

9 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Sentencia T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

11 Ver el Comentario a la Regla 2.2.

12 Ver, por ejemplo, la sentencia C-019 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón), C-817 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-839 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

13 El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Carta Política –entre otros en los artículos 9, 93, 94, 214, 53 y 102). Ver, a este respecto, entre otras, las sentencias C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-578 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Entre las normas convencionales y consuetudinarias que la Corte ha identificado como parte del bloque de constitucionalidad se incluyen aquellas que consagran los derechos de los niños (sentencia C-1068 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería), las que se incluyen en los tratados de Derecho Internacional Humanitario (sentencias C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

14 En relación con el alcance del principio de proporcionalidad, se explica en el Comentario a las Reglas que “este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. (...) Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima”.

15 Disponen las reglas 6.2. y 6.3.:

“6.2. Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.

6.3. Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.”

16 “22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.”

17 “21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.”

18 “10.1. Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible”.

19 “10.2. El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”.

20 “10.3. Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño”.

21 Se precisa adicionalmente en esta Regla: “11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.”

22 “13.1. Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”

23 “13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa”.

24 “13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.” Precisa el Comentario a las Reglas que “los menores que se encuentren en prisión preventiva deben gozar de todos los derechos y garantías previstas en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el artículo 9, en el inciso b del párrafo 2 del artículo 10 y en el párrafo 3 de dicho artículo.”

25 “13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos”.

26 “13.5. Mientras se encuentran bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.

27 “15.1 El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha

ayuda en el país”.

28 “15.2 Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.”

29 “17.1. ...a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”

30 “17.1. ... b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”

31 Explica en este punto el Comentario: “El inciso b de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven”.

32 “17.1. ... c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”

33 “17.1. ... d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.”

34 “17.2 Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.”

35 “17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales”.

36 “17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento”

37 “18.1 (...) Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes”.

38 El Comentario pertinente precisa los alcances y las razones justificativas de esta Regla, así: “Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos. // La regla 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad (“último recurso”) y en tiempo (“el más breve plazo posible”). La regla 19 recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada. La regla, por consiguiente, proclama el principio de que, si un menor debe ser confinado en un establecimiento penitenciario, la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado posible, a la vez que se hacen arreglos institucionales especiales para su confinamiento sin perder de vista las diferencias entre los distintos tipos de delincuentes, delitos y establecimientos penitenciarios. En definitiva, deben considerarse preferibles los establecimientos “abiertos” a los “cerrados”. Por otra parte, cualquier instalación debe ser de tipo correccional o educativo antes que carcelario.”

39 Regla 23: “23.1 Se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1, por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen.

23.2 Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas.”

41 Regla 25: “25.1 Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar”.

42 Regla 26: “26.1 La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

26.2 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria — social, educacional, profesional, psicológica, médica y física — que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.

26.4 La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.

26.5 En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.

26.6 Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre

en desventaja en el plano de la educación.”

43 Regla 27: “27.1 En principio, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las recomendaciones conexas serán aplicables en la medida pertinente al tratamiento de los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios, inclusive los que estén en prisión preventiva.

27.2 Con objeto de satisfacer las diversas necesidades del menor específicas a su edad, sexo y personalidad, se procurará aplicar los principios pertinentes de las mencionadas Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en toda la medida de lo posible.”

44 Regla 28: “28.1 La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

28.2 Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad.”

45 Regla 29: “29.1 Se procurará establecer sistemas intermedios como establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos y otros sistemas pertinentes que puedan facilitar la adecuada reintegración de los menores a la sociedad.”

46 Ver la nota al pie No. 13, supra.

47 Regla 17. “Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales”.

48 Regla 17. “17. ... En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias.”

49 Regla 17. “17. ... Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible.”

50 Regla 17. “17. ... Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de

los declarados culpables.”

51 Regla 18 (a). “Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones”.

52 Regla 18 (b). “Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación”.

53 Regla 18 (c). “Los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia”.

54 Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (African Charter on the Rights and Welfare of the Child), Artículo 17 (traducción informal): “Administración de Justicia Juvenil. Todo niño acusado o declarado culpable de infringir la ley penal tendrá derecho a un tratamiento especial, de forma consistente con el sentido de dignidad y valor del niño, y que refuerce el respeto del niño hacia los derechos humanos y libertades fundamentales de los demás. // Los Estados Partes a la presente Carta deberán, en particular: // asegurar que ningún niño que sea detenido o puesto en prisión o, de cualquier otra forma, privado de su libertad, sea sometido a torturas, tratos o penas inhumanos o degradantes; // asegurar que los niños sean separados de los adultos en su lugar de detención o prisión; // asegurar que todo niño acusado de infringir la ley penal: sea presumido inocente hasta que se demuestre su culpabilidad; sea informado prontamente en un lenguaje que comprenda y en detalle sobre los cargos en su contra, y que tenga derecho a la asistencia de un intérprete si no puede comprender el lenguaje utilizado; sea provisto de asistencia legal y cualquiera otra que sea apropiada para la preparación y presentación de su defensa; que el asunto sea determinado tan pronto como sea posible por un tribunal imparcial y, en caso de ser declarado culpable, que tenga derecho a apelar ante un tribunal superior; que la prensa y el público sean excluidos del juicio. El objetivo esencial del tratamiento de todo niño durante el juicio, así como cuando se le declare culpable de haber infringido la ley penal, será su

reformación, la reintegración a su familia y la rehabilitación social. // Habrá una edad mínima por debajo de la cual se presumirá que los niños no tienen la capacidad de infringir la ley penal.” (Article 17: Administration of Juvenile Justice Every child accused or found guilty of having infringed penal law shall have the right to special treatment in a manner consistent with the child’s sense of dignity and worth and which reinforces the child’s respect for human rights and fundamental freedoms of others. // States Parties to the present Charter shall in particular: // ensure that no child who is detained or imprisoned or otherwise deprived of his/her liberty is subjected to torture, inhuman or degrading treatment or punishment; // ensure that children are separated from adults in their place of detention or imprisonment; ensure that every child accused in infringing the penal law: shall be presumed innocent until duly recognized guilty; shall be informed promptly in a language that he understands and in detail of the charge against him, and shall be entitled to the assistance of an interpreter if he or she cannot understand the language used; shall be afforded legal and other appropriate assistance in the preparation and presentation of his defence; shall have the matter determined as speedily as possible by an impartial tribunal and if found guilty, be entitled to an appeal by a higher tribunal; prohibit the press and the public from trial.// The essential aim of treatment of every child during the trial and also if found guilty of infringing the penal law shall be his or her reformation, re-integration into his or her family and social rehabilitation. // There shall be a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law.”)

