

CIELO MARIÑO ROJAS<sup>1</sup>

*Acceso a la justicia de la infancia víctima  
del desplazamiento forzado interno*

---

<sup>1</sup> 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 e investigadora, coordinadora del Grupo de Derechos de la Infancia y la Adolescencia del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.



Resumen. Frente al desplazamiento, como delito contra persona protegida por el DIH, establecido en nuestro ordenamiento penal, el acceso a la justicia tiene un papel central dentro del proceso de superación del conflicto, en tanto busca la protección de los derechos de las víctimas. Posibilita la efectividad de otros derechos, el garantizar el acceso a la justicia, garantiza, de una parte, en el ámbito judicial, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y, de otra, en el ámbito administrativo, frente a la infancia específicamente, su derecho de protección contra la vulneración.

El *derecho del acceso a la justicia* de las niñas, los niños y los adolescentes víctimas del desplazamiento forzado interno, como sujetos de protección constitucional imperativa y prioritaria, en palabras de la Corte Constitucional, debe garantizarse desde el bloque de constitucionalidad, como desde el Código de la Infancia y la Adolescencia. Se requiere la sensibilización y capacitación para el reconocimiento del carácter de víctima de esta infancia, por parte de las autoridades.

Es necesaria una real política de lucha contra la impunidad, con enfoque diferencial etario, que lleve a investigar, juzgar y sancionar a los responsables por violaciones cometidas contra niñas y niños en el marco del conflicto armado colombiano. De otra parte, en el campo del derecho a la protección contra el desplazamiento se requiere de un programa de atención especializada, del ICBF, para la niñez desplazada sin acompañamiento, que no se caracterice por la institucionalización de quien pretende proteger.

Palabras clave. Niñas, niños y adolescentes víctimas de desplazamiento forzado interno; derecho de acceso a la justicia; Víctima en procesos judiciales; Proceso administrativo de restablecimiento de derechos; Programa de atención especializada.

En el mundo de la infancia suele presentarse la paradoja que se encuentra en el escenario del conflicto armado interno, y específicamente en relación con el desplazamiento forzado interno, una proliferación nominativa, desde lo jurídico y lo fáctico, y un silencio frente al reconocimiento en el campo judicial y administrativo, de sus derechos.

---

2 *Existir es ser percibido. BUSTOS DOMEQ. Cuento de JORGE LUIS BORGES*

## I. PROLIFERACIÓN NOMINATIVA DESDE LO FÁCTICO Y LO JURÍDICO

La definición de la niñez como víctima del conflicto armado, desde lo normativo, ha tenido una historia que coincide con la evolución de los derechos humanos en esta área, donde se establece una protección especial y unos derechos diferenciados y privilegiados<sup>3</sup>. Han sido instrumentos de diverso orden, vinculantes unos, o pertenecientes al *soft law* otros, los que establecen el conjunto de derechos que les pertenece. En el ámbito nacional, la Constitución Política de 1991 incluyó valores y principios que permiten hacer un desarrollo incluyente de la víctima en el proceso penal. Con la modificación de las funciones de la Fiscalía, introducidas por el Acto Legislativo 03 de 2002, la víctima aparece como un interviniente cuya protección está en cabeza del ente acusador. Gracias a la interpretación de la Corte Constitucional se le ha ampliado la dimensión de los derechos de las víctimas.

Desde la facticidad, se da una saturación en la definición dentro de las prácticas de guerra, una hipernominación. Como señala la Corte Constitucional en su Auto 251 de 2008, se constata el estado de cosas inconstitucional en el campo del desplazamiento forzado en tanto persiste la “continuidad de la violación masiva, sistemática, profunda y persistente de los derechos fundamentales de millones de personas en el territorio nacional victimizadas por este complejo fenómeno”, como ya había sido señalado en el Auto 218 de 2006.

### A. DESDE LO FÁCTICO: NIÑAS Y NIÑOS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

La magnitud del desplazamiento de niñas y niños ha tomado proporciones que no corresponden al carácter privilegiado de sus derechos. Según UNICEF, en Colombia, para enero de 2005, más de la mitad de la población desplazada, en los últimos seis años, había sido de niñas y niños<sup>4</sup>. De la misma forma, según el Informe Alterno al Comité de Derechos del Niño (2005: 59) se estima que entre el 48 y el 55% de los desplazados está constituido por niñas y niños. Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño, en su informe de 2006 (Párrafo 78), manifiesta su inquietud “por el elevado número de niños que siguen siendo desplaza-

---

3 Sobre el tema se puede ver: Derechos de las niñas y los niños víctimas de los delitos contra personas protegidas por el DIH, en el marco de la Ley de Justicia y Paz (MARIÑO ROJAS, 2009: 188).

4 Cf. UNICEF Situación de la infancia: niñez desplazada y víctima del conflicto, en la página Web de UNICEF: [www.unicef.org/co/08-desp.htm](http://www.unicef.org/co/08-desp.htm).

dos cada año en Colombia” y comparte la preocupación expresada por la Corte Constitucional (T-025 de 2004) sobre la falta de atención y asistencia específicas a los niños desplazados, “en especial teniendo en cuenta que constituyen más de la mitad de la población de desplazados”.

De acuerdo con las cifras de la organización no gubernamental Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES–, el número de desplazados asciende a más de 4.200.000, de 1985 a diciembre de 2007. La Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes en el conflicto armado en Colombia (COALICO: 2007:11), cita un informe publicado en febrero de 2006, por la Conferencia Episcopal de Colombia y CODHES, en el cual se indicaba que en los últimos diez años el número de desplazados internos en Colombia había llegado a 3 millones de personas. Lo que significa, con el porcentaje arriba señalado, que más de 1.500.000, en ese lapso, ha estado constituida por niñas y niños que han dejado todo lo que constituía su referente afectivo, cultural y social<sup>5</sup>.

Las cifras han ido elevándose en los últimos años, al lado de casos de confinamiento por los diferentes actores armados, en los cuales la niñez se vio seriamente afectada puesto que no contó con alimentos ni medicamentos. De otra parte, se han dado desplazamientos entre diferentes comunidades de un mismo pueblo indígena, desplazamientos intraveredales o intraurbanos, o desplazamientos que se suceden unos a otros, todos ellos formas de desplazamiento que no se visibilizan como tales, pero que traen consecuencias a veces más gravosas para la infancia víctima de estas formas de desplazamiento.

En relación con la extensión del fenómeno en el territorio colombiano, según Acción Social, 887 de los 1.100 municipios de Colombia están afectados por el desplazamiento forzado.

En la Encuesta Nacional de Verificación (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, 2008: 60), en relación con la distribución etaria, se lee:

(...) puede afirmarse que la mayoría de la población desplazada incluida en el RUPD (62,6%) se encuentra por debajo de los 25 años de edad, de la cual aproximadamente el 54,3% es menor de 20 años. En contraste, la población total colombiana por debajo de 25 años de edad es poco menos de la mitad (49,0%), y el 40,2% tiene menos de 20 años de edad.

---

5 UNICEF señala que “42 personas cada hora” son desplazadas, de las cuales más del 50% son niñas y niños (UNICEF, 2008).

De acuerdo con información recibida por la Corte Constitucional, en el Auto 251 se señala:

UNICEF ha estimado que durante los últimos 15 años, más de un millón de niños, niñas y adolescentes han sido víctimas de desplazamiento forzado en Colombia. El Comité Internacional de la Cruz Roja considera que los menores de entre 5 y 14 años de edad representan aproximadamente el 44% de la población desplazada del país. UNIFEM calcula que las niñas conforman el 23% de la población desplazada, mientras que los niños y adolescentes dan cuenta de otro 25%.

La representación desproporcionada de la infancia en relación con otras franjas etarias se explica por las prácticas de guerra, donde los hombres son asesinados o desaparecidos forzosamente, siendo las mujeres, niñas y niños los que tienen que abandonar su hogar y tierra por temor a que esos hechos se repitan contra ellos.

