

Derechos de los niños y niñas reclutados o utilizados en hostilidades en la justicia transicional en Colombia: evolución normativa y prácticas jurídicas¹

Rights of children recruited or used in hostilities in the transitional justice in Colombia: evolution legislation and legal practices

CIELO MARIÑO ROJAS²
cielomarinorojas@hotmail.com

RESUMEN

El artículo busca establecer el proceso de evolución de los estándares internacionales en torno a la protección y derechos de la infancia y la adolescencia en el conflicto armado interno, al igual que la manera como se ha venido adoptando e implementando un marco normativo nacional en la materia. Estos marcos normativos se confrontan con la situación que viven miles de niñas y niños en medio de la guerra y con las prácticas jurídicas que se han dado a partir de leyes que han venido definiendo una propuesta de justicia transicional. Al traslapar las imágenes de lo normativo y lo empírico se ve la diferencia que indicará qué tan cerca o lejos se encuentra ese modelo de los estándares en la materia.

PALABRAS CLAVES: infancia y la adolescencia: derechos, protección, reclutamiento y utilización para participar activamente en hostilidades, víctimas ante justicia penal, prácticas jurídicas, mecanismos de justicia transicional.

Fecha de recepción: 27/03/2012

Fecha de aceptación: 19/04/2012

ABSTRACT

The purpose of this article is to establish the evolving international standards regarding the protection and rights of children and adolescents in the internal armed conflict as well as the way it has been adopting and implementing a national policy framework in this area. These regulating frameworks are confronted with the situation faced by thousands of children in the middle of war and with the legal practices which are defining a transitional proposal of justice. When overlapping the images of normative and empirical features, it will show the difference that tells how close or far is that model in the standards.

KEYWORDS: Childhood and adolescence: rights, protection, recruitment and use them to participate actively in hostilities, victims to criminal justice, legal practices, and transitional justice mechanisms.

76

1. Artículo de reflexión basado en los resultados del informe final de la investigación vinculada a la línea sobre conflicto y niñez en Colombia.
2. Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Criminología de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad de Bolonia, con maestría de la Universidad Autónoma de Barcelona y doctoranda de la misma universidad. Docente, investigadora y coordinadora del Grupo de Derechos de la Infancia y la Adolescencia del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

Introducción

Hace poco más de media década nuestra legislación se ajustó a las obligaciones adquiridas por Colombia cuando ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN–, que constituye el principal instrumento del paradigma de la protección integral. En el 2006 se sancionó el Código de la Infancia y la Adolescencia que acabó de adecuar la legislación interna a los contenidos de la CDN. Este paradigma se basa en el marco normativo universal de los derechos humanos y en el desarrollo especial que en el campo de la infancia llevó a la promulgación de la CDN; en él las niñas y los niños son sujetos de especial protección. En el ámbito nacional, la Constitución Política define sus derechos como fundamentales y prevalentes. Sin embargo, las cifras evidencian que la magnitud de la violencia contra niñas y niños está lejos de esos marcos normativos. Todas las infracciones contra persona

protegida por el Derecho Internacional Humanitario, incluidas en el Título II del Código Penal, se dan contra la infancia.

La verdad, la justicia y la reparación de esta infancia, constitutivas de la justicia en sentido amplio, pueden ser alcanzadas en los escenarios de justicia transicional, a través de mecanismos judiciales y no judiciales (comisiones de verdad, formas de reparación más allá de la derivada de proceso penal, como reparaciones simbólicas, garantías de no repetición y medidas de satisfacción)³. La justicia, en estricto sentido, como el derecho a que las violaciones graves a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario sean investigadas, juzgadas y sancionadas de forma acorde con la calidad de los derechos de la infancia, se dará a través de mecanismos judiciales.⁴

La niñez debe participar en estos mecanismos judiciales y no judiciales de los procesos

transicionales, debe ser parte de sus marcos normativos, de su definición e implementación. La experiencia como víctimas de la guerra legitima su participación y le da un significado especial a sus propuestas. Esta participación es la concreción del artículo 12 de la CDN que consagra el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. De forma complementaria el principio del interés superior del niño se concreta en el mismo derecho.

Metodología

La investigación buscó establecer si frente a esa infancia la justicia transicional en Colombia ha desarrollado un marco normativo acorde con sus derechos y si las dinámicas generadas son incluyentes y respetuosas de ellos. Los resultados buscan brindar claves para la efectividad de los derechos a la protección y a la verdad, la justicia y la reparación de esta infancia que la guerra ha hecho víctima⁵.

3. Sobre la importancia y la conveniencia de las comisiones de la verdad, puede verse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del caso *La Cantuta vs. Perú*, (2006), párrafos 86-88, 92-95.

4. RINCÓN, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

5. Los niños en la guerra. *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*. http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/0821_cicr_ninos_en_la_guerra.pdf

El objetivo general de este trabajo fue establecer si el marco normativo de justicia transicional que se ha venido definiendo en Colombia es acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH–, y el Derecho Internacional Humanitario –DIH–, en relación con los derechos de las niñas y los niños víctimas, en particular, de reclutamiento o utilización para participar activamente en hostilidades. Se establecieron como objetivos específicos el determinar la evolución internacional y nacional de los derechos de los niños y niñas en el conflicto armado y establecer la situación de la niñez víctima de reclutamiento o utilización en y los mecanismos de justicia transicional.

Para realizar este trabajo se revisaron las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario aplicables a la infancia en el conflicto armado interno y se confrontaron

con el desarrollo normativo en ese campo en el país. Se indagó acerca de las prácticas jurídicas, a través de fuentes secundarias, en relación con aquellas normas, como la Ley de Justicia y Paz, que permiten hacer un balance de su desempeño frente a la infancia. En relación con normas más recientes como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y los decretos que la reglamentan se hace un análisis únicamente de la forma como quedó incluida la infancia en ella, en tanto es temprano para evaluar resultados.

Marco normativo de protección de la infancia

El marco normativo de protección de la infancia víctima del conflicto, constituido por el DIDH y DIH pertenecientes al Derecho Público Internacional, parte del reconocimiento de derechos y libertades que en relación con “toda persona” se han dado. Sobre este marco nor-

mativo, que constituye el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha desarrollado el *corpus juris*⁶ de la infancia. La evolución de los derechos humanos de la infancia y adolescencia se empezó a trazar tardíamente en la segunda mitad del siglo XX. En la historia de la evolución de los derechos humanos, los derechos de la infancia tuvieron una aparición postrera en relación con los de otras poblaciones.

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está constituido por el conjunto de instrumentos internacionales que, tomando la clasificación de O’Donnell, se puede dividir en tres categorías básicas. De la primera hacen parte las grandes Declaraciones del 1948, la universal y la americana (2007, pág. 55). La segunda, por los tratados universales y regionales en materia de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– y el Pacto

6. La categoría *corpus juris* es un aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollado en la Opinión Consultiva OC-16 de 1999. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 115).

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– en el sistema universal, y la Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, en el sistema interamericano. A la tercera categoría pertenecen “los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos” o derechos de diferentes “sectores de la sociedad humana” como los niños, en ellos hay tratados y los demás que carecen de “carácter contractual” (O’Donnell, 2007, pág. 56).

