

CIELO MARIÑO ROJAS

*Gobernanza en la construcción de política pública
para las niñas, los niños y los adolescentes desplazados
por el conflicto armado interno*

Resumen. En las transformaciones políticas contemporáneas, los conceptos tradicionales de gobierno no reflejan las dinámicas que han asumido las diversas formas de hacer política que cuentan con una mayor participación de la sociedad civil en su construcción. La gobernanza no responde a una forma de organización jerárquica: parte de formas horizontales de interacción social, donde la sociedad política y la sociedad civil desempeñan diferentes funciones, en ámbitos y momentos diversos de la política pública.

En el área de la infancia desplazada por el conflicto armado se ha planteado, desde los Autos de Seguimiento de la Sentencia T-025 del 2004 de la Corte Constitucional, la necesidad de elaborar política pública de atención para esta infancia, con la participación de las organizaciones de la sociedad civil y la academia, lo que constituye un ejercicio de gobernanza.

De esta forma el artículo se propone analizar las dinámicas y características del proceso de construcción de política pública para las niñas, los niños y los adolescentes, desde la gobernanza, en particular frente a las víctimas del desplazamiento forzado interno. Se establecen los elementos para la definición de una política pública de protección para las niñas, los niños y los adolescentes en situación de desplazamiento que responda a los principios y derechos reconocidos para esta infancia, dentro de la protección integral. Se analizan los mecanismos de protección de orden administrativo, estableciendo las características de las medidas que en los procesos de este orden se imponen. Dentro de este marco se aporta en el diseño de un programa de protección para las niñas y niños víctimas de desplazamiento que se encuentren sin acompañamiento, más allá de la institucionalización.

Palabras clave. Políticas públicas, gobernanza, organizaciones de la sociedad civil, sociedad política, participación, protección integral, política de protección y atención de la infancia víctima del desplazamiento forzado interno, programas de protección, desinstitucionalización.

CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Se entiende por política pública “el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables”, según ALEJO VARGAS VELÁSQUEZ, quien sostiene que la toma de posición se orienta tanto por una racionalidad técnica como política (VARGAS VELÁSQUEZ, 1999: 57). La actividad puede ir dirigida a sectores relevantes de su competencia, no necesariamente problemáticos, de la misma manera que se puede definir en términos negativos como un no hacer del Estado frente a tales problemas o sectores relevantes.

Aunque no se pueden establecer momentos absolutos y un orden determinado, la literatura sobre la materia suele reconocer tres momentos centrales dentro de la política pública: diseño, ejecución y evaluación, en relación con los cuales

se ubican otros. En cada uno de estos momentos se pueden encontrar diferentes actores, públicos y privados, con características diversas de su participación, dependiendo del momento del ciclo.

Se parte de la identificación de los problemas y la elaboración de una agenda, que en relación con los actores particulares, puede constituir un momento de gran incidencia de su labor, ya que el colocar en dicha agenda los aspectos relevantes de la órbita de sus intereses, constituye una de las formas de legitimación de su existencia y actuación. “El establecimiento de prioridades es la tarea fundamental de esta fase”, como señala RODRIGO VILLAR, en la introducción del libro *Organizaciones de la sociedad civil e incidencia en políticas públicas* (VILLAR, 2003: 19). Este momento lo describe JAVIER TORRES como momento de ingreso (TORRES, 2010).

El diseño, o formulación, es el momento de elaboración de la política de acuerdo a las estrategias de garantía de los derechos que se han reconocido. Puede representar una política de Estado, que significaría todo un desarrollo de política con proyección y vocación de permanencia, que se ve establecida por las obligaciones a que a nivel internacional ha adoptado el Estado, a través de los diferentes instrumentos internacionales que lo vinculan. La versión opuesta, fraccionada y temporal, será la de una política de gobierno que responde a los intereses del gobierno de turno y que se aleja de obligaciones adquiridas internacionalmente para responder únicamente a los intereses de los grupos económicos o políticos que se encuentren en el poder.

En este momento los actores privados, como las organizaciones de la sociedad civil, pueden y deben aportar en la determinación de los contenidos de política que consideren necesarios, para el goce efectivo de los derechos en el ámbito en que se desenvuelvan. Los insumos que aporten pueden estar dados tanto desde el conocimiento académico, como desde el saber propio de los diferentes grupos sociales. Estos insumos deben ser tenidos en cuenta efectivamente, no sólo escuchados, y en tanto sean realmente incluidos en el diseño de política se materializará la participación.