55 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Artículo 5: “Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley; (...) (d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente”.

56 Ver a este respecto el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el cual “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...”, así como la sentencia

C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual se explicó el valor de la enumeración de fuentes que consta en tal artículo 38, así: “Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante Ley 13 de 1945, y cuyo artículo 93 dispone: ‘Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia’. Dicha enumeración también es obligatoria para el Estado colombiano en la medida en que éste aceptó expresamente someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional, mediante instrumento depositado el 30 de octubre de 1937, sin haber opuesto hasta ahora reservas a la aplicación de las fuentes que se enumeran en su estatuto”.

57 Caso No. 22/1986/120/169, decisión del 30 de enero de 1988.

58 La Corte, luego de resaltar el carácter liberal de la legislación belga sobre justicia de menores –subrayando que tiende hacia la desjudicialización de los menores infractores y su tratamiento educativo y resocializador- afirmó que en sí mismo, el confinamiento de un menor en una instalación penitenciaria en tanto medida de custodia temporal no es contraria al artículo 5 de la Convención. Dijo la Corte Europea (traducción informal): “En principio no corresponde a la Corte expresar un punto de vista sobre el sistema belga como tal (...), pero no puede hacer otra cosa que reconocer su espíritu liberal. La Ley de 1965 surtió el efecto general de sustraer a los menores del ámbito del derecho penal. Además de su aspecto preventivo, dispone en la sección 37 una serie de medidas diseñadas para evitar, en lo posible, cualquier intervención por las cortes penales y cualquier privación de la libertad” (“In principle it is not for the Court to express a view on the Belgian system as such (...), but it cannot do other than recognise its liberal spirit. The 1965 Act had the general effect of removing juveniles from the ambit of the criminal law. In addition to its preventive aspect, it makes provision in section 37 for a series of measures designed to avoid as far as possible any intervention by criminal courts and any deprivation of liberty”). También afirmó: “La Corte observa que la reclusión de un menor en un centro de detención no contraviene necesariamente el sub-párrafo (d) (art. 5-1-d), incluso si en sí misma no se orienta a asegurar la ‘supervisión educativa’ de la persona. Como se infiere de las palabras ‘para el fin de’, la ‘detención’ a la que se refiere el texto es un medio de asegurar que la persona en cuestión sea puesta bajo ‘supervisión educativa’, pero la colocación no tiene que ser

necesariamente inmediata. Así como el Artículo 5 § 1 reconoce –en los sub-párrafos (c) y (a) (art. 5-1-c, art. 5-1-a)- la distinción entre la detención previa al juicio y la detención luego de la condena, así el subpárrafo (d) (art. 5-1-d) no impide la aplicación de una medida de custodia transitoria en forma previa a un régimen de educación supervisada, sin que (tal medida) implique en si misma ningún tipo de educación supervisada. En tales circunstancias, sin embargo, la detención debe ser prontamente seguida por la aplicación material de dicho régimen, en un entorno (abierto o cerrado) diseñado para tal objetivo y con suficientes recursos para ello” (“The Court notes that the confinement of a juvenile in a remand prison does not necessarily contravene sub-paragraph (d) (art. 5-1-d), even if it is not in itself such as to provide for the person’s “educational supervision”. As is apparent from the words “for the purpose of” (“pour”), the “detention” referred to in the text is a means of ensuring that the person concerned is placed under “educational supervision”, but the placement does not necessarily have to be an immediate one. Just as Article 5 § 1 recognises – in sub-paragraphs (c) and (a) (art. 5-1-c, art. 5-1-a) – the distinction between pre-trial detention and detention after conviction, so sub-paragraph (d) (art. 5-1-d) does not preclude an interim custody measure being used as a preliminary to a regime of supervised education, without itself involving any supervised education. In such circumstances, however, the imprisonment must be speedily followed by actual application of such a regime in a setting (open or closed) designed and with sufficient resources for the purpose.”).

59 Aplicación No. 24888/94, sentencia del 16 de diciembre de 1999.

60 Aplicación No. 24724/94, sentencia del 16 de enero de 1999.

61 Dijo la Corte (traducción informal): “73. En este sentido, la Corte observa que, en la actualidad, no existe aún una edad mínima para la atribución de responsabilidad penal comúnmente aceptada en Europa. Mientras que la mayor parte de los Estados Contratantes han adoptado un límite de edad que es más alto que el que rige en Inglaterra y Gales, otros Estados, tales como Chipre, Irlanda, Liechtenstein y Suiza atribuyen responsabilidad penal desde una edad más temprana. Lo que es más, no se puede inferir ninguna tendencia cierta luego de examinar los textos e instrumentos internacionales relevantes (ver los párrafos 45-46 precedentes). La Regla 4 de las Reglas de Beijing, las cuales, aunque no son jurídicamente vinculantes, podrían proveer algunas indicaciones sobre la existencia de un consenso internacional, no especifica la edad en la cual se debe fijar la responsabilidad

penal, sino que meramente invita a los Estados a no fijarla demasiado bajo, y el artículo 40§3 (a) de la Convención de la ONU exige a los Estados que establezcan una edad mínima por debajo de la cual se presumirá que los niños no tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero no contiene ninguna disposición sobre cuál debe ser dicha edad.” “73. In this connection, the Court observes that, at the present time, there is not yet a commonly accepted minimum age for the attribution of criminal responsibility in Europe. While most of the Contracting States have adopted an age-limit which is higher than that in force in England and Wales, other States, such as Cyprus, Ireland, Liechtenstein and Switzerland, attribute criminal responsibility from a younger age. Moreover, no clear tendency can be ascertained from examination of the relevant international texts and instruments (see paragraphs 45-46 above). Rule 4 of the Beijing Rules which, although not legally binding, might provide some indication of the existence of an international consensus, does not specify the age at which criminal responsibility should be fixed but merely invites States not to fix it too low, and Article 40 § 3 (a) of the UN Convention requires States Parties to establish a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the criminal law, but contains no provision as to what that age should be.”

62 Ha de recordarse en este punto que, de conformidad con el ordenamiento jurídico británico, la mayoría de los menores acusados de infringir la ley penal son sometidos a procesos especiales ante tribunales juveniles (Youth Courts), pero los menores acusados de los crímenes más serios son exceptuados de esta regla y procesados ante cortes para adultos (Crown Court).