Con base en esta clasificación, el marco normativo en relación con los derechos de la niñez está dentro de la primera categoría, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 25.2. establece que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, así como que todos los niños tienen derecho a igual protección social. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que antecede a la Declaración Universal, en su



Con base en este marco normativo internacional se adopta, en el ámbito nacional, la *protección integral* de la niña y el niño en la Constitución Política de 1991, art. 44 y del adolescente, art. 45. En el artículo 44 establece explícitamente que los derechos de las niñas y los niños son derechos fundamentales y prevalentes y señala la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado.

art. VI incluye el derecho de protección a la maternidad y a la infancia y en su artículo VII establece el derecho a la protección de la mujer embarazada y de todo niño, así: “tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

En la segunda categoría se halla el PIDCP de 1966 que en su artículo 24.1 señala: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere, por parte de la familia, la sociedad y el

Estado”. El PIDESC del mismo año establece medidas especiales de protección y asistencia para las niñas y los niños, en su artículo 10.

En el ámbito regional tenemos la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, que en el artículo 19 declara: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1988, que establece normas de protección para lactantes y adolescentes. El artículo 16 consagra que “todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de

menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”, en los mismos términos del PIDCP.

A la tercera categoría pertenecen los instrumentos sobre derechos humanos dedicados a los derechos de las niñas y los niños, vinculantes y no vinculantes. Dentro de estos últimos, el primero es la Declaración de los Derechos del Niño⁷ de 1959, en cuyo prólogo se lee que el niño “necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal” y en el Principio 2 que “el niño gozará de una protección especial”, en tanto que en el Principio 8 se establece que el niño debe, en todas las circunstancias, “figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”. El Principio 9 establece que el niño “debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación”.

En la década de los ochenta se introdujo el paradigma de la protección integral a través del instrumento internacional que desarrolló los principios de la Declaración: la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien no fue el primero⁸ de los instrumentos, sí es el más importante por considerarse el marco general de interpretación. Colombia la suscribió el 20 de noviembre de 1989, la aprobó por la Ley 12 de 1991 y la ratificó el 28 de enero de 1991; entró en vigor el 27 de febrero de ese año. Este es uno de los instrumentos que más rápidamente se ha introducido en nuestro marco normativo nacional. En su artículo 3.1. establece el principio del interés superior del niño y en el numeral 2 señala que “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes

7. El 26 de diciembre de 1924 fue aprobada por la Sociedad de las Naciones la Declaración de Ginebra que ya establecía la necesidad de una protección especial.

8. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing, Resolución 4033 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) fueron aprobadas el 29 de noviembre de 1985. Con posterioridad a la CDN se expedieron las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD, Resolución 45/112) aprobadas el 14 de diciembre de 1990 y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes privados de Libertad (Reglas de La Habana, Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), aprobadas el 14 de diciembre de 1990.

de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Esta Convención cuenta con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, que se analizará más adelante.

La Corte Interamericana, en la Sentencia de los Niños de la Calle contra Guatemala, señaló que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances” del artículo 19 de la Convención Americana (Caso de los “Niños de la Calle”, 1999, párr. 194). En el 2002, la Corte Interamericana en su OC-017 cita el mismo párrafo 194 del caso Villagrán Morales, señalando que “debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer (...) las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19” (párr. 24). El concepto del *corpus juris* es valiosísimo de acuerdo

con O’Donnell, pero deben conocerse sus límites “teniendo en cuenta que se refiere esencialmente a la interpretación de normas, y no autoriza ignorar la distinción entre instrumentos que tienen carácter vinculante y los que no tienen esa calidad” (O’Donnell, 2007, pág. 57). La protección especial de la infancia en el escenario específico de los conflictos armados se construye sobre este *corpus juris*.

Con base en este marco normativo internacional se adopta, en el ámbito nacional, la *protección integral* de la niña y el niño en la Constitución Política de 1991, art. 44 y del adolescente, art. 45. En el artículo 44 establece explícitamente que los derechos de las niñas y los niños son derechos fundamentales y prevalentes y señala la responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado. El artículo 45 estatuye igualmente que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. En el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia se establece esta protección que se predica integral en tanto comprende todos los derechos y exige la integralidad de todas las políticas para hacerlos efectivos.

Protección especial en el conflicto armado: proscripción del reclutamiento y la utilización en hostilidades

La necesidad, en la segunda posguerra, de un instrumento de Derecho Internacional Público que protegiera a la población civil en el marco del conflicto armado y dentro de ella a la niñez, es el origen de la protección jurídica de la infancia. El IV Convenio de Ginebra de 1949, sobre la protección que se le debe dar a las personas civiles en la guerra, cuenta con normas a favor de los niños, pero no se estableció el principio en que se basan. El Protocolo I consagra el principio de protección especial a los niños en conflictos armados internacionales: “Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón”.

A su vez el Protocolo II, artículo 4, titulado “Garantías fundamentales”, en su numeral 3 se refiere igualmente al principio de protección especial que deben recibir los niños en el con-

flicto armado no internacional: “Se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten...”, en particular se les debe dar educación y reunificar sus familias, así como trasladar a los niños de las zonas de hostilidades.

El artículo 38 de la CDN, numerales 1 y 4, fija los principios de la protección integral de las niñas y los niños en la guerra. El artículo 39 de la misma Convención establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para promover la recuperación y reintegración del niño víctima del conflicto armado.⁹

A partir de estas normas generales de protección de la infancia en los conflictos armados se establecen infracciones específicas. En el ámbito internacional, el DIH, en el Protocolo I, proscribe el reclutamiento y la participación en hostilidades de menores de quince años, al igual

que el Protocolo II al señalar las garantías fundamentales donde se establece la edad mínima de reclutamiento para los conflictos nacionales en quince años. A su vez, la CDN en el artículo 38 excluye la participación en hostilidades y la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años, artículo que se nutrió de las normas de DIH mencionadas, siendo el único precepto de la CDN que disminuye la edad de los 18 años, en una situación que conlleva especiales riesgos, pero que se modificó por el Protocolo Facultativo a este artículo, del 25 de mayo de 2000. La Convención también exige una protección que los excluya del conflicto, de cualquier forma que los pueda victimizar, en especial del reclutamiento.

El Estatuto de Roma incluye cuatro crímenes: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. El reclutamiento en conflictos armados

internos se definió en el artículo 8.2. e) vii así: “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”. En relación con la utilización se ha señalado:

Al redactar el tratado, los delegados acordaron que los términos “utilizar” y “participar” prohibirían, no solo la participación directa de los niños en combate, sino también su participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como el *rastreo*, el *espionaje*, el *sabotaje* y la **utilización** de niños y niñas como señuelos, correos o en puestos de control militares. También se prohíbe la utilización directa de los niños en funciones de apoyo “directo” como el transporte de víveres al frente.¹⁰

En el ámbito nacional el Estado de Colombia ratificó el Estatuto de Roma de 1998¹¹ y tipificó infracciones al DIH en el Código Penal de 2000, lo que constituyó un avance, como explica

9. Otros instrumentos relevantes son la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado de 1974 y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, que traen normas sobre infancia.

10. Consultado el 23 de octubre de 2008 en la página web de la organización Coalition to Stop the Use of Child Soldiers Organization: <http://www.child-soldiers.org>

11. A pesar del avance que significó la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Estado colombiano, invocando el artículo 124 de dicho Estatuto, declaró que durante un periodo de siete años no reconoce la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra.