La ejecución o implementación corresponde a la sociedad política, en tanto ella es la responsable de la política pública. Si en escenarios específicos la sociedad civil participa, lo hará en desarrollo de su quehacer social y no responderá políticamente por ello. El riesgo de asumir funciones que son de competencia del Estado se encuentra en legitimar la ausencia de él en dichos escenarios, descargándolo de funciones que le son propias. Ejemplo de ello, la participación tradicional de particulares en ámbitos de protección que responde a modelos tutelares frente a poblaciones históricamente vulneradas, *regentadas*, en su mayoría, por grupos religiosos.

Si bien seguimiento y evaluación no son lo mismo, de acuerdo a los diferentes enfoques que se plantean, corresponden ambos a un momento posterior al diseño e implementación que alimentan o retroalimentan el nuevo ciclo o la continuación del que se desarrolla. Tanto el seguimiento como la evaluación buscan determinar si se cumple con los cometidos propuestos y sus resultados deben ser tenidos en cuenta para realizar los ajustes necesarios a la política que se analiza.

El seguimiento se da de forma concomitante a la ejecución de la política y puede ser realizado por personas u organizaciones diferentes a los ejecutantes de la política. Como lo señalan VAITSMAN, RODRIGUES y PAES-SOUSA (2006: 27), el seguimiento se puede definir como

... el acompañamiento continuado y cotidiano [...] del desarrollo de los programas y políticas en relación con sus objetivos y metas. Se trata de una función inherente a la gestión de los programas, mediante la cual ha de poderse proveer a los gestores de programa de información sobre el mismo y auxiliarles en la adopción de medidas correctivas para mejorar su operacionalización.

Los mismos autores señalan que el concepto es ambiguo en tanto puede referirse a dos procesos diversos pero interconectados. De una parte se constituye como una actividad interna de la organización, dada, básicamente, por la generación regular de indicadores, y de otra, se refiere a

... verificaciones locales que acaban constituyendo un tipo de estudio rápido, cualitativo, a través del cual gestores, investigadores y otros agentes pueden verificar cómo se está realizando la implementación, y si está logrando los objetivos, además de comprobar qué problemas están interfiriendo en las acciones, procesos y consecución de los objetivos previstos (VAITSMAN, RODRIGUES y PAES-SOUSA, 2006: 22).

De manera que actores privados pueden igualmente realizar dicho seguimiento, analizando la política, dentro de los parámetros con los cuales se diseñó y de acuerdo a las metas que se ha propuesto.

La fase de evaluación se encontraría, teóricamente hablando, en el último momento del ciclo de política pública. Pero en tanto no existen cortes definitivos en la realización del ciclo, se plantea más como un momento metodológico, para hacer un análisis y evaluación que incluso puede tener como objeto los procesos mismos de implementación. La evaluación se ocupa de valorar los procesos y resultados de la política pública. Según VAITSMAN, RODRIGUES y PAES-SOUSA (2006: 23),

[1]la evaluación suele realizarse mediante estudios específicos que buscan analizar aspectos como relevancia, eficiencia, efectividad, resultados, impactos o la sostenibilidad de programas y políticas, según lo que se definiera en sus objetivos. Su objetivo es mejorar las actividades en marcha y suministrar información para la planificación, la programación y la toma de decisiones futuras” realizadas generalmente por instituciones externas.

Ahora bien, la evaluación se puede realizar directamente por quien ejecutó la política, en un ejercicio de autoevaluación. Tanto si se realiza por actores externos, como por la propia institución gestora, se deben tomar como marco para la evaluación los elementos constitutivos de la política pública y sus objetivos. Además, en tanto política pública, se deben tener en cuenta las obligaciones establecidas por marcos más amplios y vinculantes, en el caso de que no hubiesen sido tenidos en cuenta en su diseño.

DIEGO DORADO, Jefe de la Dirección de Evaluación de Políticas Públicas del Departamento Nacional de Planeación –DNP–, señala, en relación con la evaluación, que debe ofrecer recomendaciones rigurosas y efectivas para los tomadores de decisiones que ayuden a mejorar la gestión pública (DORADO, 2010).