63 Dijo la Corte (traducción informal): “76. La Corte observa en este sentido que una de las garantías mínimas provistas por el Artículo 40 § 2 (b) de la Convención de la ONU a los niños acusados de delitos es que su privacidad debe ser plenamente respetadas en todas las etapas del procedimiento. En forma similar, la Regla 8 de las Reglas de Beijing dispone que ‘se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad’ y que ‘en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente’. Finalmente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendó en 1987 que los Estados Miembros deberían revisar sus leyes y sus prácticas con miras a someter a los menores a tribunales de adultos donde existan jueces de menores, y reconocer el derecho de los menores al respeto de sus vidas privadas (...). 77. La Corte considera que lo anterior demuestra una tendencia internacional a favor de la protección de la intimidad de

los menores procesados, y observa en particular que la Convención de la ONU es obligatoria como parte del derecho internacional para el Reino Unido, junto con todos los otros Estados Miembros del Consejo de Europa (ver párrafo 46 precedente). Lo que es más, el Artículo 6 § 1 de la Convención dispone que 'la prensa y el público pueden ser excluidos de la totalidad o de parte del juicio... cuando los intereses de los menores... así lo exijan' (...). Sin embargo, mientras que la existencia de tal tendencia es un factor a ser tenido en cuenta al evaluar si el trato impartido al demandante puede considerarse aceptable bajo los demás artículos de la Convención, no puede ser determinante para el tema de si el juzgamiento público constituyó maltrato con el nivel mínimo de severidad necesario para encuadrarlo bajo el ámbito del Artículo 3 (...)" ("76. The Court notes in this connection that one of the minimum guarantees provided by Article 40 § 2 (b) of the UN Convention to children accused of crimes is that they should have their privacy fully respected at all stages of the proceedings. Similarly, Rule 8 of the Beijing Rules states that "the juvenile's privacy shall be respected at all stages" and that "in principle, no information that may lead to the identification of a juvenile offender shall be published". Finally, the Committee of Ministers of the Council of Europe recommended in 1987 that member States should review their law and practice with a view to avoiding committing minors to adult courts where juvenile courts exist and to recognising the right of juveniles to respect for their private lives (...). // 77. The Court considers that the foregoing demonstrates an international tendency in favour of the protection of the privacy of juvenile defendants, and it notes in particular that the UN Convention is binding in international law on the United Kingdom in common with all the other member States of the Council of Europe (see paragraph 46 above). Moreover, Article 6 § 1 of the Convention states that "the press and public may be excluded from all or part of the trial ... where the interests of juveniles ... so require" (...). However, whilst the existence of such a trend is one factor to be taken into account when assessing whether the treatment of the applicant can be regarded as acceptable under the other Articles of the Convention, it cannot be determinative of the question whether the trial in public amounted to ill-treatment attaining the minimum level of severity necessary to bring it within the scope of Article 3 (...)"

64 Dijo la Corte (traducción informal): "78. La Corte reconoce que el proceso penal en contra del aplicante no fue motivado por intención alguna de parte de las autoridades estatales de humillarlo o causarle sufrimiento. De hecho, se adoptaron medidas especiales para modificar el procedimiento de la Crown Court para efectos de atenuar los rigores de un juicio para adultos, en atención a la corta edad de los procesados (...)" ("78. The Court recognises that

the criminal proceedings against the applicant were not motivated by any intention on the part of the State authorities to humiliate him or cause him suffering. Indeed, special measures were taken to modify the Crown Court procedure in order to attenuate the rigours of an adult trial in view of the defendants' young age (...)"

65 Dijo la Corte (traducción informal): "Incluso si existen evidencias que permiten esperar que los procesos del tipo que fue aplicado al demandante generen un efecto dañino sobre un niño de once años de edad, la Corte considera que cualquier procedimiento o indagación para determinar las circunstancias de los actos cometidos por T. y el demandante, así dicha indagación se hubiese realizado en público o en privado, y así hubiese atendido a las formalidades de la Crown Court o se hubiese adelantado informalmente ante el juez de menores, habría provocado en el peticionario sentimientos de culpa, desasosiego, angustia y miedo. La evidencia psiquiátrica indica que desde antes del inicio del juicio él sufría de los efectos post-traumáticos del delito; que lloraba inconsolablemente y se sentía en dificultades y afectado cuando se le pedía hablar sobre lo que el y T. habían hecho al niño de dos años, y que sufría de miedo al castigo y a una retribución terrible. Si bien la naturaleza pública del procedimiento pudo haber exacerbado en cierta medida estos sentimientos en el demandante, la Corte no está convencida de que las características particulares del proceso de juzgamiento, tal y como le fue aplicado, le hayan causado, en un grado significativo, un sufrimiento que rebase aquel que se habría generado inevitablemente por cualquier intento de las autoridades de tratar con el peticionario luego de que éste hubo cometido el delito en cuestión" ("79. Even if there is evidence that proceedings such as those applied to the applicant could be expected to have a harmful effect on an eleven-year-old child (...), the Court considers that any proceedings or inquiry to determine the circumstances of the acts committed by T. and the applicant, whether such inquiry had been carried out in public or in private, attended by the formality of the Crown Court or informally in the youth court, would have provoked in the applicant feelings of guilt, distress, anguish and fear. The psychiatric evidence shows that before the trial commenced he was suffering from the post-traumatic effects of the offence; that he cried inconsolably and found it difficult and distressing when asked to talk about what he and T. had done to the two-year-old, and that he suffered fears of punishment and terrible retribution (...). Whilst the public nature of the proceedings may have exacerbated to a certain extent these feelings in the applicant, the Court is not convinced that the particular features of the trial process as applied to him caused, to a significant degree, suffering going beyond that which would inevitably have been engendered

by any attempt by the authorities to deal with the applicant following the commission by him of the offence in question (...)."

66 Dijo la Corte (traducción informal): "(...) no se puede afirmar que el juzgamiento de un niño por cargos penales, incluso de uno de escasos once años de edad, viole como tal la garantía del debido proceso del Artículo 6 § 1. La Corte, sin embargo, sí coincide con la Comisión en que es esencial que un niño acusado de un delito sea tratado de forma tal que se tengan plenamente en cuenta su edad, su nivel de madurez y sus capacidades intelectuales y emocionales, y que se adopten medidas para promover su capacidad de comprender y participar en los procedimientos" ("(...) it cannot be said that the trial on criminal charges of a child, even one as young as eleven, as such violates the fair trial guarantee under Article 6 § 1. The Court does, however, agree with the Commission that it is essential that a child charged with an offence is dealt with in a manner which takes full account of his age, level of maturity and intellectual and emotional capacities, and that steps are taken to promote his ability to understand and participate in the proceedings").