“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que son 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 este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Alejandro Ramelli: “Se adecuó, en consecuencia, la legislación interna al Estatuto de Roma, primer paso para que no opere el *principio de subsidiariedad*, el cual gobierna la admisión de un caso ante esta instancia judicial internacional” (Ramelli Arteaga, 2003, pág. 705). El

Código penal en su artículo 162 tipifica el reclutamiento en los siguientes términos: “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...” con el aumento de penas establecido en la Ley 890 de 2004.

El 25 de mayo de 2000, en Nueva York, fue aprobado el Protocolo Facultativo al artículo 38 de la CIDN, relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Colombia lo suscribió, aprobó el 10 de julio de 2003 por la Ley 833 y ratificó en mayo de 2005. Este Protocolo señala que “es necesario aumentar la protección de los niños con miras a evitar que participen en conflictos armados”, para ello se eleva la edad mínima a 18 años para el posible reclutamiento en las fuerzas armadas y participación en las hostilidades, al igual que los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben, en ninguna circunstancia, “reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años” (art. 4).

El reclutamiento es una práctica análoga a la esclavitud a la luz del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, de junio 17 de 1999, aprobada por Co-

lombia por la Ley 704 de 2001, que reconoce que el trabajo infantil se debe, en gran parte, a la pobreza. De la misma forma la Recomendación 190 que acompaña al documento, llama a los gobiernos a que conviertan las peores formas de trabajo infantil en delitos penales.

El *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*¹² establece, dentro de las garantías de no repetición, en el Principio 35, la reintegración a la sociedad de los niños que hayan participado en conflictos armados y en el Principio 37 la desmovilización y reintegración social de los niños en los siguientes términos:

Los niños que hayan sido reclutados o utilizados en las hostilidades serán desmovilizados o separados del servicio de otro modo. Cuando proceda, los Estados prestarán a estos niños toda la asistencia apropiada para su recupera-

ción física y psicológica y su integración social.

Esta prescripción fija los mismos fines que establece el artículo 39¹³ de la CDN a las medidas que debe adoptar el Estado Parte en relación con las niñas y los niños víctimas de conflictos armados, entre otras formas de victimización.

Por último, dentro de los principales instrumentos de protección de las niñas y niños frente al reclutamiento, los *Principios y directrices sobre los niños y niñas asociados con fuerzas armadas o grupos armados*, “Principios de París”, de febrero de 2007, señalan que a las niñas y los niños se les utiliza de diversas maneras: en el desempeño de funciones de apoyo —como cocineros o porteadores, por ejemplo— o participando activamente en las hostilidades, sembrando minas o espiondo, mientras que a las niñas se las utiliza frecuentemente para fines sexuales. Los

Principios de París señalan que se debe “poner fin a la impunidad de aquellos responsables del reclutamiento o utilización ilícitos de niños y niñas en los conflictos armados”. Los Estados deben garantizar que se investigue y enjuicie a los autores de actos de violencia contra los niños y niñas pertenecientes a fuerzas o grupos armados, incluida la violencia sexual.

Justicia transicional para la infancia en Colombia

La justicia transicional busca alcanzar la paz en países que han vivido conflictos armados internos o la democratización en aquellos que han tenido regímenes dictatoriales (Nino, 1991). Al respecto utiliza mecanismos judiciales para el sometimiento de los perpetradores de delitos internacionales y mecanismos no judiciales, entre ellos las comisiones de verdad o de reconciliación, el fortalecimiento de

12. Documento E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de febrero de 2005.

13. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: [...] 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”.

las instituciones del Estado de derecho, la memorialización, la rendición de cuentas. Estos procesos deben correr paralelos a las políticas sociales que resultan centrales, ya que hacen posible la integración social y la exclusión de la discriminación y la pobreza, factores que en muchas ocasiones han sido determinantes de la violencia y que aseguran a su vez resultados estables y duraderos.

Los procesos transicionales “enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia” sostiene Uprimny (2006, pág. 110). De esta manera el debate central de la justicia transicional se da en torno a la búsqueda del balance entre estos dos valores. Según Paula Saffon, teorías como la de Martha Minow consideran que “los mecanismos básicos de la justicia transicional constituyen un camino intermedio para hacer frente a los horrores del pasado, un camino que evita caer tanto en la venganza como en el perdón de los victimarios” (Saffon, 2011, pág. 26).

El éxito de la justicia de transición “depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema

judicial interno” (Ambos, 2009, pág. 23). Desde esta perspectiva las víctimas son sujetos centrales de la justicia transicional en tanto fueron quienes sufrieron la violencia y son aquellos a quienes se tiene que garantizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, de manera que su participación en los procesos transicionales es determinante en la legitimación y evaluación de la justicia transicional. Para ello tiene que tenerse en cuenta a todas las personas que se hayan visto afectadas por el conflicto, en especial las niñas y los niños.

Los mecanismos que se adopten dependen de los contextos de diverso orden de cada país, entre ellos el jurídico que determina las obligaciones internacionales adquiridas. Dentro del derecho internacional se deben fijar los mínimos que no pueden ser desconocidos en un proceso de paz, en particular con poblaciones especialmente protegidas en ese marco y especialmente vulneradas dentro del conflicto armado interno, como la infancia.

La concepción que se tenga de la infancia determinará la forma como sus derechos se hacen efectivos dentro de los procesos transicionales. A pesar del

cambio normativo, el anterior modelo de pensamiento ha permeado las propuestas transicionales para la infancia víctima de infracciones al DIH y violaciones graves de derechos humanos. El paradigma de la situación irregular permanece en algunas normas, operadores de la nueva legislación y en la percepción de la infancia en la sociedad en general, lo que ha determinado que las políticas, entre ellas las que se desarrollan en el marco de la justicia transicional, no hayan comenzado a cambiar definitivamente en procura de la efectividad de sus derechos.

La presencia de la infancia en el marco normativo de la justicia transicional es marginal. A través del “enfoque diferencial” se pretende incluirla en las distintas disposiciones, pero si no se define en términos concretos y especiales de acuerdo con sus necesidades resulta una fórmula general y vacía. La Corte Constitucional ha abordado los derechos de las poblaciones con necesidades especiales, en el campo del conflicto armado interno, en sus autos de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, en tanto los autos no se limitan al desplazamiento sino que ven el entorno de violencia

donde esta se ha dado. A partir de los autos de la Corte Constitucional se desarrolló un trabajo en diferentes mesas de seguimiento (niñas y niños, mujeres, pueblos indígenas, entre otras). La necesidad de un enfoque múltiple que tenga en cuenta las diferentes perspectivas en cada uno de los escenarios de justicia fue una de las conclusiones de estas mesas.

Por tratarse de sujetos de especial protección constitucional y por la magnitud de sus violaciones, esto es, derechos especialmente cualificados y enormemente vulnerados, la fórmula debe reflejar ambas dimensiones de esta infancia en el conflicto armado interno. Para ello, se debe partir del carácter prevalente de los derechos de la infancia, de manera que el enfoque diferencial etario prime frente a los restantes. La garantía de los derechos de las niñas y los niños debe ser la consideración básica en la definición de un enfoque que permita la inclusión de todas las poblaciones.

Marco transicional

En Colombia se han dado procesos de desmovilización con marcos legislativos diversos, algunos de los cuales pueden clasificarse como propuestas transicionales.