GOBERNANZA

La participación ciudadana que se da en cada uno de los momentos del ciclo de política pública, describe una nueva forma de hacer política. La globalización ha dado lugar a formas de gobierno que se caracterizan por la participación, distantes de los modelos tradicionales de relaciones de poder verticales, donde desde arriba se imponían las políticas, sin consulta ni diálogo con los destinatarios. Esta nueva forma de hacer política legitima el actuar del Estado, la subordinación jerárquica queda atrás para dar lugar a la interacción entre la sociedad civil y la sociedad política. Este modelo se da tanto en la escena internacional, global, como en la nacional o local. En los ámbitos nacionales las diferentes organizaciones sociales de la sociedad civil han adquirido protagonismo en el de las políticas públicas a partir de este nuevo marco de la gobernanza.

El concepto de gobernanza como el de un nuevo modo de gestión de los asuntos públicos, donde la sociedad civil puede intervenir, pero además resulta un imperativo de su quehacer social, es recogido en la primera acepción que del término trae el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua al definirlo como

Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía (2001).

En este nuevo concepto de la gobernanza, dice CLAIRE LAUNAY (2006) se analiza el funcionamiento del Estado al igual que su interacción y relación con otros actores públicos y privados:

El sentido del concepto de gobernanza está estrechamente relacionado con los cambios acontecidos en los últimos treinta años en la escena mundial. En efecto, la globalización, los avances tecnológicos, el auge de organismos no gubernamentales y el creciente papel político de la sociedad civil han provocado una crisis del modelo tradicional del Estado. De un lado, el Estado pierde su papel rector con respecto al desarrollo de la sociedad y a la regularización de la vida pública; de otro lado, tiene que interactuar con nuevos actores públicos y privados, nacionales e internacionales (LAUNAY, 2006).

Esta nueva forma de hacer política está estrechamente ligada a un elemento central dentro de la democracia, la participación, que aseguraría la intervención de diferentes actores en la construcción de política pública. Se pretende que ello responde a un cambio en las relaciones de poder, pero solamente se trataría de una mayor participación de la sociedad civil en la política pública, sin desarticular las relaciones económicas y políticas existentes. Esta participación sirve para obtener una mayor legitimación de las políticas adoptadas, pero se puede observar una ausencia de interés político en las propuestas de los grupos de la sociedad civil, si éstas no representan los intereses de los gobiernos o grupos económicos. La consulta, aun cuando es un mecanismo específico en relación con los pueblos indígenas, resulta un ejemplo de ello, en tanto se realizan consultas formales y las decisiones no reflejan, en muchos eventos, los intereses o necesidades de los pueblos, sin embargo el uso de este mecanismo proyecta una imagen de participación que legitimaría las decisiones tomadas.

En el ámbito internacional el documento de la Unión Europea –UE–, *La gobernanza europea: un libro blanco* (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001), brinda una definición y propone unas estrategias que concretan la gobernanza en este escenario. El documento propone un concepto de gobernanza que “designa las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia”. Esta gobernanza busca “abrir el proceso de decisión política para dotarlo de unos mayores niveles de integración y responsabilidad. Un mejor uso de sus poderes debería permitir a la UE una conexión más directa con sus ciudadanos y dar lugar a unas políticas más efectivas”. Se propone, a través de la gobernanza, un diálogo más sistemático tanto al interior de la Unión, con los representantes de los organismos regionales y locales “en una fase precoz de la elaboración de las políticas”, como hacia los países por fuera de la Unión, mejorando el diálogo

con los agentes gubernamentales y no gubernamentales de otros países, en el marco de la elaboración de propuestas políticas que revistan una dimensión internacional.

En el escenario nacional se pueden analizar diferentes procesos que se han dado en torno a la gobernanza, uno de ellos, en el ámbito de los derechos de la infancia y adolescencia.

POLÍTICA PÚBLICA DE INFANCIA Y GOBERNANZA

El principio de la protección integral de la infancia enunciado en la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– y en los artículos 44 y 45 de la Constitución Política de Colombia, hasta hace poco no se traducían en una política de Estado. La política de infancia estaba constituida por programas o políticas de gobierno, sin la coherencia y continuidad necesarias. Con el Código de la Infancia y la Adolescencia –CIA–, del 8 de noviembre de 2006, se estableció que las políticas públicas de infancia y adolescencia deben ser políticas de Estado y, acorde con el marco normativo internacional, se determinó, en su artículo 7.º, que en el conjunto de políticas públicas, planes, programas y acciones se materializará la protección integral de la infancia. La ciudadanía de las niñas y los niños se hará posible por este conjunto de políticas que de forma integral aseguran cada uno de los derechos que la constituyen.