67 Dijo la Corte (traducción informal): "De allí se sigue que, en relación con un niño pequeño acusado de un delito grave que atrae altos niveles de interés de los medios y del público, sería necesario llevar a cabo la audiencia en forma tal que se reduzcan, en la medida de lo posible, sus sentimientos de intimidación e inhibición (...). ...cuando sea apropiado en atención a la edad y demás características del menor y a las circunstancias que rodean el proceso penal, este interés general puede ser satisfecho mediante un procedimiento modificado que prevea derechos selectivos de asistencia y reportajes cuidadosos" ("87. It follows that, in respect of a young child charged with a grave offence attracting high levels of media and public interest, it would be necessary to conduct the hearing in such a way as to reduce as far as possible his or her feelings of intimidation and inhibition (...). ...where appropriate in view of the age and other characteristics of the child and the circumstances surrounding the criminal proceedings, this general interest could be satisfied by a modified procedure providing for selected attendance rights and judicious reporting".)

68 Dijo la Corte (traducción informal): "...aunque los representantes legales del demandante estaban sentados, como lo expresó el Gobierno, 'a una distancia (suficiente para) susurrar', es altamente improbable que el demandante se hubiera sentido suficientemente desinhibido, en la tensa sala de audiencias y bajo el escrutinio público, como para consultarles durante el

juicio o, en efecto, que dada su inmadurez y su estado emocional perturbado, hubiese sido capaz de cooperar, por fuera de la sala de audiencias, con sus abogados, o de darles información para efectos de su defensa” (“...although the applicant’s legal representatives were seated, as the Government put it, “within whispering distance”, it is highly unlikely that the applicant would have felt sufficiently uninhibited, in the tense courtroom and under public scrutiny, to have consulted with them during the trial or, indeed, that, given his immaturity and his disturbed emotional state, he would have been capable outside the courtroom of cooperating with his lawyers and giving them information for the purposes of his defence”).

69 La Corte Europea también determinó que se habían presentado otras violaciones de la Convención Europea en este caso, particularmente en lo atinente al tema de la fijación de la condena y la posibilidad de controvertir continuamente la legalidad de la detención, temas que no resultan directamente pertinentes para la presente providencia.

70 Ver: Roger S. Clark y Otto Triffterer, “Article 26: Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen”, citado en: Arzoumanian, Naïri y Pizzutelli, Francesca: “Victimes et bourreaux: questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique », en : International Review of the Red Cross, Vol. 85 No. 852, Diciembre 2003.

71 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

72 Ver en especial la Sentencia C-839 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se examinó la constitucionalidad de la responsabilidad penal del menor infractor y se concluyó que ella no vulnera el derecho fundamental a la especial protección de los niños. En sentencia C-340 de 1998 la Corte Constitucional declaró constitucional el artículo 13 de la Ley 418 de 1997, bajo la condición de que “los menores que se recluten sólo podrán ser vinculados al servicio militar si tienen más de quince años, si se los excluye de toda actividad de riesgo y se los destina exclusivamente a cumplir funciones ajenas al combate y sólo en zonas que no sean de orden público, siempre sobre la base de la total espontaneidad de su decisión.”

73 El texto original de este artículo dispone, en su versión en inglés: “1. The Special Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 15 at the time of the alleged commission of the crime. Should any person who was, at the time of the alleged commission of the crime, between 15 and 18 years of age come before the Court, he or she

shall be treated with dignity and a sense of worth, taking into account his or her young age and the desirability of promoting his or her rehabilitation, reintegration into and assumption of a constructive role in society, and in accordance with international human rights standards, in particular the rights of the child. 2. In the disposition of a case against a juvenile offender, the Special Court shall order any of the following: care guidance and supervision orders, community service orders, counseling, foster care, correctional, educational and vocational training programmes, approved schools and, as appropriate, any programmes of disarmament, demobilization and reintegration or programmes of child protection agencies”.

74 La información contenida en esta tabla ha sido extraída de los siguientes trabajos de investigación: (a) DÜNKEL, Frieder (2004): “Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice”, Universidad de Greifswald, Alemania, en: www.esc-eurocrim.org/files/juvjusticegermany_betw_welfar_justice.doc; (b) REMEDIOS, Corinne: “The Age of Criminal Responsibility in Hong Kong”, LC Paper No. CB(2)2298/00-01(01), en: <http://www.hkreform.gov.hk/reports/rage-e.doc>; y (c) múltiples otros documentos disponibles en Internet sobre los sistemas jurídicos específicos de los países reseñados.

75 Únicamente para delitos graves como homicidio, lesiones personales, violación, extorsión y otros.

76 Los límites de edad varían según las diferentes jurisdicciones de Australia; en Victoria y en Queensland el límite es de 17 años, mientras que en Commonwealth, Australian Capital Territory, Northern Territory, New South Wales, South Australia, Western Australia y Tasmania el límite es de 18 años.

77 Únicamente para delitos de tránsito.

78 Únicamente para delitos graves.

79 Mayoría de edad penal para efectos de detención/privación de la libertad.

80 Únicamente para delitos graves.

81 Únicamente para delitos graves.

82 Únicamente se aplica una mitigación de la sentencia a menores de edad, pero no dentro de un sistema específico de responsabilidad penal juvenil.

84 Únicamente para delitos graves.

85 Mayoría de edad penal para efectos de detención/privación de la libertad.

86 Mayoría de edad penal para efectos de detención/privación de la libertad.

87 Únicamente medidas preventivas, no responsabilidad penal como tal.

88 Únicamente para delitos graves.

89 Únicamente para delitos graves.

90 Únicamente para delitos graves.

91 Únicamente se aplica una mitigación de la sentencia a menores de edad, pero no dentro de un sistema específico de responsabilidad penal juvenil.

92 Únicamente para homicidio.

93 No hay responsabilidad penal stricto sensu, sino únicamente aplicación de la Ley de Bienestar Juvenil (Juvenile Welfare Law).

94 No hay responsabilidad penal stricto sensu, sino únicamente aplicación de la Ley de Bienestar Juvenil (Juvenile Welfare Law).

95 Únicamente se aplica una mitigación de la sentencia a menores de edad, pero no dentro de un sistema específico de responsabilidad penal juvenil.

96 Únicamente se aplican medidas protectivas y educativas, no punitivas.