Existen subfranjas dentro de la infancia desplazada que pueden presentar aún mayores niveles de vulnerabilidad:

- Las niñas y niños pertenecientes a pueblos indígenas, para quienes la tierra es su referente identitario fundamental.
- Las niñas y niños huérfanos o abandonados por causa del conflicto armado.

#### I. RECONOCIMIENTO DEL IMPACTO CUALITATIVAMENTE DIFERENCIAL Y AGRAVADO DEL DESPLAZAMIENTO SOBRE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

En esta infracción del DIH, consagrada en nuestra legislación se da una múltiple violación de derechos, como se puede ver en el Auto 251 de octubre de 2008, donde la Corte Constitucional indicó que se da un impacto cualitativamente diferencial y agravado del desplazamiento sobre las niñas y los niños, y señala ocho tipos de *problemas transversales diferenciados*. Estos problemas muestran la múltiple violación de derechos de la infancia en situación de desplazamiento, revictimizándola:

- (a) problemas graves de desprotección frente a diversos riesgos y peligros que amenazan directamente sus derechos en las esferas del maltrato; la violencia; la explotación; la trata; la mendicidad y la vida en la calle; la utilización en comercios ilícitos; el control social por los actores armados ilegales; y la presencia de pandillas y grupos delincuenciales en sus lugares de asentamiento; (b) problemas graves de hambre y desnutrición;

(c) problemas graves y mayormente prevenibles en el campo de la salud, derivados tanto de los problemas de alimentación que sufren, como de sus condiciones insalubres de existencia y de la precariedad en la respuesta estatal; (d) problemas graves en el campo de la educación, principalmente en los ámbitos de cobertura y acceso, permanencia, flexibilidad y adaptabilidad del sistema; (e) problemas graves de índole psicosocial; (f) problemas graves en el campo de la recreación; (g) problemas graves en los campos de la capacidad de participación y de organización; y (h) problemas graves en el ejercicio de sus derechos como víctimas particularmente indefensas del conflicto armado y del delito (p. 10).

El último literal señala los “problemas graves en el ejercicio de sus derechos como víctimas *particularmente indefensas* del conflicto armado y del delito”, indicando la falta de reconocimiento de la calidad de víctima en escenarios judiciales o administrativos, que analizaré adelante. Además de estos problemas transversales, el auto establece seis ámbitos críticos:

(...) estos problemas transversales resultan acentuados y profundizados en ciertos **ámbitos críticos**, en los que se retroalimentan perversamente entre sí para obstruir con especial fuerza el ejercicio de los derechos fundamentales. Tales ámbitos críticos de intensificación de los problemas transversales son los siguientes: (a) el ámbito de la etapa de emergencia del desplazamiento forzado; (b) el ámbito de la primera infancia; (c) el ámbito de la adolescencia; (d) el ámbito de las niñas y las adolescentes desplazadas; (e) el ámbito de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos –indígenas o afrodescendientes– desplazados; y (f) el ámbito de los menores de edad con discapacidad en situación de desplazamiento.

#### B. DESDE LO JURÍDICO: INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Las reflexiones en torno a la víctima hasta hace muy poco reflejaban, y aun en muchos aspectos siguen reflejando la falta de protección y de respeto de la dignidad de quienes intervienen en el proceso penal, ZAFFARONI (1993: 198) anotaba: “Puede que la ley no lo establezca, pero los principios elementales del respeto a la dignidad humana colocan un límite a la utilización –y consiguiente cosificación– de la persona humana: se usa al criminalizado para ejercer un poder verticalizante; para lo mismo se usa a la víctima mediante la expropiación (diríamos confiscación) de su derecho lesionado, resultando excesivo, pues, que también la agencia judicial tolere que se use aún más a la víctima infligiéndole un dolor contra su voluntad con la intervención del poder del sistema penal”.

Anotaba NILS CHRISTIE (1998: 126): “La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble en nuestra sociedad: en primer lugar frente al infractor, y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto”<sup>6</sup>. La inicial víctima sufre así una **doble victimización**<sup>7</sup>. Será el sujeto que por razón de la ofensa ve deteriorada doblemente su situación: como víctima de la inicial infracción a la ley penal y como sujeto de derecho a quien se le retiran los medios para trabajar su realidad, para dinamizar sus relaciones, negándole a su vez las herramientas para hacer efectiva su condición jurídica<sup>8</sup>. Es el “no-sujeto de derecho” según ANA MESSUTI (1998: 104), quien sostenía “La evolución del derecho penal se caracteriza por el desplazamiento de la atención desde la víctima hacia el autor del delito”. Y continuaba: “éste ha despojado a la verdadera víctima de su calidad de tal para investir de dicha calidad a la comunidad” (Idem, 104 y 105). La víctima, como sujeto de derecho, es inicialmente un titular de acciones para hacer valer sus derechos, pero se trata de *derechos débiles*, como califica ROBERT ALEXI a los derechos que no se pueden hacer valer en juicio.

ZAFFARONI (1993: 22), igualmente, señalaba cómo el modelo penal “desde que la víctima desaparece por efecto de la expropiación del conflicto por el soberano o por el Estado, ha dejado de ser un modelo de solución de conflictos, por la supresión de una de las partes en el conflicto: esto explica la multiplicación increíble de teorías de la pena (y consiguientes teorías del derecho penal) y la errabunda peregrinación filosófica del saber penal...”.

En esta alteración de los términos del conflicto ANA MESSUTI (1998: 108) señalaba como “la pena prevalecerá sobre la reparación del daño causado por el delito” en tanto al derecho penal le interesará eliminar el mal-delito-y no el sufrimiento que pertenece a la víctima, y sólo cuando de nuevo se gire hacia ella “podrá el derecho asignar al sufrimiento la importancia que merece” (Idem, 109).

---

6 En el mismo sentido anota LOUK HULSMAN (1990: 73): “Se supone que todas las víctimas tienen las mismas reacciones, las mismas necesidades. El sistema penal no tiene en cuenta a las personas en su singularidad. Operando de manera abstracta, causa daño a quienes se supone que debía proteger”. Homogeneiza las víctimas, se asume que les satisface la respuesta oficial y uniforme de su conflicto.

7 La victimización será el proceso a través del cual una o más personas sufren el daño, el sufrimiento emocional, la pérdida o el menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales por obra de una infracción penal o por abuso de poder. Se puede dar igualmente un proceso de victimización secundaria que sería el resultado de la intervención del sistema de justicia penal, si dentro de él no se le garantizan sus derechos.

8 La Encuesta Internacional de Victimización UNICRI-CIPC, 2000. Acerca de la insatisfacción registrada del 71,4% frente a los resultados de sus denuncias, se constata que la dinámica del sistema de justicia penal existente a la fecha no tenía en cuenta las necesidades de la víctima. Cuando ésta acude a él los resultados que obtiene la dejan insatisfecha, y el proceso transcurre por encima y a pesar de sus intereses.



Este silencio de las víctimas, en el plano penal cambió, en el ámbito internacional, por los instrumentos y lineamientos que se han ido estableciendo un marco normativo que reconoce cada vez más derechos de las víctimas y las garantías para su efectividad. La Constitución Política de 1991 estableció valores y principios que permiten hacer un desarrollo incluyente de la víctima en el proceso penal y la interpretación de la Corte Constitucional ha hecho que los derechos de las víctimas se hayan visto fortalecidos. Tal como señaló el salvamento de voto a la Sentencia C-293/95: “(las víctimas) son la encarnación viviente y concreta de los valores que busca proteger el derecho penal, no pueden ser un saldo silencioso de la política criminal en un Estado social de derecho (CP art. 1º) que aspira también a ser un Estado de justicia (CP Preámbulo y art. 2º)”. La Sentencia C-412/93 señaló que “las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático de derecho debe ser eminentemente participativa” y este derecho se encuentra relacionado, “al respeto a la dignidad, el buen nombre y la honra de las personas”.