Según BARATTA (1998: 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.º 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; ello exige la “coordinación y sinergia de todos los actores potencialmente competentes”.

Si bien el Código de la Infancia y la Adolescencia determina que los responsables del diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas, en los ámbitos nacional, departamental y municipal, son el presidente, los gobernadores y los alcaldes, quienes deberán responder disciplinariamente por el incumplimiento, define igualmente las políticas públicas de infancia y adolescencia como el “conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de

la familia”, para garantizarles su protección integral. El nuevo marco normativo establece que a través de la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de los planes, programas, proyectos y estrategias se ejecutan las políticas. De esta manera incluye el concepto de gobernanza dentro de la definición misma de políticas públicas de infancia y adolescencia, entendida como la participación de la sociedad civil en cualquier momento del ciclo de las políticas públicas.

En la gobernanza, como forma de participación, las niñas, niños y adolescentes deben estar presentes como miembros constitutivos de la familia y en general de la sociedad, en tanto son destinatarios de las políticas y su voz debe ser escuchada y ser tenida en cuenta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pero en relación con los niños y niñas en situación de desplazamiento, la Corte Constitucional, en su Auto 251 de 2008, señaló:

La participación de los menores de edad en situación de desplazamiento en la formulación de la política pública y la adopción de decisiones que les atañen directamente se ve dificultada por la escasa importancia que se le otorga a sus voces y opiniones; en la percepción de los menores de edad, particularmente los adolescentes, o bien no se les toma en cuenta en absoluto para la adopción de determinaciones trascendentales para sus vidas, o bien se les oye de manera formal, sin tomarlos en serio.

En el marco de la gobernanza es necesario, como se ha demandado reiteradamente por el Comité Internacional de los Derechos del Niño en diferentes informes, un sistema de información que permita hacer un seguimiento y evaluación constantes por parte de diferentes actores (2006).

La gobernanza como participación de actores privados, entre ellos, los propios niños y niñas, en los diferentes momentos de la política pública de infancia y adolescencia, es determinante frente a la efectividad de sus derechos. Como anota BARATTA (1998: 32),

... la diferencia entre lo público y lo privado no coincide necesariamente con la que existe entre sujetos públicos y privados. Las actividades de sujetos privados pueden cumplir o contribuir a cumplir funciones públicas. La participación de la sociedad civil en las políticas sociales es un momento esencial en el desarrollo de la democracia participativa y puede jugar un papel trascendente en la políticas de protección de los derechos de la infancia.

EJERCICIOS DE GOBERNANZA EN LA CONSTRUCCIÓN
Y EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA PARA LAS NIÑAS,
LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES EN SITUACIÓN
DE DESPLAZAMIENTO

Como concreción de gobernanza y en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, el Centro de Investigación en Política Criminal –CIPC– ha participado en dos ocasiones en torno a la política pública de niñas y niños en situación de desplazamiento. Los dos ejercicios se presentan frente a diferentes dimensiones y momentos del ciclo de la política pública de acceso a la justicia. Un ejercicio de gobernanza se dio en torno a la construcción de la política pública de protección dirigida a la infancia víctima de desplazamiento, y el otro, en relación con la política pública de justicia para la población víctima de desplazamiento forzado interno, donde se presentó una propuesta de esta política al igual que indicadores de resultado del goce efectivo del derecho de justicia, desde las perspectivas etaria, étnica y de género.

Los dos ejercicios se relacionan con políticas que hacen parte del conjunto de políticas públicas que de forma integral están llamadas a hacer efectivos los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes vulnerados por el desplazamiento forzado interno. De forma particular, las dos políticas garantizan el acceso a la justicia en su doble dimensión, judicial y administrativa. Las dos dimensiones de este derecho, frente a esta población, fueron analizadas en el artículo del libro de la Cátedra Unesco del año 2009 (C. MARIÑO ROJAS: 112).