97 Mayoría de edad penal para efectos de detención/privación de la libertad.

98 Únicamente para delitos graves.

99 En la sentencia C-113 de 2005, la Corte se inhibió para conocer de los artículos 178, 179,

185, 186, 190 y 192 del Código del Menor, con 2 salvamentos de voto sobre la inhibición.

100 Crf. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 13 de mayo de 1992.

101 La parte resolutive de esta sentencia es del siguiente tenor:

“Primero. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar EXEQUIBLES los artículos 174 inciso primero, 182 numeral tercero, 187 inciso final, 201 numeral cuarto y 301 del mismo Código del Menor (Decreto 2737 de 1989).

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 167 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), siempre que se interprete y aplique en el sentido de que los procesos relativos a menores infractores de la ley penal son de única instancia cuando en ellos NO se decrete o imponga una medida privativa de la libertad. En caso contrario, se estará a lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 184 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), siempre y cuando se interprete y aplique en el sentido de que el menor deberá ser puesto a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, a menos que ese término exceda el de 36 horas establecido en la Constitución Nacional. En este caso, deberá ponerse a disposición de una autoridad competente, que tome las medidas temporales correspondientes, mientras pueda concurrir el juez especializado de menores.”

102 La parte resolutive de esta sentencia reza:

“Declarar INEXEQUIBLES las expresiones acusadas de los artículos 166, 185, 191 y 199 del Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-”.

103 La parte resolutive de esta providencia es del siguiente tenor:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 que a la letra señala: ‘Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil’.

SEGUNDO.- La Corte se declara INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo respecto de

la expresión acusada del artículo 475 transitorio de la Ley 599 de 2000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

104 Ver, entre otras, las sentencias T-406 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); C-1064 de 2001 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño); C-566 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SU-747 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-1064 de 2001 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño); y T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

105 Sentencia T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

106 Ver: “Los niños y los conflictos armados – Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad”, 9 Febrero 2005, Documento ONU A/59/695-S/2005/72;

107 Ver: “Child Soldiers”. International Committee of the Red Cross, Geneva, June 2003. www.icrc.org

108 Ver: “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”. Human Rights Watch, Septiembre 2003. www.hrw.org

109 Ver: “Child Soldier Use 2003: A Briefing for the 4th UN Security Council Open Debate on Children and Armed Conflict”. www.child-soldiers.org. Ver también: “Child Soldiers Global Report 2004”. Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, 2004. www.child-soldiers.org

110 “Security for a new Century: A Study Group Report” – The Henry L. Stimson Center – Dr. Peter W. Singer, January 2005. En: www.stimson.org/newcentury

111 Ver a este respecto DENG DENG, William: “A survey of Programs on the Reintegration of Former Child Soldiers” – proyecto financiado por el gobierno del Japón, 2001. En: www.mofa.go.jp/policy/human/child/survey/

112 No se trata de un fenómeno nuevo para nuestro país. Una de las constantes de los conflictos internos que ha atravesado Colombia desde el siglo XIX ha sido la participación de niños en los combates. Baste recordar, por ejemplo, a los menores de edad que formaron parte de los ejércitos enfrentados en la Guerra de los Mil Días, bien fuera como espías, informadores, ordenanzas o combatientes, que murieron en el campo de batalla -tal fue el

caso del batallón comandado por el General Vargas en la batalla de Palonegro, compuesto por niños de 15 a 17 años provenientes del Norte de Santander, los cuales perdieron la vida sin excepción durante dicha contienda-, o durante las labores que cumplían como parte de los “cuerpos cívicos” encargados de la defensa de las ciudades durante los ataques. En este mismo sentido, puede recordarse a los niños que formaron parte de las cuadrillas enfrentadas durante la época de la Violencia en los años 40-60 del siglo XX, entre los cuales algunos como el “Caporal” o el “Teniente Roosevelt” (de 11 o 12 años de edad) se hicieron tristemente célebres por sus hazañas macabras.

113 “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”. Human Rights Watch, 2003. www.hrw.org

114 Human Rights Watch, op. cit., p. 5.

115 Id.

116 Human Rights Watch, op. Cit., p. 6.

117 Ver: Defensoría del Pueblo y UNICEF, “La niñez en el conflicto armado colombiano”. Boletín ‘La Niñez y sus Derechos’ No. 8, Diciembre 2002.

118 Id., p. 7.

120 Human Rights Watch, op. cit., p. 6.

121 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8-2-(e)-(vii). Es importante recordar que para que se configure el delito internacional de reclutamiento de menores dentro de un conflicto armado no internacional, los Elementos de los Crímenes (instrumento complementario al Estatuto de Roma) establecen, en el artículo 8-2-(e)-(vii) que deben estar presentes los siguientes elementos: (1) que el autor haya procedido al reclutamiento o conscripción de una o más personas dentro de una fuerza o grupo armado, o que les haya hecho participar activamente en las hostilidades; (2) que tales personas tuvieran menos de 15 años; (3) que el autor supiera, o hubiera debido saber, que tales personas tenían menos de quince años; (4) que el comportamiento haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado no internacional, y haya estado asociado con el mismo; (5) que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto

armado.

122 Ver la decisión de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso de *Prosecutor vs. Sam Hinga Norman*, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction, mayo 31 de 2004, párrafos 17 a 24.

123 Ver *Arzoumanian y Pizzutelli*, Op. Cit.

124 Así, la Convención IV de Ginebra sobre protección de las personas civiles en tiempos de guerra (aplicable a conflictos internacionales) hace referencia a los niños en los artículos 17 (sobre evacuación), 50 (sobre niños), y 132 (repatriación, liberación y hospitalización en país neutro durante las hostilidades o la ocupación); el Protocolo I, relativo a la protección de víctimas de conflictos armados internacionales, se refiere a los niños en sus artículos 70-1 (acciones de socorro), 77-1 (protección de los niños), 78 (evacuación de niños); y el Protocolo II, relativo a la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales, en su artículo 4-3, recién transcrito.

125 Artículo 94 de la Convención IV de Ginebra (relativo a las actividades intelectuales, educativas y recreativas de las personas internadas en el curso de conflictos internacionales).

126 Artículo 24-3 de la Convención IV de Ginebra, sobre identificación de niños en conflictos internacionales.

127 La Convención IV de Ginebra (aplicable a conflictos internacionales) se refiere a los niños menores de quince años en sus artículos 14-1 (zonas y localidades sanitarias y de seguridad), 23-1 (envío de medicamentos, víveres y ropa), 24-1 (medidas especiales a favor de la infancia), 38 (personas no repatriadas), 50-5 (niños), 89-5 (alimentación de los internados). Igualmente, el artículo 77-2 del Protocolo I y el artículo 4-3 del Protocolo II hacen referencia a este límite de edad.