La Ley 1421 de 2010 prorrogó y modificó la Ley 418 de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia”, prorrogada y modificada anteriormente por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006. Estas leyes constituyen el marco normativo que incluye beneficios sociales, económicos y jurídicos dentro de un lenguaje que habla de “reconciliación entre los colombianos y convivencia pacífica”, dirigido a la desmovilización individual.

La Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, en su artículo 1° buscaba facilitar los procesos de paz y la reincorporación colectiva e individual a la vida civil de miembros de grupos

armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. Esta ley buscó la desmovilización de grupos armados ilegales a través de la alternatividad. Si bien no utilizó un lenguaje transicional, su título hacía relación a la principal tensión dentro del debate en este campo, justicia o paz, justicia referida a los estándares que establecen la obligación de investigar, juzgar y sancionar infracciones al DIH y violaciones graves a las normas internacionales de derechos humanos, y paz, como el anhelo de un país de superar la violencia, por medio de estrategias como el perdón y el olvido¹⁴.

En el 2008 se creó la Dirección de Justicia Transicional, en el Ministerio de Justicia, encargada de coordinar y fomentar una política de Estado en materia de justicia transicional, según el Decreto 4530 de ese año. El Grupo de Gestión de Trámites de la Ley de Justicia y Paz es la dependencia encargada de dar

14. El olvido que en esta fórmula aparece como consecuencia del perdón, no se logra a través de él. Paradójicamente la fórmula está invertida: necesito la memoria para conocer y conocer para olvidar. Este tipo de estrategias muchas veces tienen raíces religiosas, como la propuesta por Desmond Tutu en Sudáfrica, que señala que no hay futuro sin perdón (Tutu, 1999).

cumplimiento a los trámites jurídicos administrativos tendientes a la obtención de los beneficios de la Ley 418 de 1997, para los desmovilizados, en el marco de los procesos de paz llevados a cabo por el Gobierno Nacional, y de la Ley 975 de 2005. Esta dirección “apoya el proceso de Justicia y Paz a partir de la gestión de trámites y la coordinación interinstitucional que articule dichas leyes [418 de 1997 y 975 de 2005] y decretos reglamentarios y demás disposiciones legales que desarrollan los principios legales de justicia transicional” (Ministerio del Interior y de Justicia, 2012).

Una de las primeras leyes que habla de justicia transicional, la Ley 1424 de 2010, señala que “tiene por objeto contribuir al logro de la paz perdurable, la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación, dentro del marco de justicia transicional”, en relación con los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para

delinquir simple o agravado (expresión declarada exequible por la Sentencia C-771 de 2011), utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, por su pertenencia a dichos grupos. La Ley busca igualmente promover su reintegración a la sociedad.

A partir de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, Ley 1448 de 2011 y los decretos que la reglamentan, se declara la búsqueda de mecanismos transicionales de forma explícita. Esta ley, en su artículo 1°, señala que tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, tanto individuales como colectivas, a favor de las víctimas, “dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición”. El llamado marco jurídico para la paz, Acto Legislativo Núme-

ro 1 de 2012, de julio 31, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional” introduce los criterios de priorización y selección necesarios para adelantar un proceso transicional a través de mecanismos judiciales.

Justicia transicional e infancia víctima de reclutamiento y utilización en hostilidades en Colombia

El marco anteriormente descrito se analiza en relación con los derechos de las niñas y niños que han sido víctimas dentro del conflicto armado interno, en particular frente al reclutamiento y utilización para participar activamente en hostilidades.

Niños y niñas en grupos armados

El 45,5% de la población colombiana se encuentra en pobreza, el 16,4% en pobreza extrema y un 38% de estos son niños y niñas.¹⁵ Miles de ellos se ven forzados a ingresar a las filas por motivos económicos, lo que

15. Cifras tomadas del Segundo informe sobre los niños y el conflicto armado en Colombia, del Secretario General de las Naciones Unidas (2012, párr. 6).



88

La infancia que vive en las zonas de confrontación se ve obligada a desplazarse por el peligro a su integridad o por el riesgo de reclutamiento. La relación entre el desplazamiento y el reclutamiento es circular: el reclutamiento produce desplazamiento y el desplazamiento produce reclutamiento.

se debe considerar reclutamiento inherentemente forzado. La infancia que vive en las zonas de confrontación se ve obligada a desplazarse por el peligro a su integridad o por el riesgo de reclutamiento. La relación entre el desplazamiento y el reclutamiento es circular: el reclutamiento produce desplazamiento y el desplazamiento produce reclutamiento.

La Defensoría del Pueblo (2006, pág. 18), con base en el estudio de la población atendida en el programa del ICBF, indicó que el promedio de edad es cada vez menor, en el año del estudio estaba en 11,5 años y, de acuerdo con su lugar de nacimiento, los niños y las niñas “proviene[n] de todo el territorio nacional, exceptuando San Andrés y Providencia”. La revista *Cambio*, en

su edición No. 836 (julio 2009) bajo el título *Las Farc aumentan el reclutamiento de menores para sustituir desertores*, señaló que la cifra puede estar entre 14.000 y 17.000. El informe *Como corderos entre lobos* (agosto de 2012) realizado por Natalia Springer, señala que son 18.000 los niños y niñas reclutados por los grupos armados organizados al margen de la ley –GAOML– y otros 100.000 trabajan en sectores de la economía ilegal, bajo el control de estos grupos. Esta misma investigación arrojó que representan el 42% de las FARC, un 44% del Ejército de Liberación Nacional –ELN– y un 40% de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC–. Estima el informe que en el caso de las bandas criminales, un 50% de sus militantes no alcanza los 18 años (Springer, 2012).

El Auto 251 de la Corte Constitucional, de octubre de 2008, describe el reclutamiento como “una práctica criminal en la que incurren en forma extensiva, sistemática y habitual los grupos armados ilegales que toman parte del conflicto armado en Colombia, tanto guerrillas como paramilitares”. En el mismo sentido, en el Primer Informe del Secretario General de las

Naciones Unidas *sobre los niños y el conflicto armado en Colombia*, de fecha 28 de agosto de 2009, dado a partir de la Resolución 1612 de 2005, se establece que Colombia se encuentra entre los países del mundo donde se patrocina o permite el reclutamiento de niñas y niños en grupos armados, hecho que se da en 31 de los 32 departamentos del país. Señala que hay una mayor vulnerabilidad en los niños indígenas.

El Segundo informe sobre los niños y el conflicto armado en Colombia, del Secretario General de las Naciones Unidas (2012, párr. 14), incluye dentro de las violaciones graves de los derechos de los niños, el reclutamiento y utilización de niños. El informe señala:

El reclutamiento y la utilización de niños por grupos armados no estatales se han generalizado y son sistemáticos. Si bien se desconoce su naturaleza y magnitud exactas, el equipo de tareas ha registrado un aumento de los casos. Según información recibida por el equipo de tareas, los grupos armados no estatales siguen teniendo un significativo número de menores en sus filas. Si bien las guerrillas tienden a reclutar niños principalmente en zonas rurales, otros grupos armados no estatales, como

Los Rastrojos o Los Urabeños, los reclutan en su mayoría en áreas urbanas. Los menores de origen indígena y afrocolombiano están particularmente expuestos al reclutamiento y la utilización por parte de todos los grupos armados no estatales. Durante el período que abarca el informe, se comprobó que se reclutaban niños de apenas 9 y 10 años. También se confirmó que se amenazó a niños de 8 años con ser reclutados.