Se indica en la Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, Magistrados Ponentes MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, que, como desarrollo del artículo 2º de la Constitución Política:

(...) al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la **protección integral de sus derechos**” (negrilla fuera del texto).

En esta sentencia se indica que dentro del proceso penal se debe buscar el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas. El restablecimiento de los derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia”. Se definieron así los tres derechos<sup>9</sup>:

---

9 Estos derechos de las víctimas de delitos contra personas protegidas por el DIH, tienen origen en los siguientes instrumentos: Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, del 29 de noviembre de 1985 (RES/40/34); Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, Resolución

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3. El derecho a la reparación del daño causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

De la misma manera, esta sentencia “ha reconocido que la realización del derecho a la justicia es un elemento muy importante para alcanzar la convivencia pacífica, esto es, para ofrecer vías institucionales de resolución de conflictos a través de las cuales se eviten respuestas violentas que no son compatibles con la Constitución colombiana”.

A través del artículo 2º del Acto Legislativo n.º 3 de 2002 se incluyó el concepto de víctima en el marco constitucional. En este artículo, que modificó el artículo 250 de la Constitución de 1991 se establece, dentro de las funciones de la Fiscalía:

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

En la Sentencia C-454 de 2006, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, la Corte, al señalar el alcance de los derechos de las víctimas, sostuvo:

La explícita consagración constitucional de la víctima como sujeto que merece especial consideración en el conflicto penal, se deriva de la profundización de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal del Estado social de derecho, que promueve una concepción de la política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de todos los sujetos e intervinientes en el proceso. Los intereses de la víctima, elevados a rango constitucional se erigen así en factor determinante de los fines del proceso penal que debe apuntar hacia el restablecimiento de la paz social.

---

2005/35 del 19 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.11 y Conjunto de Principios actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.

La Corte Constitucional, en esta sentencia señaló que aunque la víctima no tengan la calidad de parte dentro del proceso, los derechos de las víctimas deben ser respetados y garantizados en tanto que el Estado tiene el deber de procurar los mecanismos para la tutela judicial efectiva.

#### I. ACCESO A LA JUSTICIA: FUNDAMENTO NORMATIVO

El origen del derecho de acceso a la justicia se encuentra tanto en las normas que establecen el recurso efectivo, como en las que prescriben el debido proceso. En el Derecho Internacional de Derechos Humanos el origen del *recurso efectivo* se encuentra en las siguientes disposiciones:

**Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 10 de diciembre de 1948, artículo 8:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley.

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 16 de diciembre de 1966, artículo 2. 3:

Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 31, de mayo 26 de 2004, señaló lo siguiente:

15. En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deberán garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños. El Comité atribuye importancia a que los Estados Parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales

y administrativos adecuados para conocer las quejas sobre violaciones de derechos. El Comité toma nota de que el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional. Se requieren en especial mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violaciones de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos que cuenten con las facultades pertinentes pueden coadyuvar a tal fin. El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto. La cesación de la violación constituye un elemento indispensable del derecho a obtener un recurso efectivo.

En el ámbito regional, la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, que se realizó en Bogotá, de 1948, en su artículo XVIII establece:

Derecho a la justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, de 1969, señala en su artículo 25. 1, de la Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos vs. Argentina, párr. 52 (citado por ACOSTA, 2005: 46):

El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva

del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un **recurso judicial efectivo** contra los actos violatorios de sus derechos fundamentales. (...) La Corte ha señalado ... que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en un sociedad democrática en el sentido de la Convención" (...) no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad (...).

Las "reglas para asegurar la efectividad del recurso", como describe ACOSTA ALVARADO las garantías del *debido proceso*, para el trámite del recurso efectivo, se encuentran en las siguientes disposiciones:

**Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 10:**

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1:**

(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil (...).

**Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8. 1:**

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la *sustanciación* de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Dice ACOSTA ALVARADO (2007:17): "Siempre que se desconozca alguna de las garantías previstas en el artículo 8º de la Convención estaremos en presencia de una violación al derecho de acceso a la justicia", en efecto ella sostiene que el derecho de acceso a la justicia se fundamenta en el derecho a ser oído establecido en esa norma y en el derecho a la protección judicial señalado en el art. 25 de la misma Convención (cf. ACOSTA, 2005: 17), aun cuando no es claro su fundamento convencional frente a la Corte. Ella concluye:

...el artículo 8.1 es el eje sobre el cual ha de girar toda la teoría acerca del derecho de acceso a la justicia, en la medida en que él abraza tanto el derecho de acción como el de respuesta y las debidas garantías para tramitar los procesos. Por ello el artículo 25 habrá de entenderse en su justa medida como una manifestación del genérico derecho de acceso a la justicia en el campo específico de la tutela de los derechos fundamentales (ACOSTA, 2005: 118).

## 2. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS DE DESPLAZAMIENTO

Frente al desplazamiento, como delito contra persona protegida por el DIH, establecido en nuestro ordenamiento penal, o de cualquier otra infracción allí incluida, el acceso a la justicia tiene un papel central dentro del proceso de superación del conflicto, en tanto busca la protección de los derechos humanos de las víctimas.

En este ámbito penal, el acceso a la justicia es un derecho que se encuentra en la base de otros. Ante la vulneración de derechos, al garantizarse el acceso a la justicia, se garantiza, de una parte, en el ámbito judicial, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y de otra, en el ámbito administrativo, frente a la infancia específicamente, los derechos de protección establecidos en el artículo 20 del CIA.

El derecho de acceso a la justicia lo define ACOSTA ALVARADO, con base en las normas y jurisprudencia interamericanas, como el derecho:

(...) a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable obtenida en plazo razonable, ante un tribunal competente, independiente e imparcial, luego de tramitar un proceso con las debidas garantías judiciales (...).

Por su parte, CUERVO (2005: 8), en relación con el papel del Estado, señala que el derecho de acceso a la justicia es un “derecho de prestación a cargo del Estado para atender en el sistema de justicia las demandas individuales y colectivas de solución de conflictos y de goce y disfrute de derechos”. Este derecho requiere de acciones tendientes a mejorar la eficiencia, la accesibilidad, rapidez, efectividad y transparencia en la administración de justicia.

Debe entenderse el goce efectivo de los derechos, como la posibilidad de disfrutarlos, no únicamente a través de medios judiciales o administrativos, sino a través de la existencia de políticas, básicamente sociales y económicas, que garanticen el real goce de los derechos, en tanto se brinden, a través de ellas, las

condiciones necesarias para ello, por el solo hecho de ser propios de los diferentes sujetos de derecho, entre ellos, y de forma prevalente, las niñas y los niños. Se debe, dentro de la integralidad de políticas, garantizar los derechos a través de la política correspondiente, y solo de forma residual, ante el no reconocimiento en el caso específico, su vulneración –como en el caso de infracción penal–, o riesgo de vulneración, el derecho de acceso a la justicia los garantizaría.

CUERVO (2005: 23) señala que las necesidades jurídicas insatisfechas, son “las necesidades de soluciones judiciales a problemas de relevancia jurídica que las personas –especialmente las de escasos recursos– no pueden resolver por sus propios medios”. Estas necesidades tienen una relación directa con las barreras económicas, culturales, institucionales, de información y de desempeño, dentro de las cuales CUERVO señala que una de las restricciones más difíciles de superar es la falta de cultura jurídica de las personas para hacer valer sus derechos, y, de parte de los jueces, el poco interés frente a procesos que no representan un gran valor económico.

En relación con la justicia penal, el acceso a la justicia tiene dos manifestaciones, una frente a la víctima y otra frente a quien ha realizado la infracción. De esta forma, este derecho garantiza el poder acudir a la justicia para hacer efectivos los derechos de las personas que resultan víctimas de una infracción penal y de otro se presenta igualmente para garantizar el acceso a la justicia a quien sea procesado.