128 Artículo 68-4 de la Convención IV, sobre la pena de muerte; artículo 77-2 del Protocolo I, y artículo 4-3 del Protocolo II.

129 Artículo 76-5 de la Convención IV, sobre el tratamiento de los detenidos.

130 Ver SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno (eds.): *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. 923, par. 3178.

131 Ver a este respecto SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN, *Op. Cit.*, p. 1402. En relación con las Convenciones de Ginebra, explica PICTET, Jean S. (ed.), *Commentaire aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité International de la Croix-Rouge, Genève, Vol. IV, 1956, p. 201, que el límite de edad de quince años se seleccionó por cuanto el desarrollo de las facultades de los menores, a partir de esta edad, es en términos generales de un grado tal que no se impone la misma necesidad de adoptar medidas especiales; y en relación con el límite de edad de doce años (para la adopción de medidas de identificación de los menores), explica que a partir de tal edad se entiende que los niños son generalmente capaces de identificarse a sí mismos. En relación con estas reglas, explican SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN que se requiere un nivel elemental de elasticidad al momento de su aplicación, dado que pueden existir individuos que son niños todavía a pesar de tener más de 15 años, tanto física como mentalmente (“L’âge de quinze ans correspond, le plus souvent, à un développement des facultés tel que des mesures spéciales ne s’imposent plus avec la même nécessité. Il convient cependant de garder une certaine élasticité, car on peut se trouver en face d’individus qui, même au-delà de 15 ans, sont encore des enfants, aussi bien physiquement que mentalement » (*op. cit.*, p. 924)).

132 La Recomendación 190 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, que precisa y complementa las disposiciones del Convenio 182 (numeral 1), explica en su numeral 2 la forma en que la implementación de las medidas a favor de los niños combatientes resulta más acorde con los estándares internacionales pertinentes: “2. Los programas de acción mencionados en el artículo 6 del Convenio deberían elaborarse y ponerse en práctica con carácter de urgencia, en consulta con las instituciones gubernamentales competentes y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, tomando en consideración las opiniones de los niños directamente afectados por las peores formas de trabajo infantil, de sus familias y, cuando proceda, de otros grupos interesados en la consecución de los fines del Convenio y de la presente Recomendación. Los objetivos de dichos programas deberían ser, entre otros: a) identificar y denunciar las peores formas de trabajo infantil; b) impedir la ocupación de niños

en las peores formas de trabajo infantil o librarlos de ellas, protegerlos contra las represalias y garantizar su rehabilitación e inserción social con medidas que permitan atender a sus necesidades educativas, físicas y psicológicas; c) prestar especial atención: i) a los niños más pequeños; ii) a las niñas; iii) al problema del trabajo oculto, en el que las niñas están particularmente expuestas a riesgos, y iv) a otros grupos de niños que sean particularmente vulnerables o tengan necesidades específicas; d) identificar las comunidades en que haya niños particularmente expuestos a riesgos, y entrar en contacto directo y trabajar con ellas, y e) informar, sensibilizar y movilizar a la opinión pública y a los grupos interesados, incluidos los niños y sus familiares”.

133 En esta Resolución, el Consejo de Seguridad -en lo pertinente para el caso presente- (1) expresó su “profunda preocupación por las perniciosas y extendidas repercusiones de los conflictos armados en los niños y sus consecuencias a largo plazo para la paz, la seguridad y el desarrollo duraderos”; (2) condenó fuertemente la “selección de niños como blancos de ataque en conflictos armados” por medio de actos tales como el reclutamiento y la utilización de los niños en las hostilidades, entre otras; (3) exhortó a las partes implicadas a dar cumplimiento estricto a sus obligaciones internacionales, en particular las que se derivan de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, y destacó la obligación de todos los Estados de poner fin a la impunidad y enjuiciar a los responsables de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; (4) instó a todas las partes en conflictos armados “a asegurar que la protección, el bienestar y los derechos de los niños se tengan en cuenta en las negociaciones de paz y a lo largo del proceso de consolidación de la paz después de los conflictos”, a tomar “medidas factibles en el curso de ellos para minimizar los daños sufridos por los niños”, a respetar “los compromisos concretos que se han contraído para asegurar la protección de los niños en situaciones de conflicto armado”, a “adoptar medidas especiales para proteger a los niños, y en particular a las niñas, de la violación y otras formas de abuso sexual y de la violencia basada en el género en situaciones de conflicto armado y a tener presentes las necesidades especiales de las niñas durante esos conflictos y después de ellos, en particular en la prestación de asistencia humanitaria”; (5) instó a los Estados y a las partes pertinentes del sistema de Naciones Unidas a “intensificar sus esfuerzos para que se ponga fin al reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados en violación del derecho internacional mediante medidas políticas y de otra índole y, a esos efectos, fomente que los niños tengan alternativas a la participación en conflictos

armados”; y (6) instó a los Estados y al sistema de la ONU a “facilitar el desarme, la desmovilización, la rehabilitación y la reintegración de los niños utilizados como soldados en violación del derecho internacional”.

134 En este pronunciamiento, el Consejo (1) reafirmó su condena de la victimización de niños por el conflicto armado, así como el impacto nocivo y generalizado de las confrontaciones sobre los niños y sus consecuencias a largo plazo para la paz, seguridad y desarrollo, (2) enfatizó la responsabilidad de todos los Estados para poner fin a la impunidad y juzgar a los responsables del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y en este punto, enfatizó la necesidad de excluir este tipo de conductas, cuando ello sea posible, de las disposiciones legales sobre amnistía, (3) urgió a todas las partes de conflictos armados a dar pleno cumplimiento al derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de los niños durante los conflictos armados, en particular las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y su Protocolo Facultativo de 2000, y a tener en cuenta lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; (4) observó que “los ataques dirigidos deliberadamente contra la población civil u otras personas protegidas, entre ellas los niños, y las violaciones sistemáticas, flagrantes y generalizadas del derecho internacional humanitario y el derecho internacional sobre los derechos humanos, incluido el relativo a los niños en situaciones de conflicto armado, pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y, al respecto, reafirma que está dispuesto a ocuparse de esas situaciones y, cuando sea necesario, adoptar las medidas pertinentes”; (5) pidió a las partes en conflictos armados “que, cuando proceda, incluyan en las negociaciones de paz y en los acuerdos de paz, disposiciones sobre la protección de los niños, especialmente con respecto al desarme, la desmovilización y la reintegración de los niños combatientes, en las negociaciones de paz y los acuerdos de paz y que en la medida de lo posible tengan en cuenta la participación de los niños en esos procesos”; (6) subrayó la importancia de tener en cuenta las necesidades y vulnerabilidades particulares de las niñas afectadas por conflictos armados, incluidas las niñas combatientes, y pidió que “en la elaboración de políticas y programas, incluidos los relacionados con la prevención, el desarme, la desmovilización y la reintegración, se tengan en cuenta sus derechos humanos, su protección y su bienestar”; (7) reiteró “la importancia de asegurar que los niños sigan teniendo acceso a servicios básicos durante los conflictos y el período posterior a los conflictos, incluidos, entre otros, los servicios de educación y salud”.