En relación con la política propuesta como respuesta al Auto de la Corte Constitucional que invitaba a la realización de documentos académicos y técnicos por parte de universidades, centros de investigación y organizaciones especializadas, en el marco de los Autos de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, el CIPC presentó una propuesta de política pública de justicia para las víctimas de desplazamiento forzado interno e indicadores de resultado del goce efectivo del derecho a la justicia de esta población, donde el componente etario fue uno de los ejes centrales, como se anotó. El derecho de acceso a la justicia es aquel a través del cual la víctima puede hacer efectivo su derecho a la justicia en su sentido estricto, esto es, el derecho a que se investigue, juzgue y sancione, evitando la impunidad. Para esta propuesta, el acceso a la justicia se abordó desde los mecanismos judiciales, sólo de forma tangencial se tuvo en cuenta la dimensión administrativa.

El otro ejercicio de gobernanza, primero en orden cronológico, pero a partir del cual se esboza en este artículo la propuesta de política pública de acceso a la justicia a través de mecanismos administrativos, se origina en el Auto 251 del 6

de octubre de 2008 de la Corte Constitucional, en el marco, igualmente, de la superación del Estado de Cosas Inconstitucional –ECI– declarado en la Sentencia T-025 de 2004. En el marco del diálogo generado entre los diferentes actores privados y el gobierno se propusieron diferentes elementos para el diseño de la política pública de protección de la infancia en situación de desplazamiento que harían parte del Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado, ordenado en el Auto. El acceso a la justicia, a través de mecanismos judiciales, se proponía transversal al Programa.

Los mecanismos administrativos, que no fueron propuestos en ese momento, se centran en un programa de protección específico para las niñas y los niños sin acompañamiento, el cual debe ser parte, igualmente, del Programa. Los elementos para el diseño del acceso a la justicia, en esta dimensión administrativa, se desarrollan más adelante.

El proceso dentro del cual se dio este diálogo partió de la consideración de la Corte Constitucional acerca de la obligatoriedad de la participación de las organizaciones de población desplazada y de aquellas promotoras de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado, en el diseño e implementación de este Programa. El proceso generado a raíz de esta consideración representó una oportunidad de trabajo mancomunado para la construcción de políticas entre diferentes personas y organizaciones de la sociedad civil y de interrelación con las instancias oficiales responsables de la política general.

En la parte motiva del Auto 251 se indicaba que el Director de Acción Social debía garantizar la participación convocando a una sesión pública, para determinar la ruta a seguir en el diseño e implementación del Programa. Se ordenaba de igual forma al Director de Acción Social que debía enviar un informe detallado a la Corte Constitucional, en donde se indicara, entre otros aspectos,

... (a) cuáles organizaciones fueron involucradas en el proceso de diseño de este Programa, cómo se les invitó a participar, y cuál fue el alcance de su participación; (b) cuáles propuestas formales presentadas por estas organizaciones fueron aceptadas por Acción Social e incorporadas en el diseño del programa, cuáles fueron rechazadas, y las razones que sustentaron dicha decisión.

En la parte resolutive del Auto 251 la Corte ordenaba que el Ministro del Interior y de Justicia, la Directora del ICBF, la Ministra de Educación, el Ministro de la Protección Social, el Ministro de Defensa y el Director del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersona, en forma conjunta y bajo la coordinación

del Director de Acción Social, diseñaran e implementaran el Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado y se insistía en que se debía “garantizar la participación activa de las organizaciones que promueven los derechos de los niños afectados por el conflicto armado dentro del proceso de diseño” del Programa y de los proyectos piloto de prevención y atención. Dentro de ellas se encontraban: 1. Plan Internacional; 2. Save the Children; 3. Servicio Jesuita para Refugiados; 4. Coalición contra la Vinculación de Niños, Niñas y Jóvenes al Conflicto Armado; 5. Fundación Dos Mundos; 6. Consejo Noruego para Refugiados; 7. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado; 8. Pastoral Social de la Iglesia Católica, y 9. Fundación Restrepo Barco. Se le comunicó el Auto a estas y a otras organizaciones nacionales e internacionales para garantizar la más amplia participación en el proceso de cumplimiento de las órdenes impartidas y en particular en los procesos de diseño e implementación del Programa.

La Corte indicó que también podrían incluirse otras organizaciones que promovieran los derechos de los niños, niñas y adolescentes desplazados en Colombia. Dentro de ese marco el CIPC, en desarrollo del trabajo realizado en el escenario de los derechos de la infancia y la adolescencia y, en particular, de la investigación desarrollada sobre el derecho de acceso a la justicia de las niñas y los niños víctimas del desplazamiento forzado interno en Colombia, participó en los diferentes momentos de este proceso de construcción de política pública.