La consagración constitucional de la víctima, como elemento constitutivo del sistema penal, señala la Sentencia C-454 de 2006, es coherente con los “paradigmas de procuración de justicia” tomados del derecho internacional, fundamentalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, que han sido acogidos por la jurisprudencia de la Corte. La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida, como señala la sentencia:

... un sistema de garantías fundado en el principio de *la tutela judicial efectiva* (el principio de la tutela judicial efectiva, encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía), de amplio reconocimiento internacional (Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales (Art. 8. 1 de

la Convención Americana de Derechos Humanos); la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados (Sentencia T-1184 de 2001).

El derecho de acceso a la justicia, se diferencia del derecho a la justicia que se encuentra dentro de los tres derechos de las víctimas establecidos en diferentes instrumentos internacionales<sup>10</sup>, en tanto se entiende como el Derecho a que se haga justicia en el caso concreto, que busca que no haya impunidad, esto es que se investigue, juzgue y sancione a las personas responsables de las infracciones penales.

### 3. MECANISMOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS DE ACCESO A LA JUSTICIA: PROTECCIÓN DE LA INFANCIA VULNERADA

El término *vulnerable* se ha utilizado para explicar y justificar la no efectividad de derechos de franjas de la población tradicionalmente *vulneradas*. El adjetivo vulnerable se predica de aquel que se piensa que tiene una vocación a la vulneración, como condición natural de su existencia. En cambio, el término vulnerado denota que el individuo de quien se habla ha visto efectivamente vulnerados sus derechos.

La protección frente a la vulneración no debe ser la única medida que se aplique frente a los derechos de esa infancia, en tanto la prevención del desplazamiento es una obligación del Estado (art. 41. 28), como la atención frente a situaciones de riesgo (art. 41. 27). No se puede pensar que el Estado le cumple a la infancia que se encuentra en una situación de vulneración que él ha promovido, al otorgarle una protección posterior. Se deben asegurar los derechos de la infancia que vive en regiones expuestas al conflicto con políticas, en primer lugar sociales, que le garanticen sus derechos, para disminuir la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, y con políticas de seguridad respetuosas de la protección especial de esta infancia en el conflicto.

---

10 La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, de 1985, Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones y el Conjunto de Principios actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, de 2005.



Frente al desplazamiento forzado interno, el acceso a la justicia se puede realizar por vía judicial o administrativa, en estos dos escenarios se procurará el restablecimiento de sus derechos. A través del acceso a la justicia se garantizan otros derechos de las víctimas, como los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en lo judicial, o el derecho a la protección, en lo administrativo.

#### PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA INFANCIA

Son varias las normas que han definido la protección especial de la infancia en el DIDH: la Declaración de Ginebra, de 1924, sobre Derechos del Niño ya enunciaba la necesidad de proporcionar una protección especial a la infancia; la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, que establece la protección y cuidados especiales que debe tener; la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 25. 2, que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, y que todos los niños “tienen derecho a igual protección social”; la Declaración Americana de los Derechos del Hombre dispone, en su artículo VII, que todo niño tiene derecho a “protección, cuidados y ayuda especiales”. De otra parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 24, el derecho a medidas de protección sin discriminación alguna por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10, establece las medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna; en particular contra la explotación económica y social.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, igualmente, en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. El Protocolo de San Salvador, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece, en su artículo 16, que “todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

En la década de los ochenta, la Convención sobre los Derechos del Niño sentó las bases del paradigma de la protección integral. Este instrumento, aunque no es el primero, en orden cronológico, constituye el marco general de interpretación. Esta Convención reconoce como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

En el ámbito nacional, la Constitución Política establece en el artículo 44:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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.

En el Código de la Infancia y la Adolescencia –CIA– se establece la protección integral que comprende todos los derechos y exige la integralidad de todas las políticas para hacerlos efectivos.

Al lado de este marco normativo, se ha establecido una protección especial de la infancia en el conflicto armado. De forma breve, se debe señalar el IV Convenio de Ginebra de 1949, sobre la protección que se debe dar a las personas civiles en la guerra, ya que cuenta con normas a favor de las niñas y los niños, pero, paradójicamente, no se estableció explícitamente el principio en que se basan. El Protocolo I, adicional a los cuatro Convenios, en su artículo 77.1, sí consagra explícitamente el principio de protección especial de la infancia 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.

El Protocolo II, en su artículo 4.3, se refiere igualmente al principio de protección especial que deben recibir los niños en el conflicto armado no internacional: “Se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten...”, en particular se señala que se les debe proporcionar educación; se deben tomar las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias; se deberán trasladar temporalmente a los niños de las zonas de hostilidades, acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar, entre otros aspectos.

Los principios de distinción y de trato humanitario, frente a las niñas y los niños, en tanto sujetos de protección especial del DIH, les son especialmente aplicables.

En el DIDH, el artículo 38, numerales 1 y 4, de la CIDN, fija las obligaciones de los Estados Partes, frente a la protección integral debida a las niñas y los niños en la guerra:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para niños.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por el conflicto armado.

Y en el artículo 39 de la CIDN establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para promover la recuperación y reintegración del niño víctima del conflicto armado, al cual más adelante me referiré.

#### NIÑAS Y NIÑOS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO: SUJETOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL

En relación con la violación de los derechos de las niñas y los niños, el Auto 251 señaló que la interpretación de los derechos de los sujetos de protección constitucional especial en situación de desplazamiento “(...) se debe realizar con arreglo a los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Nos. 2, 4 y 9, relativos a la protección especial que el Estado debe dispensar a ciertos grupos de desplazados”. Estos principios establecen que serán aplicados sin distinción alguna, incluida la edad; ni limitando, modificando o menoscabando disposiciones del DIDH, del DIH, o de los derechos concedidos por el derecho interno<sup>11</sup>. En relación con la infancia el Principio 4. 2 señala que “ciertos desplazados internos,

#### 11 Principio 2:

1. Estos Principios serán observados por todas las autoridades, grupos y personas independientemente de su condición jurídica y serán aplicados sin distinción alguna. La observancia de estos Principios no afectará a la condición jurídica de las autoridades, grupos o personas involucrados.

2. Estos Principios no podrán ser interpretados de forma que limite, modifique o menoscabe las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho humanitario o los derechos concedidos a la persona por el derecho interno. En particular, estos Principios no afectarán al derecho de solicitar y obtener asilo en otros países.

como los **niños, especialmente los menores no acompañados**, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales (negrilla añadida).

La protección, en caso de vulneración de derechos, y su restablecimiento se deben dar en el marco de la protección integral. Dentro de los derechos de protección se encuentran, según el art. 20 del CIA, numerales 7 y 11, la protección contra el reclutamiento y el desplazamiento forzado, al lado de la protección contra otras situaciones de vulneración de derechos en el conflicto armado interno, como las minas antipersonal y la propia exposición al conflicto.

El CIA, artículo 41. 34, establece los criterios en relación con los posibles mecanismos jurídicos de protección aplicables a la víctima de infracciones penales, que se pueden agrupar en:

- i. Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza,
- ii. adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica,
- iii. garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso,
- iv. procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal.

Se debe asegurar no solo la presencia del niño o niña, sino el derecho a expresar su opinión y a que dicha opinión sea tenida en cuenta, como señala el artículo 12 de la CDN.

---

**Principio 4:**

1. Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o convicciones, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, descendencia o cualquier otro criterio similar.

**Principio 9:**

Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella.

## a. MECANISMOS JUDICIALES DE PROTECCIÓN: POLÍTICA CRIMINAL

El *derecho del acceso a la justicia* de las niñas, los niños y los adolescentes víctimas del desplazamiento forzado interno, como sujetos de protección constitucional imperativa y prioritaria, en palabras de la Corte Constitucional, debe garantizarse desde el marco del nuevo Código de la Infancia y Adolescencia.

El acceso a la justicia, con base en la normatividad y antecedentes jurisprudenciales internacionales, se sustenta en el derecho que tienen todas las personas a hacer valer sus propios derechos ante un órgano jurisdiccional (art. 8. 1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos), a través de argumentos fácticos, probatorios y jurídicos, para obtener su reconocimiento, protección y reparación (ACOSTA ALVARADO, 2007).