De otra parte, en el mismo documento se informa sobre los “interrogatorios a niños capturados de los grupos armados no estatales o que han sido liberados por estos o que han huido de ellos, así como el incumplimiento del plazo de 36 horas para entregar a los menores a las autoridades civiles” (párr. 23). Igualmente que “las Fuerzas Militares de Colombia siguieron utilizando a los niños en actividades cívicas y militares” (párr. 24).

Reclutamiento y utilización en hostilidades: marco normativo transicional y prácticas jurídicas

En relación con la definición de un marco jurídico para la infancia en un escenario de

superación del conflicto se han dado diferentes avances; si bien algunos de ellos no se relacionan directamente con normas transicionales, se toman en cuenta en tanto deben incidir en la determinación de dicho marco jurídico.

En el marco transicional arriba enunciado las consideraciones frente a la infancia fueron mínimas, sobre todo en las primeras de ellas. Ley 418 de 1997 tipificó el reclutamiento ilícito y modificó la Ley 48 de 1993 en relación con el reclutamiento obligatorio, norma que a su vez fue modificada por la Ley 548 de 1999. La Ley 782 de diciembre de 2002, en su artículo 6° hace explícito el reconocimiento de víctima de esta infancia: “se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”. Esta ley tuvo una demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2, del artículo 19 que permite la judicialización de los menores de edad. La Corte Constitucional, en Sentencia C-203 de 2005, estimó constitucional la norma bajo la consideración que si bien las niñas y niños son víctimas del conflicto armado interno, ello no los exime de responsa-

bilidad penal, pero señaló que esta responsabilidad debe darse bajo el respeto de los parámetros constitucionales e internacionales en la materia. En la misma sentencia se constató la gravedad y extensión territorial del fenómeno del reclutamiento forzado en el país.

Frente al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, se da la ratificación en mayo de 2005. Este protocolo insiste en que los “Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas”. Esta ratificación tardó cinco años y no reflejó la voluntad política demostrada por el Estado en 1989, cuando al suscribir la CDN formuló una reserva al artículo 38, que prohibía el reclutamiento de adolescentes por debajo de los 15 años, estableciendo como edad mínima para Colombia los 18 años.

De otra parte, el 12 de febrero de 2008 el Gobierno colombiano expresó su aceptación del

mecanismo de monitoreo e informes establecido en la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 26 de julio de 2005, para hacer monitoreo de la situación de los niños y niñas afectados por vinculación, violencia sexual, ataque y ocupación de escuelas y centros de salud, violaciones al derecho a la vida e integridad personal y a la libertad personal (Watchlist on Children And Armed Conflict, WCAC, 2008). La Resolución “recuerda la responsabilidad de los Estados de poner fin a la impunidad y de llevar ante la justicia a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes atroces perpetrados contra los niños”.

En relación con otro tipo de infracción al DIH, el seguimiento al estado de cosas inconstitucional –ECI–, que ha hecho la Corte Constitucional al desplazamiento de niñas y niños, permitió un análisis de la situación de esta infancia desde el punto de vista constitucional y fáctico. Si bien no se inserta dentro de un discurso de justicia transicional, el proceso de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004,

con sus autos, en particular el Auto 251 de 6 de octubre de 2008, permite desarrollar mecanismos transicionales que los tengan en cuenta. Este auto estableció que: “no son tratados de manera acorde con su *status* constitucional como sujetos de protección especial en sí mismos, titulares de derechos fundamentales prevalecientes, y merecedores de atención y protección prioritaria y diferenciada” y que sus derechos fundamentales prevalecientes “están siendo masiva y continuamente desconocidos”.

• *Ley de Justicia y Paz*

La Ley 975 de 2005 y sus posteriores decretos no hacen una consideración especial y diferenciada de la niñez víctima, tan solo incluyen el elemento etario como dato a tener en cuenta, al lado de otros, en relación con la protección a víctimas y testigos, la publicidad y la atención a las necesidades especiales. Fuera de esas referencias se menciona a los niños en los artículos 10 y 64. En relación con los requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva, el artículo 10.3 de la Ley 975 establece que el grupo ponga

a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados. La entrega de *todos* los niños y las niñas que hayan sido reclutados ilícitamente por parte de los grupos armados al margen de la ley es un requisito concurrente con los otros que establece la norma, para poder acceder a los beneficios que ofrece la ley. Ello se basa tanto en la normatividad analizada —que establece que esas niñas y niños son víctimas—, como en las dinámicas de guerra donde son vulnerados todos sus derechos. Además, como establece Acuña Vizcaya (2006, pág. 382), la condición de poner a disposición los niños, niñas y adolescentes “hace parte de la prevalencia de los derechos del niño, porque tiende a privilegiar los derechos de los niños soldados dentro de las negociaciones para la desmovilización colectiva”. Por ello es prevalente en relación con el resto de condiciones del artículo 10; el Estado es responsable por el cumplimiento de esta condición, afirma Acuña. Por otro lado, el artículo 64 de la Ley de Justicia y Paz plantea una situación diversa: la entrega de menores, por parte de miembros de grupos armados al margen de la ley, que no será causal de

la pérdida de los beneficios a que se refiere la ley y la Ley 782 de 2002. Este evento se refiere, como sostiene Acuña, a los procesos de desmovilización individual, donde el interesado entrega a la niña o niño, como un acto de colaboración con la justicia (2006, pág. 384). El desmovilizado individualmente, en virtud del primer requisito del artículo 11, debe informar si sabe de casos de reclutamiento de niñas o niños. Si a quien se entrega individualmente, se le establece la responsabilidad de ese reclutamiento, no podrá beneficiarse de amnistías ni indultos, de acuerdo con el marco normativo internacional.

Con todo, como lo dijo la Defensoría del Pueblo (2006, pág. 218), en relación con los procesos de desmovilización de GAOML, en un estudio sobre niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales:

no se han entregado públicamente menores de edad, sin embargo, han ingresado al programa de atención especializada del ICBF, niños, niñas y adolescentes que se desvincularon de las organizaciones armadas al margen de la ley en forma “individual y voluntaria”. Con esta situación los

grupos armados al margen de la ley buscan invisibilizar el reclutamiento ilícito de menores, así como su desvinculación, situación que implica una negación de su responsabilidad frente a la comisión del delito.

Dentro de los decretos reglamentarios de la Ley 975, el Decreto 315 de 2007 establece que la participación y representación de las niñas y niños víctimas del delito se realizará en lo pertinente de conformidad con lo dispuesto en el Código de la Infancia y Adolescencia. La Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz tiene la función, de acuerdo con el Decreto 4760 de 2005, de velar porque las autoridades competentes brinden atención adecuada a las necesidades especiales de las niñas, niños y adolescentes. De igual forma debe velar por el reconocimiento de las víctimas de las conductas punibles atentatorias contra la libertad, integridad y formación sexuales y adelantará las acciones para tales fines. El artículo 41 de la Ley 975 ya incluía de forma genérica la atención a las necesidades especiales de niñas y niños. En relación con la impunidad, el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables fue evaluado por la Corte

Constitucional en el Auto 251 en los siguientes términos¹⁶:

La magnitud y extensión territorial del fenómeno criminal del reclutamiento forzado de menores no han sido dimensionadas aún en su real alcance por las autoridades o la sociedad civil en Colombia. A ello contribuyen varios factores; entre ellos, la falta de denuncia y reporte de los eventos de reclutamiento, principalmente por el miedo de víctimas y familias a las retaliaciones por parte de los perpetradores; y la inacción de las autoridades encargadas de la investigación y juzgamiento penal de estos delitos graves.