Se conformó la Mesa de Seguimiento del Auto 251 con la presencia de 24 organizaciones de la sociedad civil, provenientes de organizaciones nacionales e internacionales, con representación en Colombia, que desde finales del mes de octubre de 2008 trabajaron activamente para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional, en relación con el diseño de los quince proyectos piloto y el programa general de protección. Los diferentes actores, con diversas perspectivas, se agruparon por derechos. Entre ellos, además de las ya mencionadas, se encontraban: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Codhes, Viva la Ciudadanía, Taller de Vida, Benposta Nación de Muchachos, Alianza por la niñez, Kid Save, 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– y el CIPC (Cátedra Unesco) –Universidad Externado de Colombia–. Además se contó con la participación de organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, OACNUDH, Acnur y Unicef. La presencia de los NNAD se dio a través del trabajo que realizan en campo la mayoría de las organizaciones.

El seguimiento a las propuestas que se presentaron se llevó a cabo a través de reuniones convocadas por Acción Social, en torno al diseño, puesta en marcha y seguimiento de los proyectos piloto de prevención y atención implementados en 15 regiones del país, así como a la formulación del Programa de Protección Diferencial.

El Gobierno presentó el Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes Desplazados: “Mis Derechos Primero”, a través de un primer documento, en octubre de 2009, documento que se ajustó y presentó de nuevo a comienzos de 2010. La Mesa realizó un análisis del Programa propuesto por el Gobierno, que ofrecía una primera evaluación de su formulación y en él se señalaba que a pesar de los aportes de la Mesa, presentados a partir de lo dispuesto en el Auto 251, en relación con la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado interno, el Programa del Gobierno no los tuvo en cuenta. La Mesa de Seguimiento del Auto consideró que el diseño e implementación de la política pública del Gobierno, tanto en los doce proyectos pilotos de atención, los tres proyectos pilotos de prevención y protección, como en el Programa, no respondían a la condición de sujetos de protección constitucional prioritaria e imperativa que tienen los niños y las niñas en situación de desplazamiento, por lo que era necesario que tuviera en cuenta de manera suficiente los riesgos especiales, los problemas transversales y las áreas críticas.

A pesar de este balance donde se concluye que la sociedad política no acogió las propuestas de los diferentes actores privados en este ejercicio de gobernanza, a continuación se señalan brevemente los aportes presentados para la construcción de la propuesta en el ámbito de los mecanismos judiciales de acceso a la justicia y se proponen elementos para una política pública de protección de orden administrativo no incluidos en los aportes de la Mesa.

PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA PARA LA INFANCIA EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

En el Auto 251 de 2008 se dijo que los niños, niñas y adolescentes colombianos en situación de desplazamiento: “no son tratados de manera acorde con su estatus 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”. En relación con la política pública de atención señaló:

... la política pública de atención a la población desplazada carece de un enfoque integral de atención diferencial a los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento, que sea sensible a los riesgos especiales en el marco del conflicto armado que generan un impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre ellos, a los problemas transversales diferenciados que vulneran sus derechos fundamentales durante el desplazamiento, y a los ámbitos críticos de intensificación de dichos problemas transversales diferenciados [...] las autoridades colombianas están en la obligación constitucional e internacional de incorporar un enfoque integral diferencial de prevención y protección que responda a la realidad de los niños, niñas y adolescentes desplazados...

Frente a ello el Auto ordenó un *Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado* que debería incluir dos componentes centrales:

Prevención, que incluyera los distintos riesgos especiales¹ que causan el impacto desproporcionado del desplazamiento sobre los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento –NNAD–, como la Corte los designa.

Atención integral a los NNAD, que tuviera en cuenta los diferentes problemas transversales² diferenciados que sufren los NNAD, con debida atención a sus áreas críticas de intensificación.