El artículo 2° de la Constitución Política establece el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos; el 13 consagra la igualdad y no discriminación de todas las personas y la protección especial de aquellas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Los artículos 29 y 229 son la base constitucional de la tutela judicial efectiva. El artículo 229 de la Constitución Política establece que “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

La Sentencia C-454 de 2006, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, señaló: “El derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias”. De igual forma, precisó: “La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal (Sentencia C-412 de 1993, MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), y el derecho a *participar* en el proceso penal (Cfr., Sentencia C-275 de 1994, MP, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo”.

El derecho de acceso a la justicia comprende, según la doctrina y la jurisprudencia<sup>12</sup> básicamente, tres derechos:

- Derecho de acceso a un órgano jurisdiccional. Entendido como el derecho que toda persona tiene a accionar el sistema judicial.
- El derecho a participar en el proceso y a que las pretensiones solicitadas se desarrollen en conformidad con las normas del debido proceso. No se trata solamente de accionar el sistema sino también de dinamizarlo a través de la participación real de quien entró y de la aplicación de las mínimas garantías de un proceso (debido proceso).
- Derecho a obtener un fallo en firme y ejecutable. Es el contenido material del derecho al acceso a la justicia, es el derecho a una respuesta eficaz, sin dilaciones injustificadas y con las garantías propias de un debido proceso, siendo este último, transversal a todos los derechos que componen el acceso a la justicia.

De otra parte, el derecho de acceso a la justicia es diferente al derecho a la justicia. En la Sentencia C-370 de 2006, dentro de los argumentos de los demandantes, se sostiene que “de la obligación de garantizar los derechos humanos y proveer recursos judiciales efectivos, se deriva el derecho a la justicia” –derecho genérico a la justicia–, dentro de cuyos elementos se encuentra el derecho a la verdad judicial e histórica, el derecho a obtener reparación integral y el derecho a la justicia en sentido estricto, esto es el derecho a que los responsables sean investigados, juzgados y sancionados con penas proporcionadas. El incumplimiento del deber de investigar y sancionar los delitos allana el camino para su repetición y constituye impunidad. A este respecto se citan los “Principios de Joint” de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en los que se define la impunidad como:

(...) la ausencia, de *iure* o de facto, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquellos escapan a toda investigación tendente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas.

Frente a los derechos de la infancia víctima, la justicia penal debe intervenir para garantizarle sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, el CIA, en

---

<sup>12</sup> Jurisprudencia constitucional: Sent. 228 de 2002, Sent. 454 de 2005 y Sentencia C-209 de 2007.

su artículo 41, determina que frente a los derechos de la niñez víctima de delitos, el Estado deberá:

6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados;
7. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.

Se incluye un Título, en el Libro II, del CIA, el de los procedimientos especiales cuando los niños o niñas son víctimas de delitos. En él se establecen, en su artículo 192, los principios sobre los cuales se basa la garantía de sus derechos que deben ser tenidos en cuenta por el funcionario judicial: el principio del interés superior del niño, el de prevalencia de sus derechos y el de la protección integral. El funcionario judicial tendrá en cuenta, igualmente, los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en el CIA.

El Código fija criterios que deben tenerse en cuenta, por parte de la autoridad judicial, para cumplir con los principios señalados y garantizar el restablecimiento de los derechos. Entre ellos se encuentran la prioridad de todo trámite donde participe una víctima niña o niño; los padres o representantes deben asistirlo en la reclamación de sus derechos; la Defensoría de Familia debe tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, cuando los padres falten definitiva o temporalmente o estén vinculados como autores o partícipes del delito; se buscará la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados; se practicarán medidas cautelares, de oficio o a solicitud, para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución; en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulnerarán los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito; no se aplicará el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados; en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se debe tener en cuenta su opinión, su calidad de niños, y se debe respetar su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en el CIA; no se les estigmatizará, ni generará nuevos daños con el proceso; en los reconocimientos médicos que deban practicárseles se deberá tener en cuenta su opinión;

se garantizará la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos; se les informará y orientará sobre la finalidad de las diligencias, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos; no se decretará la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar; cuando deban rendir un testimonio deberán estar acompañados de autoridad especializada o por un psicólogo; en las diligencias en que deban intervenir deben estar libres de presiones o intimidaciones.

El acceso a la justicia no se denomina como tal en el Auto 251 de 2008, pero se señala el “ejercicio de sus derechos como víctimas particularmente indefensas del conflicto armado y del delito”, que no se desarrolla en el auto en forma de mandato explícito a ser llevado a cabo en el escenario de la justicia penal. Si bien el auto se refiere a la política de atención, a lo largo de él se constata que existen múltiples situaciones de victimización derivadas de una infracción penal, la mayoría de las cuales se refieren a delitos contra persona protegida –de manera especial– por el DIH, como causa o resultado de la situación de desplazamiento. Se requiere la garantía del derecho de acceso a la justicia, como mecanismo de protección jurídica, para lograr, a través de él, la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, por vía judicial, en tanto se trata de la protección de sujetos de “protección constitucional imperativa y prioritaria”.

Las niñas y los niños han sido víctimas de una serie de infracciones, en el marco del conflicto armado, a más del desplazamiento forzado interno, entre otros, de reclutamiento ilícito, o de delitos sexuales en persona protegida, por parte de los grupos armados. A causa del desplazamiento esta infancia ha sido víctima de otras infracciones: delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; trata de seres humanos, como se indica en el Auto 251 de 2008. La mayoría de infracciones contra las niñas o niños no son denunciadas, en tanto muchas veces no se reconoce como infracción el hecho por el cual se han vulnerado sus derechos, falta de conocimiento de sus derechos, o de la forma de hacerlos efectivos, tienen desconfianza de las autoridades o miedo. De otra parte, en muchas oportunidades no tienen la posibilidad de desplazarse solos a los lugares de denuncia, o ésta no se les recibe por no estar acompañados de un mayor de edad. La Fiscalía tiene que iniciar investigaciones, por tratarse, de una parte, de delitos de investigación oficiosa, y de otra, en tanto revisten especial gravedad, por realizarse contra persona especialmente protegida.

La ausencia de percepción del carácter ilícito del desplazamiento se encuentra tanto en las víctimas, como en la población en general y en las autoridades en particular. Es por ello que se deberían proponer acciones específicas en esta dirección, como las siguientes:



- Reconocimiento del carácter de víctima de las niñas, los niños del delito de desplazamiento forzado interno, descrito en el artículo 159 del C. P., como uno de los delitos contra personas protegidas por el DIH, incluido en el libro II, Título II, Capítulo Único, del Código Penal, en relación con el cual cualquier autoridad debe poner en conocimiento de los funcionarios competentes su realización (Policía o Fiscalía), para garantizar el derecho de estas víctimas, como sujetos de protección constitucional imperativa y prioritaria, a la verdad, la justicia y la reparación.

- La Fiscalía y policía deben recibir denuncias o iniciar de forma oficiosa la investigación cuando tengan conocimiento de la realización de este delito. La Fiscalía General de la Nación tiene el cometido de proteger a las víctimas e informarles sus derechos.

- Sensibilización y capacitación para dicho reconocimiento, por parte de las autoridades de aquellos municipios receptores y de todos los funcionarios que trabajan en y con Acción Social en los programas de atención de la población desplazada, para que denuncien el desplazamiento del que son víctimas las niñas y los niños que acuden a sus dependencias.

En el proceso que se inicie se debe:

- Asegurar el acompañamiento de padres, representante legal o cuidadores para que asistan a estas víctimas en la reclamación de sus derechos. El Defensor de Familia será informado, cuando los padres falten, para la verificación y restablecimiento de sus derechos.

- Brindar abogado de la Defensoría Pública para que lo represente en el juicio y en el incidente de reparación integral.

- Proteger a esta infancia a través del Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía, como lo ordena el artículo 67 de la Ley 1106 de 2006.