135 En esta Resolución, luego de expresar su “determinación de prestar a la cuestión de la protección de los niños en los conflictos armados la máxima atención durante el examen de las cuestiones de las que se ocupa” y de expresar “su intención, cuando corresponda, de instar a las partes en un conflicto a que hagan arreglos especiales para atender a las necesidades de protección y asistencia de las mujeres, los niños y otros grupos vulnerables”, el Consejo de Seguridad instó a las partes en conflictos armados a cumplir sus obligaciones internacionales en la materia, a prestar la debida atención a la situación de las niñas, y a incluir “normas sobre la protección de los niños en los acuerdos de paz, incluidas, cuando corresponda, disposiciones sobre el desarme, la desmovilización, la reinserción y la rehabilitación de los niños soldados y la reunificación de familias, y tomen en consideración, en la medida de lo posible, las opiniones de los niños en esos procesos”, entre otras medidas.

136 En este pronunciamiento el Consejo (1) apoyó “el llamamiento hecho por el Secretario General a entrar en una ‘era de aplicación’ de las normas y los principios internacionales para la protección de los niños afectados por conflictos armados”; (2) instó a “todas las partes en conflictos armados que recluten o utilicen a niños en trasgresión de sus obligaciones internacionales a que dejen de inmediato de hacerlo”; (3) expresó “su intención de considerar la adopción de medidas apropiadas para seguir haciendo frente a esta cuestión, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y su resolución 1379 (2001), si al examinar el próximo informe del Secretario General considera que los progresos han sido insuficientes”; (4) exhortó a los miembros de las Naciones Unidas a cumplir sus obligaciones internacionales en la materia de conformidad con el derecho internacional humanitario; (5) exhortó a “todas las partes de que se trate 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 conflictos”; y (6) pidió a los Estados Miembros que “se aseguren de que los niños afectados por conflictos armados formen parte de todos los procesos de desarme, desmovilización y reinserción, teniendo en cuenta la capacidad y las necesidades concretas de las niñas, y, de que la duración de esos procesos sea suficiente para la debida transición a la vida habitual, prestando especial atención a la educación, incluida la vigilancia por conducto de las escuelas, entre otras cosas, de los niños desmovilizados a fin de impedir que sean reclutados de nuevo”.

137 En esta resolución, el Consejo de Seguridad, “observando que se ha avanzado en la

protección de los niños afectados por conflictos armados, especialmente en los aspectos de la promoción y la formulación de normas y principios, pero observando con profunda preocupación que en general no ocurre así sobre el terreno, donde las partes en conflicto siguen infringiendo con impunidad las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable relativo a los derechos y la protección de los niños en los conflictos armados”, y recordando tanto la responsabilidad de los Estados de terminar la impunidad y enjuiciar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes horribles perpetrados contra niños, como la responsabilidad del propio Consejo “por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, a ese respecto, su compromiso de hacer frente a las consecuencias generalizadas de los conflictos armados para los niños”, efectuó los siguientes pronunciamientos pertinentes: (1) condenó nuevamente, con todo énfasis, el reclutamiento y utilización de niños en el conflicto armado, (2) pidió al Secretario General que prepare un plan de acción para un mecanismo sistemático y general de vigilancia y presentación de informes sobre el tema, con el fin de contar con información apropiada sobre este fenómeno para tenerla en cuenta “en la adopción de las medidas que procedan”; (2) pidió a las partes implicadas a cumplir las obligaciones internacionales que les sean aplicables en esta materia; (3) tomó nota de la continuidad del reclutamiento y utilización de niños por las partes mencionadas en el informe del Secretario General, a las cuales solicitó la adopción de planes de acción concretos y con plazos precisos para finalizar tal reclutamiento y utilización, pidiendo al mismo tiempo al Secretario General que se encargara de examinar periódicamente el cumplimiento de tales compromisos; (4) expresó “su intención de considerar la posibilidad de imponer medidas con objetivos concretos y graduados mediante resoluciones que se refieran a determinados países, como por ejemplo la prohibición de exportar o suministrar armas pequeñas y armas ligeras y otros pertrechos y asistencia militares, contra las partes que se nieguen a participar en el diálogo, no elaboren un plan de acción o incumplan los compromisos contraídos en su plan de acción”; (5) tomó nota “con profunda preocupación de que continúan el reclutamiento y la utilización de niños por las partes en otras situaciones de conflicto armado mencionadas en el informe del Secretario General, en contravención del derecho internacional aplicable relativo a los derechos y la protección de los niños”, (6) pidió a las partes implicadas –entre las cuales están los grupos implicados en el conflicto armado colombiano- que “pongan fin inmediatamente al reclutamiento y la utilización de niños” y expresó “su intención de considerar la posibilidad, sobre la base de información oportuna, objetiva, exacta y fidedigna

recibida de los interesados a que concierna, de adoptar medidas apropiadas para seguir haciendo frente a este problema, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, sus resoluciones 1379 (2001) y 1460 (2003) y la presente resolución”; (7) reiteró “sus peticiones a todas las partes interesadas, incluidos los organismos, fondos y programas de las Naciones Unidas, así como las instituciones financieras, de que sigan asegurándose de que todos los niños asociados con fuerzas y grupos armados, así como las cuestiones relacionadas con la infancia, sean incluidos sistemáticamente en todos los procesos de desarme, desmovilización y reinserción, teniendo en cuenta las necesidades y capacidad específicas de las niñas, haciendo especial hincapié en la educación, incluida la supervisión en escuelas, por ejemplo, de los niños desmovilizados a fin de impedir que vuelvan a ser reclutados y teniendo presente la evaluación de las mejores prácticas”; (7) pidió “a los Estados y al sistema de las Naciones Unidas que reconozcan el importante papel de la educación en las zonas de conflicto para impedir y prevenir que los niños sean reclutados una y otra vez en contravención de las obligaciones de las partes en el conflicto”; y (8) observó con preocupación la situación de las niñas y niños objeto de abuso y explotación sexual en situaciones de conflicto y crisis humanitaria, entre otras determinaciones.