La actividad judicial frente a los derechos de esta infancia fue evaluada por el Secretario General de las Naciones Unidas, en el Segundo informe sobre los niños y el conflicto armado en Colombia, así:

Al 31 de agosto de 2011, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz de la Fiscalía General de la Nación había registrado un total de 1.448 casos en los que se había confesado el reclutamiento y la utilización de niños; de esos casos se identificaron 2.215 niños como víctimas. Se formularon en total 433 cargos de reclutamiento ilícito de menores, en los que se registraron como víctimas 666 niños (no todos figuran únicamente como víctimas del reclutamiento y la utilización de menores). Es necesario redoblar los esfuerzos por luchar contra la impunidad en relación con las violaciones graves de los derechos humanos y los delitos cometidos contra los niños. (2012, párr. 61).

Sin embargo, se debe anotar que en diciembre de 2011 se dio la primera sentencia por reclutamiento, contra Fredy Rendón

Herrera, alias El Alemán, por reclutamiento de 309 niñas y niños en Antioquia y Chocó entre 1997 y 2002. En relación con la reparación¹⁷, se dio el incidente que terminó el 16 de diciembre, previo a la sentencia, por el cual las víctimas de este delito recibirán indemnización¹⁸, rehabilitación física y psicológica. En la noticia del hecho, publicada en la página web del ICTJ, se anota que es el primer incidente de reparación por este delito que se realiza en el mundo. En un aparte de la sentencia condenatoria publicada por el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés) se señala que “el proceso de reparación debe estar orientado a que el menor intente rehacer sus redes, lazos y vínculos personales, familiares, comunitarios, sociales y económicos”.¹⁹ (ICTJ, 2012, párr. 11).

16. La Corte Constitucional, al analizar esta práctica como una de las causas principales del desplazamiento, la describe como “una práctica criminal en la que incurren en forma extensiva, sistemática y habitual los grupos armados ilegales que toman parte del conflicto armado en Colombia, tanto guerrillas como paramilitares”.

17. En el 2008 se expidió el Decreto 1290 que establecía un programa de reparación administrativa de dos años. En ese periodo “se indemnizó a 26.375 de las más de 280.000 víctimas registradas, entre ellas 403 niños que habían sido separados de grupos armados no estatales” (Secretario General ONU, Consejo de Seguridad, 2012, párr. 62).

18. Se fijó una indemnización de 15 salarios mínimos para cada uno de los niños y niñas reclutados, mayor para quienes fueron reclutados de forma más temprana y con una indemnización adicional para las niñas, por su exposición a la agresión o acoso sexual.

19. “Las comunidades los rechazan y los discriminan. A ellos les tienen miedo, y ellos también tienen miedo”, dice Elizabeth Díaz, representante de las víctimas. (ICTJ, 2012, párr. 3).

• *La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, Ley 1448 de 2011, incluye a la infancia en relación con diferentes derechos. Dentro de las medidas de satisfacción como formas de reparación, definidas como aquellas acciones que proporcionan bienestar y contribuyen a mitigar el dolor de la víctima, se establece la exención en la prestación del servicio militar a favor de las víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos que estén obligadas a prestar el servicio militar. Esta exención se da por cinco años, a partir de la fecha de promulgación de la ley o de la ocurrencia del hecho victimizante. Se plantea la pregunta en relación con los niños que se desvinculan antes de los trece años. Dentro de las medidas de satisfacción en materia de memoria histórica el Ministerio de Educación Nacional, desde un enfoque de derechos diferencial, territorial y restitutivo llevará a cabo programas y proyectos que “desarrollen competencias ciudadanas y científico-sociales

en los niños, niñas y adolescentes del país”.

Dentro de las garantías de no repetición que trae la Ley 1448 de 2011, se señala que el Estado ofrecerá especiales medidas de prevención a los grupos expuestos a mayor riesgo como niños, niñas y adolescentes. En relación con los que han sido reclutados o utilizados en hostilidades se establece como garantía de no repetición “la reintegración de niños, niñas y adolescentes que hayan participado en los grupos armados al margen de la ley”. La norma es parecida a la incluida en el literal d) del Principio 35 del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*: “La reintegración a la sociedad de los niños que hayan participado en conflictos armados”. Esta formulación incluye a los que fueron parte de Fuerzas Armadas. La otra garantía de no repetición del Principio 37 del *Conjunto de principios actualizado*, en lo que se refiere a la desmovilización o separación del servicio y a la prestación de asistencia para su recuperación física y psicológica, no fue incluida. La última de las garan-

tías de no repetición la trae el artículo 149, en relación con la infancia: el diseño de campañas de prevención y reprobación de la violencia contra niños, niñas y adolescentes.

Esta Ley de Víctimas y Restitución de Tierras trae un título dedicado a la protección integral a los niños, niñas y adolescentes víctimas. En él se establecen sus derechos, partiendo de la definición de niño y niña del artículo 1° de la CDN, como toda persona menor de 18 años, y se dispone que los niños y niñas víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos “gozarán de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, con el carácter de preferente”, dentro de ellos a la verdad, la justicia y la reparación integral, así como al restablecimiento de sus derechos que se recuerdan prevalentes. Se establece la protección contra el reclutamiento.

En relación con las normas del título sobre la reparación integral se determina que este derecho incluye la indemnización, rehabilitación, satisfac-

ción, restitución y garantías de no repetición. Frente a esta reparación se establece que serán las entidades que integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar –SNBF– las competentes, en particular, para *asumir* la reparación integral. De la misma manera se estatuye que el Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación a las Víctimas, con el apoyo del ICBF, como coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, deberá diseñar “los lineamientos específicos para garantizar un proceso de reparación integral para los niños, niñas y adolescentes víctimas”.

Frente a esta reparación se considera que adjudicar el diseño de las políticas de justicia en general y específicamente de justicia transicional que busca la efectividad de los derechos de las víctimas al ICBF, un organismo encargado de las políticas de protección y atención básicamente, restringirá el alcance de los derechos de las niñas y niños víctimas. En particular, el otorgar competencia al SNBF frente a la reparación integral, que no solo corresponde a la rehabilitación,

sino igualmente a las medidas de indemnización, restitución, satisfacción y garantías de no repetición, estaría extendiendo la competencia tradicional del SNBF a otros ámbitos.

La asignación de las competencias descritas vuelve a concentrar en el ICBF *todos* los derechos, como en el modelo que se pretende superado. Según Baratta (1998, pág. 32) “todas” las medidas tomadas por “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” tienen que ver directa o indirectamente con la infancia, superando así el límite que impone el propio artículo 3° de la CDN. De esta manera, el principio del interés superior del niño y de la niña “se convierte en el principio de la relevancia universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños”. En este sentido, señala, la protección de los derechos de la niñez no es el objeto de instituciones dedicadas a ello,

sino una “estrategia general”, donde todas las instancias están involucradas.