- Ofrecerles protección a través del Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 de 2005 (Decreto 3570 de 18 de Septiembre de 2007), aun cuando dicho programa no contempla un componente específico para infancia.

En la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el diseño de 15 proyectos piloto y del Programa General de Protección de la Niñez Desplazada frente a las órdenes al Gobierno, dadas en el Auto 251, el Grupo de prevención

y protección<sup>13</sup> hizo un especial énfasis en la importancia de incluir transversalmente el derecho de acceso a la justicia y solicitó fortalecer el aparato de administración de justicia, con medidas como las señaladas y otras, como fortalecer las UAO con profesionales de la Fiscalía y la Defensoría. Es necesario reconocer el ejercicio de gobernanza que significó la participación de estas organizaciones en el diseño de política pública en este escenario, como consecuencia de los autos de seguimiento de la Corte Constitucional a la Sentencia 025 de 2004.

Para evitar riesgo frente a los diferentes delitos a los que estén expuestos las niñas, los niños y los adolescentes es necesario:

- Una real política de lucha contra la impunidad, con enfoque diferencial etario.
- Que se dé impulso a las acciones de investigación, juzgamiento y sanción por violaciones cometidas a niños y niñas en el marco del conflicto armado colombiano.

#### b. MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN: POLÍTICA DE PROTECCIÓN

El derecho de acceso a la justicia se da igualmente a través de órganos y procedimientos administrativos, para hacer efectivo el derecho de protección contra el desplazamiento forzado interno, que busca el restablecimiento de los derechos de la infancia desplazada.

En relación con los recursos para hacer efectivo este derecho a la protección, los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, Resolución 2005/35 de 19 de abril de 2005, establece<sup>14</sup>:

---

13 La mesa de organizaciones que trabaja en torno al Auto 251 está conformada por: Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado –COALICO–, Servicio Jesuita para Refugiados, Benposta Nación de Muchachos, Acción Colectiva de Objetores y Objetoras de Conciencia –ACOOOC–, Corporación Paz y Democracia, Corporación Vínculos, Defensa de los Niños Internacional –DNI–, Fundación Creciendo Unidos, Fundación para la Educación y el Desarrollo –FEDES–, JUSTAPAZ, Tierra de hombres –Alemania–, Plan Internacional, Cátedra UNESCO-Universidad Externado de Colombia–, Kid Save, Asomujer y Trabajo. Coordinado por: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES–.

14 En relación con los derechos que busca la víctima hacer efectivos en el ámbito judicial, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, Resolución 40/30 de 29 de noviembre de 1985, señala que la víctima tiene derecho al acceso a la justicia y a un trato justo, y establece la posibilidad de procedimientos y mecanismos administrativos:

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permi-

12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional.

Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a *órganos administrativos* y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno.

A tal efecto, los Estados deben:

b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas según proceda y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, *administrativo* o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas (cursiva añadida).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 39, establece el marco de protección de la infancia víctima del conflicto armado, como el mismo artículo la define. Esta infancia tendrá derecho a su *recuperación física y psicológica*<sup>15</sup> y a su *reintegración social*:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se

---

tan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: (...) (los eventos están referidos a justicia penal).

15 La Sentencia 1199 de diciembre 4 de 2008 declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 47 de la Ley 975 de 2005, cuyo texto es el siguiente:

La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Los servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación.

Este segundo inciso se demandó por considerar los demandantes que la inclusión de los servicios sociales brindados por el Gobierno a las víctimas dentro de los conceptos de reparación es equivocada y restringe indebidamente el alcance de estos conceptos, en perjuicio de los derechos de las víctimas.

llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Los mecanismos jurídicos de protección de tipo administrativo garantizan el derecho de protección de la infancia en situación de desplazamiento. Referido a la infancia, el artículo 41. 4 del CIA establece que el Estado debe asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.

En la integralidad de políticas públicas, la social debe hacer efectivos los derechos sociales, y la de seguridad debe ceñirse a la obligación del Estado de “respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que le sean aplicables en los conflictos armados que sean pertinentes para el niño”, establecida en el artículo 38 de la CDN. La política de protección, que busca el restablecimiento de los derechos de la infancia establecidos en el CIA, en relación con la política social, debe darse en un momento posterior y de forma residual<sup>16</sup>. Esta política no debe entenderse como una política de atención temporal y fraccionada, sino como una verdadera política de protección, cuyo fin es el restablecimiento de derechos.

La protección integral se define en el CIA, entre otros aspectos, como la seguridad del restablecimiento inmediato del derecho en caso de vulneración, en desarrollo del principio del interés superior. El artículo 20 establece que los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra, entre otras formas de vulneración de sus derechos, del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado.

Se deben diseñar y ejecutar programas especializados para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, que respondan a la protección integral, al tipo de delito, a su interés superior y a la prevalencia de sus derechos. El ICBF debe supervisar, en esta tarea, a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal. Para estos programas se debe hacer una distinción entre infancia acompañada de su grupo familiar y las niñas y niños víctimas que no se encuentran acompañados. En particular, en el caso del desplazamiento, es necesario por el porcentaje de infancia huérfana, fruto de las propias dinámicas de la guerra. Los programas deberán contar con componentes que consideren necesidades específicas derivadas del género, del aspecto étnico, del origen rural de las víctimas, etc.

El Auto 251 de 2008, en relación con los programas de protección a la población desplazada, indicó que “Los Principios Rectores de los Desplazamientos

---

16 Tiene una determinada posición frente a las otras políticas, como se describe en el artículo “Políticas de protección, dentro de las políticas públicas, en el marco de la protección integral: restablecimiento de derechos para la niñez maltratada” (MARIÑO ROJAS, 2009).

Internos, que concretan las obligaciones internacionales de Colombia en relación con las personas víctimas del desplazamiento forzado —derivadas del DIH y el DIDH— contienen una provisión general que consagra el deber de protección y atención especial de los niños, niñas y adolescentes desplazados”.

## II. AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO DE VÍCTIMA, EN LO JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO

No existe lo que no es nombrado, o representado, lo que no se puede nominar por falta de palabras. Se invisibiliza la infancia, no se le nombra en las instancias estatales encargadas de hacer efectivos sus derechos en el campo judicial y administrativo. El derecho a través del cual deben ser reconocidos todos los derechos es el del acceso a la justicia, que como mecanismo jurídico de protección se presenta por las dos vías analizadas.

El ex magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA, al realizar un balance de la actuación de la Corte Constitucional<sup>17</sup>, frente a las víctimas de desplazamiento, señala que los Autos 008 de 2009 y 200 de 2007 buscan superar su invisibilidad. Lo mismo se puede decir de los Autos 092, 251 de 2008 y 004 de 2009, frente a mujeres, niñas y niños, e indígenas, respectivamente.

### A. ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS Y NIÑOS VÍCTIMAS A TRAVÉS DE PROCESOS PENALES

Al buscar hacer un seguimiento al derecho de acceso a la justicia de niños y niñas víctimas de desplazamiento forzado interno, en la justicia especializada, se encuentran tres tipos de errores que lo imposibilitan, invisibilizando así esta instancia:

- Errores conceptuales
- Errores metodológicos.
- Errores operativos.

Errores conceptuales en la definición de las variables:

- No hay un reconocimiento de la infancia. La información no se encuentra desagregada por variables etarias en relación con las víctimas del desplazamiento.

---

<sup>17</sup> Conversatorio con las organizaciones de las mesas de seguimiento, acerca del Auto 092 y Auto 251, organizado por CODHES, en el contexto de transición de magistrados de la Corte Constitucional.

- No hay un reconocimiento de la infracción tipificada en el artículo 159, dentro del capítulo: Delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH; su ingreso, tanto en Fiscalía, como en el Consejo Superior de la Judicatura, se da bajo el tipo de desplazamiento como delito contra la autonomía personal, en el Título de Delitos contra de libertad individual y otras garantías del artículo 180 C. P., invisibilizando el conflicto armado interno.

#### Errores metodológicos:

- No se establecen indicadores en relación con derecho de acceso a la justicia de la niñez desplazada.