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

139 Ley orgánica No. 08/96 del 30 de agosto de 1996, sobre la organización de la investigación y juzgamiento de las infracciones constitutivas del crimen de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, cometidos a partir del 1o de octubre de 1990 (Loi organique No. 08/96 du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises à partir du 1er octobre 1990). En : Journal Officiel de la République Rwandaise, No. 17, 1 septembre 1996.

140 Ver Arzoumanian y Pizzutelli, Op. Cit.

141 No hará la Corte referencia en este caso a las condiciones generales para la concesión de indultos ni a los límites establecidos en la ley para la aplicación de esta figura; para los

efectos de este pronunciamiento basta con enunciar las pautas constitucionales e internacionales mínimas que han de regir el procesamiento jurídico-penal de menores de edad.

142 Art. 44 Constitución Política: “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.

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”.

143 Artículo 24.

144 Protocolo I Adicional, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977. Protocolo II Adicional, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de la misma fecha.

145 Para la Convención de los Derechos del Niño, es importante destacar que “[E]n 1978, debido a que la Declaración de 1959 carecía de una exhaustiva enumeración de los derechos de los niños, así como por su carácter de texto sin obligaciones jurídicas para los Estados Partes, el Gobierno de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto sobre una Convención de las Naciones Unidas, relativa a los Derechos del Niño. Esta Convención serviría como instrumento jurídico urgente, en defensa de los problemas de la infancia. Este primer intento, sin embargo, no obtendría el éxito esperado. Posteriormente, y a los efectos de lograr que se aprobara dicha Convención, la Misión Permanente de la República Popular Polaca ante la Oficina de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, envió,

el 5 de octubre de 1979, a la división de Derechos Humanos, un nuevo proyecto de Convención para que fuera distribuido entre todos los Gobiernos.

En 1979, y a petición de la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos, en su sesión 1479^a, creó un grupo de trabajo, también con sede en Ginebra, de composición no limitada, con el fin de elaborar dicha Convención. Los trabajos comenzaron utilizando como texto base el segundo documento elaborado por Polonia. A partir de esa fecha, el grupo de trabajo celebró sus reuniones, durante una semana cada año. En el mes de noviembre de 1989, coincidiendo con el XXX aniversario de la Declaración de Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas, y a petición de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, fue presentado el proyecto de Convención. Después de su adopción por la Asamblea General, la Convención quedó abierta a la firma el 26 de enero de 1990".

Derechos del niño. ONU, Conferencia de la Haya, Derecho Internacional Humanitario, Consejo de Europa, Unión Europea, Organización de Estados Americanos y Organización para la Unidad Africana. Mc Graw Hill. UPCO. UNICEF. Ver también el trabajo de Alvarez Vélez, M.I.: La protección de los derechos del niño: en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español; Madrid 1994.

146 Declaración de Colombia. Nueva York, 26 de enero de 1990. El Gobierno Colombiano considera que, si bien la edad mínima de 15 años para participar en conflictos armados consagrada en el artículo 38 de la Convención, es el resultado de serias negociaciones que reflejan diversos sistemas jurídicos, políticos y culturales del mundo, hubiese sido deseable que dicha edad fuera de 18 años, acorde con los principios y normas que rigen en diversas regiones y países entre ellos Colombia, razón por la cual el Gobierno colombiano entiende que para los efectos del artículo 38 de la Convención la edad en cuestión será la de 18 años.

Reserva de Colombia. El Gobierno de Colombia de conformidad con el artículo 2, numeral 10, literal D de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969 declara que para efectos de las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 38 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1989, se entiende que la edad a la que se refiere los numerales citados es la de 18 años, en consideración a que el ordenamiento legal de Colombia establece la edad mínima de 18 años para reclutar a las Fuerzas Armadas el personal llamado a prestar el servicio militar.

147 Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, adoptado por la Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo . OIT, Ginebra Suiza, 17 de junio de 1999.

148 Convenio aprobado por la Ley 704 de 2001 y declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. El trámite que le falta a este instrumento internacional para culminar el proceso de ratificación, es el depósito por parte del Gobierno Nacional en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

149 Protocolo aprobado por Colombia mediante la Ley 765 de 2002, y declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-318 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

150 Aprobado por Colombia por medio de la Ley 833 de 2003, y encontrado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-172 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño. A este instrumento también el trámite que le falta para culminar el proceso de ratificación, pese a que internamente se agotaron los requisitos constitucionales para el efecto, es el depósito por parte del Gobierno Nacional en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

151 Aprobado por la Ley 742 de 2002. Declarado exequible mediante sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

152 Artículo 30. Un menor se halla en situación irregular cuando:

1. Se encuentre en situación de abandono o peligro.
2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.
3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
4. Haya sido autor o participe de una infracción penal.
5. Carezca de representante legal.
6. Presente deficiencia física, sensorial o mental.
7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la

adicción.

8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley.

153 La Corte en sentencia C-340 de 1998, encontró exequible los apartes demandados del artículo 13 de la Ley 418 de 1997, en cuanto autorizaban la prestación del servicio militar por menores de edad, cuando optaban por ella en forma voluntaria y con expresa autorización de sus padres, pero en el entendido que “[l]os menores que se recluten sólo podrán ser vinculados al servicio militar si tienen más de quince años, si se los excluye de toda actividad de riesgo y se los destina exclusivamente a cumplir funciones ajenas al combate y sólo en zonas que no sean de orden público, siempre sobre la base de la total espontaneidad de su decisión”.

154 Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

155 Modificadorio del artículo 17 de la Ley 418 de 1997.

156 Certificación del CODA. Es el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla. Esta certificación permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto. Artículo 2 del Decreto 128 de 2003 “por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil”.

157 “Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas”.

158 Magistrado Ponente Jairo Duque Pérez, citada a su vez en la sentencia C-768/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

159 Gaceta del Congreso N° 466 de 19 de septiembre de 2001.

160 UNICEF, www.unicef.org/spanish. Human Rights Watch, www.hrw.org/spanish.