En este título se determina que el ICBF, conjuntamente con la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, diseñarán los mecanismos de participación en los procesos penales donde figuren niñas y niños como víctimas, para garantizar su acceso a la justicia. Pero la participación de ellos no se tiene en cuenta en la construcción de las directrices de una política de reconciliación, central en un proceso transicional. La Ley de Víctimas establece que el ICBF “impartirá las directrices de una política de Reconciliación”, y si bien tiene que tener en cuenta las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, el ICBF es el responsable de impartirlas. Las directrices para la reconciliación dentro de un modelo de justicia transicional son determinantes, más frente a la infancia y la adolescencia que han dado una gran cantidad de víctimas al conflicto²⁰. Expertos y personas encargadas de las políticas de reconciliación deberían par-

20. El Grupo de Trabajo sobre los niños y los conflictos armados, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en las Conclusiones sobre los niños y el conflicto armado en Colombia presentadas el 30 de septiembre de 2010, insta al Gobierno a asegurar,

ticipar en la definición de las directrices. La reconciliación se ve solamente como el derecho de los niños y niñas a que el Estado en su “conjunto, garantice un proceso de construcción de convivencia y de restauración de las relaciones de confianza entre los diferentes segmentos de la sociedad”, pero se debería entender como un proceso donde las niñas y niños tienen el derecho a participar como víctimas. La infancia víctima debe participar²¹ en los momentos del proceso transicional que le atañen, como concreción de su derecho a ser oída y tenida su opinión en cuenta, de acuerdo con el artículo 12 de la CDN.

En relación con los niños desvinculados se establece su derecho a la reparación integral aun cuando ya se había establecido este derecho como niñez víctima. Pone el límite de la prescripción del delito, para la reclamación de la reparación del daño. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad de

1968 señala como tal “las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra”.

Reglamentación. Los decretos de 20 de diciembre de 2011 desarrollan diferentes aspectos de la Ley de Víctimas. En ellos, a través de la fórmula general de “enfoque diferencial”, se incluyen las distintas poblaciones con necesidades especiales, sin un desarrollo particular de cada una de ellas. En el decreto que establece la estructura del Centro de Memoria Histórica, la mención a la infancia aparece solo a través de la fórmula general de enfoque diferencial, al igual que en el decreto que reglamenta la restitución de tierras. De igual forma, el Decreto 4801 por el cual se establece la estructura interna de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, señala dentro de sus funciones el definir el plan estratégico de la entidad y los planes y programas, con

enfoque diferencial, orientados a la restitución efectiva y sostenible de tierras, así como “implementar los mecanismos y estrategias para la efectiva participación de las víctimas, con enfoque diferencial, en el diseño de los planes, programas y proyectos para la gestión de restitución de tierras despojadas”. Dentro de las funciones de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, el Decreto 4802 señala que aportará al Gobierno en el diseño, implementación y evaluación de la Política Pública de Atención y Reparación garantizando el “enfoque diferencial”, al igual que implementará mecanismos y estrategias de participación de las víctimas, con el mismo enfoque, en la definición de planes, programas y proyectos de atención, asistencia y reparación”. En relación con la infancia solo se encuentra lo establecido en el Decreto 4800, reglamentario de la Ley de Víctimas, que dentro de los enfoques adoptados en los principios no incluye taxativamente el diferencial. En él se

en relación con las niñas y niños víctimas “el funcionamiento adecuado del mecanismo de reconciliación y reparaciones vigente, de modo que se garantice un acceso adecuado a las soluciones jurídicas” (2010, pág. 6.c. xii).

21. Frente a los mecanismos previstos en la ley para la participación efectiva y oportuna de las víctimas en el diseño, implementación y ejecución de la ley se ha previsto la conformación de las “Mesas de Participación de Víctimas” donde la niñez es tenida en cuenta.

adopta el enfoque de derechos, el humanitario, de seguridad y desarrollo humanos, el transformador y el de daño; se hace una remisión a los criterios generales establecidos en la Ley de Víctimas y señala que también podrá tenerse en cuenta “el nivel de vulnerabilidad basado en un enfoque etario del grupo familiar”. Señala, además, que se le garantizará “a la primera infancia de la población víctima en los términos de la Ley 1448 de 2011 la atención integral, acceso y permanencia a espacios educativos significativos, que potencien sus capacidades y aporten a su desarrollo”.²²

En el Primer informe de seguimiento a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, que realizaron la Contraloría, Procuraduría y Defensoría del Pueblo, en agosto de 2012, no se hace una reflexión específica acerca de la infancia. Se analiza la situación de los pue-

blos indígenas, pueblo gitano y afrodescendientes que contaron además con una reglamentación especial a través de los decretos ley 4633, 4634 y 4635 de 9 de diciembre de 2011 (pág. 254).

• *Consideraciones finales en torno a la liberación y reintegración de niñas y niños*

Los Principios de París de 2007 establecen, en relación con los procesos y acuerdos de paz, lo siguiente:

La cuestión de la liberación y reinserción de los niños y niñas debe incluirse en todas las etapas de cualquier proceso de paz; allí donde los niños y niñas hayan participado en un conflicto armado, los acuerdos de paz y los documentos relacionados deben reconocer este hecho. Los acuerdos de paz deben incluir disposiciones específicas sobre las necesidades de los niños y niñas, entre ellas sobre las ne-

cesidades especiales de las niñas y las necesidades que cualquier niño o niña pueda tener como resultado de su asociación con una fuerza armada o un grupo armado. Estas disposiciones deben incluir explícitamente los recursos financieros y de otro tipo que se necesitan para establecer programas que apoyen la liberación rápida y sin riesgos, así como el regreso y la reinserción o integración lo antes posible, de los niños y niñas. Todos aquellos que lucharon cuando eran menores de edad no deben estar sujetos a la conscripción en el futuro.

En marzo de 2012, el Secretario General de las Naciones Unidas mencionó que el presidente Santos había fijado como condiciones previas de un eventual proceso de paz que las guerrillas debían abandonar el “reclutamiento de niños y dejar libres a todos los menores que integraran sus filas”.²³

22. Primer informe de seguimiento y monitoreo de los órganos de control a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, Bogotá, D.C., 2012. Resumen ejecutivo. A su vez, respecto del acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes en su solicitud de la indemnización vía administrativa, se encuentra una serie de dificultades en temas de la migración, procedimientos y protocolos de información entre la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –UARIV– y el ICBF sobre la proyección de recursos, financiamiento, programación y esquema de pagos y la no valoración inicial en los estimativos de los costos de constitución y manejo del encargo 18, es decir, que aún se desconoce la estrategia a implementar para este proceso de indemnización, el acompañamiento que se está haciendo a los niños, niñas y adolescentes en la solicitud de indemnización vía administrativa y hasta ahora se está diseñando una estrategia que reglamente operativamente la consecución del encargo fiduciario y el protocolo de desembolso en función del cumplimiento de la mayoría de edad de estos.