- Se manejan diferentes versiones del captador de información en el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial –SIERJU–. Al manejar diversas bases de datos:

- No hay uniformidad de las variables.

- A una misma variable se le asignan diferentes nombres.

#### Errores operativos:

- No existe un sistema de acceso directo a la información. Es difícil la obtención de información.

- La información para conocer las dinámicas del sistema penal en relación con las víctimas, es escasa.

- No se registra el ciento por ciento de la información.

- No hay estadísticas de víctimas desagregadas por variables etarias.

### B. ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE MECANISMOS ADMINISTRATIVOS

El Comité de los Derechos del Niño, en su informe de 2006, manifestó su preocupación por la falta de atención y asistencia específicas a la infancia desplazada.

En la sesión técnica de información ante la Corte Constitucional, sobre la adopción de medidas para superar el estado de cosas inconstitucional en el campo del desplazamiento forzado interno, en relación con la infancia, del 28 de junio de 2007, la Directora del ICBF manifestó que dicha entidad no cuenta con un programa específico dirigido a la atención de los niños desplazados, por considerar innecesario distinguir entre los niños beneficiarios a aquellas víctimas

de desplazamiento, por considerar que los componentes ordinarios de atención eran suficientes.

Para el momento del Auto 251, octubre de 2008, no existía un programa específico para la niñez desplazada sin acompañamiento. Los niños iban a un proceso administrativo, en el que se les imponía una medida de restablecimiento de derechos que básicamente buscaba la reunificación familiar. Si no se ubicaba a la familia, se enviaba al niño a un Hogar Sustituto o un Hogar Amigo; si ello no era posible (básicamente con los adolescentes), se le enviaba a una institución, en un programa ordinario para niñez abandonada. A estos programas se les vinculaba “prioritariamente”.

El ICBF desarrollaba, dentro de los cuatro programas dirigidos a la población desplazada, el de las Unidades Móviles de Atención y orientación que tenía dos momentos de atención:

i. El de emergencia.

ii El de estabilización, que remite a especialistas o sugiere terapias. No se contaba con un tratamiento terapéutico prolongado.

Estas unidades eran las que manejaban el componente de intervención especializada en todos los órdenes. En las Unidades Móviles se atendían los dos tipos de desplazados, tanto los del 159, como los del 180.

Esta situación va en contra del artículo 198 del CIA, que establece la necesidad de programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, que respondan a la protección integral, al tipo de delito, a su interés superior y a la prevalencia de sus derechos.

Igualmente, desconoce el Principio 4. 2 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, que consagran el derecho a la protección y asistencia especial de las niñas y los niños y, dentro de ellos de forma privilegiada, a aquellos “no acompañados”, ya señalado.

La valoración constitucional general de la respuesta estatal a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento que hace la Corte Constitucional, en el Auto 251 de 2008, con base en el informe del Director de Acción Social<sup>18</sup>, señala que existe una insuficiencia de la respuesta estatal a los niños en situación de desplazamiento, y una ausencia de un enfoque

---

18 Del informe presentado por el Director de Acción Social, el 16 de julio de 2007, la Corte Constitucional hace esta síntesis de la respuesta del Gobierno a la situación de la infancia desplazada:

(...) se afirma que el SNAIPD “cuenta en la actualidad con programas dirigidos a menores de edad en situación de desplazamiento y con componentes específicamente dirigidos a la población desplazada

diferencial etario, en la política pública de atención a la población desplazada. Según la Corte Constitucional, “no ha sido una respuesta específica para los menores de edad desplazados, sino una mera facilitación formal de su acceso a los programas gubernamentales ordinarios ya existentes”. La respuesta, según la Corte Constitucional, ha sido:

- (i) puntual, no sistemática ni integral,
- (ii) no específica,
- (iii) fragmentada y desorganizada
- (iv) tardía,
- (v) carente de la asignación de recursos para atender los derechos de los menores desplazados y de los funcionarios necesarios para lograr los objetivos trazados,
- (vi) jurídico-formal y
- (vii) carente de un enfoque de prevención.

De otra parte, hasta el momento no hay un sistema de seguimiento estadístico, ni consolidados unos indicadores para poder hacerlo. Existe un formulario para sistematizar los datos acerca de desplazamiento de adultos y niños. En el Auto 116 de 13 de mayo de 2008 se dijo que en la Sentencia T-025 de 2004:

---

dentro de los programas ordinarios adelantados por las entidades”, y se procede a explicar brevemente el alcance de los programas y los componentes en mención.

2.1. Los programas “direccionados directamente a la población desplazada”, se agrupan en dos categorías: (a) los programas desarrollados por el ICBF, y (b) las acciones de provisión de Ayuda Humanitaria de Emergencia bajo la coordinación de Acción Social.

(a) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desarrolla cuatro programas que el Director de Acción Social describe como “direccionados directamente a la población desplazada”: (1) las Unidades Móviles de Atención; (2) la Operación Prolongada de Socorro y Recuperación –OPSR; (3) la entrega de Raciones Alimentarias de Emergencia para niños; y (4) los Centros de Atención Integral a la Familia –CAIF.

(b) En cuanto a la fase de atención humanitaria de emergencia, el Director de Acción Social presenta, como uno de los programas “direccionados directamente a la población desplazada”, una descripción general de las ayudas humanitarias entregadas a familias desplazadas bajo la coordinación de Acción Social hasta abril de 2007, y de sus distintas modalidades de implementación, indicando que las familias beneficiarias de estas ayudas incluyen menores de edad.

2.2. En cuanto a los “programas ordinarios con componentes dirigidos a la población en situación de desplazamiento”, éstos se presentan en tres grupos: (a) los programas que desarrolla el ICBF, (b) los programas que desarrolla el Ministerio de Educación Nacional, y (c) el Programa Familias en Acción y el Programa Batuta.

(a) Los programas desarrollados por el ICBF “con componentes dirigidos a la población en situación de desplazamiento”, incluyen, según el Director de Acción Social: (i) la exención para los menores desplazados del pago de cuotas compensatorias en algunos programas ordinarios; y (ii) la prioridad en el acceso a tales programas por parte de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento.



“... la Corte señaló la ausencia de indicadores y mecanismos de seguimiento y evaluación como uno de los problemas más protuberantes de la política de atención a la población desplazada, que impedía dar cumplimiento y continuidad a la política, así como “*detectar los errores y obstáculos de su diseño e implementación, y (...) una corrección adecuada y oportuna de dichas fallas del cumplimiento de los objetivos fijados para cada componente de la atención a la población desplazada*”<sup>19</sup>.

## I. PROGRAMA DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA

La política de protección destinada a aquella parte de la niñez que se encuentra en situación de desplazamiento, debe realizarse dentro de la protección integral, que debe partir de reconocer a niñas y niños como sujetos plenos de derechos, bajo los principios de dignidad y no discriminación. En los procesos administrativos se buscará, a través de la medida impuesta, la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de la niñez desplazada.

Frente a las características que la medida de protección debe tener, la excepcionalidad de la institucionalización debe ser el principio del cual se parta, de acuerdo al artículo 20 de la CDN, ya que constituye privación de la libertad, en tanto corresponde a la descripción que de ella hace la Regla 11. b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de la Libertad.

Para escoger la medida a tomar se debe tener en cuenta, la continuidad en la educación y el “origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, aspectos éstos de gran relevancia frente a la infancia desplazada ya que los niños y las niñas provienen de diversas regiones, culturas y grupos étnicos.

Si la medida es la señalada en el artículo 53. 2, esto es un programa de atención especializada, el componente institucional debe ser minoritario y responder al criterio del incompleto institucional. El propio CIA determina que la finalidad de ésta, o cualquier medida, es el restablecimiento de sus derechos. Dentro de este restablecimiento, cada uno de los derechos perdidos debe ser restituido de forma integral y aquellos que nunca se han tenido, se deben instituir, por fuera de una institución, en tanto no se entiende una política de restablecimiento que solamente los otorga de manera temporal y fraccionada. Se debe articular el programa que se diseñe, con políticas sociales que aseguren la efectividad de los derechos de este orden de la niñez desplazada, respondiendo así a lo exigido en el Principio 1° de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, esto es el derecho al disfrute, en condiciones de igualdad, de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los de-

---

19 Sentencia T-025 de 2004, apartado 6.3.1.3.

más habitantes del país, teniendo en cuenta, además, la protección constitucional imperativa y prioritaria en el caso de la infancia.

De otra parte, cada uno de los derechos debe restablecerse sobre el presupuesto necesario para su ejercicio, la libertad. No se entiende una educación, salud integral, la recreación o participación en la vida cultural y en las artes, entre muros, sin ella. La interrelación en libertad, la creación de referentes sociales en ese escenario son básicos para un desarrollo integral de la infancia. La institucionalización creará identidades deterioradas, como lo anotara, hace medio siglo, ERVING GOFFMAN (1968). Una educación intramuros, con educadores y compañeros institucionalizados, reforzará una identidad cuyos referentes estarán dados por el encierro; así se definirá y asumirá, como una niña o niño de institución, identidad que dada su fase de desarrollo, difícilmente se modificará.

Romper la lógica del encierro es parte de la propuesta que las Naciones Unidas elaboró en las Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes<sup>20</sup> Privados de la Libertad, desde 1990, frente a la medida privativa de la libertad en el campo de la responsabilidad penal para adolescentes, en aquellos casos graves, que por un breve tiempo, y como *ultima ratio*, se aplica a los adolescentes infractores. Las Reglas 38 y 46 proponen romper la lógica de las instituciones totales, como las calificó GOFFMAN, a través de la apertura, para la educación y la salud, de los muros de la institución que encierra al adolescente, y así ofrecerle la oportunidad de educarse y sanarse en libertad.

Esta propuesta se debe tomar en todas las medidas que tome el Estado frente a las niñas o niños que impliquen privación de libertad, en especial dentro de su política de protección. Si la ruptura de la lógica de encierro es atendible en escenarios como el de la responsabilidad penal de adolescentes, con mayor razón debe ser tenida en cuenta para las medidas de restablecimiento de derechos. Superando así la forma tradicional de segregación a través del cual se “manejan” esta y otras vulneraciones de los derechos.

Hasta la fecha, y superado el término para la presentación del *Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado*, ordenado en el Auto 251, en el caso de la niña o niño sin acompañamiento, el programa de atención especializada en el que se les “ubica”<sup>21</sup>, por abandono, si no van a medio familiar (Hogar Sustituto y Hogar Amigo, entre otros), corresponde a una forma típica de institucionalización.

---

20 Me permito cambiar el sustantivo “menores” que no corresponde al sentido de las Reglas.

21 Medida establecida en el artículo 53. 2 del CIA, similar a la establecida en el artículo 57. 4 del CM.

En el informe presentado por RADHIKA COOMARASWAMY, Secretaria General Adjunta y Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados a las Naciones Unidas, 10 años después del informe de GRA A MACHEL de 1996, que señala los avances en relación con los niños y niñas en el conflicto armado se insiste en que el abordaje institucional se ha mostrado ineficaz. Para muchos las experiencias de cuidado colectivo dadas a través de la acomodación de grupos de jóvenes de la misma edad y condición que se integren fuertemente en comunidades, es necesaria.

Se deberá diseñar un programa propio, con la especificidad que requiere, programa construido dentro de un modelo contrario a la institucionalización. Se debe pensar en proyectos donde participen en su diseño, implementación y evaluación los propios niños, niñas y adolescentes, en libertad. Estos programas deben apuntar a la reintegración familiar y a su retorno, y ofrecer una efectividad en todos sus derechos, de acuerdo a la protección integral a ellos debida.

Este programa deberá contar necesariamente con componentes como el psicológico, dirigido específicamente a niñas y niños que han vivido la experiencia dolorosa de la guerra. La diversidad étnica o cultural deberá ser un criterio determinante de los contenidos. La defensoría de familia deberá apoyar judicial y administrativamente el restablecimiento de sus derechos en un espectro mucho más amplio que el ofrecido por las 7 opciones establecidas en el art. 53, exigiendo los derechos de estos niños a través de un derecho de acceso a la justicia fortalecido en atención al interés superior de la niña y el niño, a la calidad de sus derechos fundamentales y prevalentes y a la protección reforzada señalada. El programa debe admitir seguimiento y control.

Se da una gran distancia entre los derechos reconocidos de la infancia en situación de desplazamiento y lo que se puede constatar en la realidad de estos niños y niñas. Como en la sociedad *ormelliana*, solo existe lo que es nombrado con la *neo-lingua*; lo que no es traducible, lo inefable, lo que no se puede definir con el léxico disponible, no existe. La lengua estandariza, congela, solo existe lo que se reconoce a través de ella<sup>22</sup>. El desplazamiento no se registra como delito contra persona protegida por el DIH, y la infancia, en los procesos por desplazamiento, como delito contra la autonomía personal, se invisibiliza. En el ámbito administrativo no se ha diseñado un programa de atención especializada, por considerar que su situación de vulneración no requiere de un programa especí-

---

22 Los Manuales "oficiales" de estilo pueden ser un ejemplo, al indicar las acepciones aceptadas, los *Sustantivos* privilegiados.

fico. Las niñas y los niños en situación de desplazamiento al no ser reconocidos en las instancias encargadas de protegerlos, en el ámbito judicial y en el administrativo, sufren una victimización secundaria. De nuevo quedan relegados, al no ser reconocidos se les negará, como en el conflicto, sus derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ALVARADO, P. (2007). *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Centro de Investigación en Política Criminal (2003). *Encuesta de victimización*. En: CIPC. *Cátedra de Investigación Científica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CHRISTIE, N. (1998). *Los peligros de la sobrecriminalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COALICO. (Febrero 2007). [http://www.child-soldiers.org/2007-02-23-Informe\\_Fronteras\\_COALICO.pdf](http://www.child-soldiers.org/2007-02-23-Informe_Fronteras_COALICO.pdf) *Fronteras: la infancia en el límite*.
- Comité Coordinador. (2005). *Informe Alterno al Comité de Derechos del Niño*. Bogotá: Diseño Gráfico.
- Comité de los Derechos del Niño. (8 de junio de 2006). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, CRC/C/COL/CO/3*.
- Comité de Derechos Humanos. *Observación General n.º 31*, de mayo 26 de 2004.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. (2008). *Verificando el cumplimiento de los derechos*. Primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional. Bogotá: Ediciones Ántropos Ltda.
- CUERVO, J. (2005). Lineamientos de política pública para el acceso a la justicia de personas de escasos recursos. *Cuaderenos del CIPE*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GOFFMAN, ERVING. (1968) *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*. 7º ed. Turin: Einaudi.
- HULSMAN, L. (1990). *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel Derecho.
- MARIÑO ROJAS, C. (2009). Derechos de las niñas y los niños víctimas de los delitos contra personas protegidas por el DIH en el marco de la Ley de Justicia y Paz. En C. D. MARIÑO ROJAS, *Derechos de las niñas y los niños víctimas de los delitos contra personas protegidas por*

*el DIH en el marco de la LReparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz* Bogotá: Milla .

MARIÑO ROJAS, C. (2009a). Políticas de protección, dentro de las políticas públicas, en el marco de la protección integral: restablecimiento de derechos para la niñez maltratada. En C. Cátedra de Investigación Científica, *Mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MESSUTI, A. (1998). La víctima y el “no sujeto de derecho”, en *La revista de ciencias jurídicas. Colección victimología y criminología n.º 2* .

UNICEF. (2008). *Situación de la infancia: niñez desplazada y víctima del conflicto*. [www.unicef.org.co/o8-desp.htm](http://www.unicef.org.co/o8-desp.htm).

ZAFFARONI, E. (1993). *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Bogotá: Temis.