[Http://www.viva.org.co/attachments/article/195/Informe_victimas_tierras_%20Final.pdf](http://www.viva.org.co/attachments/article/195/Informe_victimas_tierras_%20Final.pdf)

El programa que en la actualidad se ocupa de la reintegración de esta niñez es el Programa de Atención Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Desvinculados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, del ICBF, que desde el 19 de noviembre de 1999 hasta 31 de marzo de 2012, de acuerdo con el Conpes 3726 (de mayo 30 de 2012), había atendido a 4.868²⁴ niños y niñas. Del total, el 72% han sido niños y el 28% niñas. En relación con la forma como llegaron al programa, un 17% fue capturado por la Fuerza Pública y un 83% se entregó. El mayor porcentaje de los atendidos en el programa es de las Farc, con un 59%, de las AUC un 22% y del ELN un 15%. Se señala igualmente que los cinco departamentos de mayor reclutamiento, en relación con los que han pasado por el programa, son Tolima, Arauca, Putumayo, Antioquia y Valle del Cauca. A pueblos indígenas

pertenece el 12%. Con respecto a la escolaridad, cerca del 71% no supera el último grado de primaria. A 22 de julio del 2011, según boletín de prensa del ICBF, la franja de edad de los atendidos en el programa estaba entre los 9 a los 17 años. De acuerdo con el informe de 2012 del Secretario General de las Naciones Unidas, los niños y niñas que se separan de los GAOML que surgieron luego de la desmovilización de las organizaciones paramilitares, “no han recibido la misma asistencia para su reintegración”.

Desafortunadamente no se cuenta con mayor información para realizar un balance del programa²⁵ que seguramente acogerá a las niñas y niños liberados en un eventual proceso de paz. Por las críticas que el enfoque institucional ha recibido, los lineamientos del ICBF insisten en el enfoque comunitario²⁶, pero uno de los aspectos donde sigue

habiendo dificultad es en la ubicación de las familias, lo que hace que los niños y niñas tengan que cumplir con las tres fases a través de las cuales se desarrolla el programa de atención desde su ingreso hasta los 18 años. De ellas, la segunda es la más prolongada y se define en los lineamientos como “modalidad de atención institucional”, que se realiza en el Centro de Atención Especializada (Dirección de Protección: Subdirección de Restablecimiento de Derechos, 2010).

Conclusiones

1. La ausencia del Estado frente a las políticas sociales tendientes a garantizar la protección integral de la infancia es determinante en su situación de vulnerabilidad frente al conflicto y, dentro del escenario de la guerra,

23. Ver: Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre niñez afectada por el conflicto armado en Colombia, 2012, párr. 8.

24. Estadísticas periódicas, actualizadas y completas de los programas del ICBF no se encuentran disponibles. Este programa para desvinculados cuenta con boletines de prensa con poca información.

25. Para el 2005 los resultados mostraban que el reintegro familiar solo se lograba en un 27.22% de los casos y un 45.55% de los niños y niñas se había evadido del programa (Mariño Rojas, 2005).

26. “Con el programa el ICBF logra que estos niños, niñas y adolescentes se reconcilien con ellos mismos y sus familias y logren reintegrarse de una manera eficiente y feliz a la sociedad”, el comunicado de prensa de 12 de febrero de 2009 cita a la directora general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la época, Elvira Forero Hernández (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2009).

su protección especial no es atendida por los actores del conflicto.

2. La falta de garantías al derecho de acceso a la justicia de la infancia víctima se ve en las altas cifras de impunidad. Esta impunidad frente a los crímenes contra la infancia en el conflicto armado interno muestra que las dinámicas judiciales son ajenas a los derechos de la infancia y a la gravedad de sus violaciones.
3. La infancia no es protagonista en el marco normativo de justicia transicional que se construye. La manera como ha sido incluida en él no es acorde con su calidad ni la de sus derechos.
4. Sobre la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y los decretos que la reglamentan, que hasta el momento se están implementando, es difícil hacer balances más allá de lo relacionado con sus propias prescripciones: i. les falta un desarrollo del criterio diferencial etario que sea transversal y prioritario a la política de atención y reparación a las víctimas, ii. la ley vuelve a concentrar en el

ICBF la garantía de todos los derechos, como en el modelo que se pretende superado.

5. Frente al proceso de paz los Principios de París establecen como necesaria la liberación y reinserción de los niños y niñas vinculados a grupos armados. Se debe velar por su recuperación y reintegración de acuerdo con el artículo 39 de la CDN.

Referencias

- ACUÑA VIZCAYA, F. (2006). Niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado. En P. G. Nación, *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción* (Tomo 2). Bogotá: PGN.
- AMBOS, K. (2009). El marco jurídico en la justicia de transición. En E. M. Kai Ambos, *Justicia de transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo, Uruguay: Mastergraf srl.
- BARATTA, A. (1998). Infancia y democracia. En E. García Méndez y M. Beloff *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis.

CONSEJO DE SEGURIDAD. (2010). *Conclusiones sobre los niños y el conflicto armado en Colombia*.

COLOMBIA. CONTRALORÍA G. R., PROCURADURÍA G. N. y DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (21 de agosto de 2012). *Primer informe de seguimiento a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras*. Recuperado el 8 de septiembre de 2012, de http://200.93.128.205/c/document_library/get_file?folderId=70192670&name=DLFE-47502.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (28 de agosto de 2002). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. *Opinión Consultiva OC-17/2002*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (19 de noviembre de 1999). Caso de los “Niños de la Calle”, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2006). *Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: Inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*. Bogotá: DP.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2006). Informe defensorial caracterización de las niñas, niños y

- adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales. *La niñez y sus derechos* (9). Bogotá: DP.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (mayo 30 de 2012). *Conpes 3726*. Bogotá: DNP.
- ICBF, Dirección de Protección: Subdirección de Restablecimiento de Derechos. (7 de julio de 2010). *Modalidades para el programa de atención especializada para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados organizados al margen de la ley*. Recuperado el 21 de agosto de 2012, de ICBF.
- ICTJ. (17 de enero de 2012). *Histórica sentencia de reparación por reclutamiento de menores*. Recuperado el 14 de febrero de 2012, de <http://ictj.org/es/news/hist%C3%B3rica-sentencia-de-reparaci%C3%B3n-por-reclutamiento-de-menores>
- MARIÑO ROJAS, C. (2005). *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones sobre las políticas de desvinculación*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. (9 de julio de 2012). *Ministerio de Interior y de Justicia*. Recuperado el 22 de agosto de 2012 de <http://www.mij.gov.co/econtent/CategoryDetail.asp?idcategory=23&IDCompany=2&Name=JUSTICIA+TRANSICIONAL&idmenucategory=23>
- NEIER, A. (1998). *War crimes, brutality, genocide, terror and the struggle for justice*. New York: Times books.
- NINO, C. S. (1991). The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina. *The Yale Law Journal*. Junio de 1991, At. 2619.
- O'DONNELL, D. (2007). *Derecho Internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. (A. V. Villa, Ed.). Bogotá, Colombia: Murillo Impresores Ltda.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. (2009). *La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos*. Nueva York: UNODC.
- RAMELLI ARTEAGA, A. (2003). Persona y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. En U. E. Departamento de Derecho Penal, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. .
- REVISTA CAMBIO n.º 836 (julio 2009).
- SAFFÓN, P. (2011). Estudio preliminar. En M. Minow, D. Crocker & R. Mani, *Justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- SECRETARIO GENERAL ONU, CONSEJO DE SEGURIDAD. (2007). *Los niños y los conflictos armados*.
- SECRETARIO GENERAL ONU, CONSEJO DE SEGURIDAD. (2012). *II Informe sobre los niños y el conflicto armado en Colombia*.
- SPRINGER, N. (2012). *Como corredores entre lobos*. Bogotá: Codhes.
- UPRIMNY YEPES, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En R. Uprimny Yepes, *Justicia transicional sin transición: reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- WATCHLIST ON CHILDREN AND ARMED CONFLICT, WCAC. (2008). *Lograr hacerlo y hacerlo bien: estudio global*. New York: WCAC.