-
- 1 La Corte Constitucional, en su Auto 251 señala que “los niños, niñas y adolescentes están expuestos a riesgos especiales en el marco del conflicto armado –v.g. los riesgos (i) de ser víctimas de crímenes individual y deliberadamente cometidos contra su vida e integridad personal por los actores armados, (ii) de reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales, (iii) de ser víctimas excesivamente frecuentes de minas antipersonal y material bélico sin explotar, (iv) de ser incorporados a los comercios ilícitos que soportan a los grupos armados ilegales, (v) de ser víctimas de los alarmantes patrones de violencia sexual contra niñas y adolescentes –y también contra niños–, y (vi) de soportar las estrategias de control social de los grupos armados ilegales que operan en amplias zonas del país, las cuales llevan implícitas pautas de control que restringen y ponen en riesgo a los menores de 18 años–. Estos riesgos, a su vez, causan el desplazamiento forzado suyo, de sus familias y sus comunidades”. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 6 de octubre de 2008, Auto 251 de 2010, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
 - 2 La Corte Constitucional, en su Auto 251 establece ocho tipos de problemas transversales diferenciados: “(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”. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión, 6 de octubre de 2008, Auto 251 de 2010, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

El Auto ordenó, asimismo, el diseño y ejecución de tres proyectos piloto de prevención de tres riesgos que son causa de desplazamiento forzado: el reclutamiento forzado; las minas antipersonal y municiones sin explotar y la victimización de los NNAD, por las estrategias de control social de los grupos armados al margen de la ley. Igualmente, se ordenó el diseño y ejecución de doce proyectos piloto en el ámbito de la atención a los NNAD en doce ciudades especialmente afectadas por la violencia política.

Frente a las órdenes de la Corte Constitucional y en relación con el acceso a la justicia a través de mecanismos judiciales, se señaló la necesidad de incluirlo transversalmente en el Programa para la Protección Diferencial de los NNAD, en tanto el Auto 251 de 2008 consideraba, dentro de los ocho tipos de problemas transversales diferenciados, en relación con las niñas y niños en situación de desplazamiento, que existen “problemas graves en el ejercicio de sus derechos como víctimas particularmente indefensas del conflicto armado y del delito”, pero no ordenaba que se hiciera efectivo el derecho de acceso a la justicia en forma de mandato explícito a ser llevado a cabo en el escenario de la justicia penal. En el Auto se constataba que existen múltiples situaciones de victimización derivadas de infracciones penales, la mayoría de las cuales se refieren a delitos contra persona protegida de manera especial por el DIH, infracciones que son causa o resultado de la situación de desplazamiento. Se requiere, entonces la garantía de los mecanismos judiciales, como mecanismo de protección jurídica, para lograr la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las niñas y los niños víctimas, en tanto se trata de sujetos de protección constitucional prioritaria (C. MARIÑO ROJAS, 2009a: 120).

En relación con el acceso a la justicia, a través de mecanismos administrativos, se propone un *programa de protección para las niñas, los niños y los adolescentes no acompañados*, en situación de desplazamiento. Algunos aspectos de este programa han sido abordados tangencialmente en los anteriores artículos de la Cátedra Unesco. Aun cuando no es un elemento de los ordenados en el Auto 251 de octubre de 2008, de la Corte Constitucional, para la construcción del *Programa para la Protección Diferencial de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al Desplazamiento Forzado*, es un componente necesario frente a la política de acceso a la justicia, en relación con el sector más vulnerable dentro de esta infancia, para el cual no se ha formulado un programa de protección específico, como se ha venido insistiendo en los dos artículos precedentes. Se señalan a continuación los elementos que debe tener este programa de protección para las niñas, los niños y los adolescentes no acompañados, víctimas de desplazamiento.

ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA
DE PROTECCIÓN PARA LAS NIÑAS , LOS NIÑOS
Y LOS ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS,
EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

La concepción que se tenga de la infancia determinará el tipo de protección que se le brinde. Dentro del paradigma de la situación irregular, tradicional en este escenario, que pervive aún en los modelos de pensamiento de algunos operadores, se ofrecían servicios y atención en clave tutelar, como medida tangencial a una situación estructural que la había generado. La política pública de protección, dentro de la protección integral, debe entenderse como política de restablecimiento de ciudadanía, a través de la restitución de los derechos que la constituyen, y se presenta cuando, aún con políticas públicas que garanticen todos sus derechos, dirigidas a toda la infancia, se da una forma de desprotección, un caso particular de vulneración de derechos.

GARCÍA MÉNDEZ, citado por BARATTA, en el artículo “Infancia y democracia” (1998: 32), ilustra la distribución de las políticas públicas de protección para la infancia, en el marco de la Convención, utilizando la forma piramidal, cuya área disminuye en dirección ascendente. En un primer nivel se encuentran las políticas sociales básicas que están llamadas a hacer efectivos los derechos sociales, entre ellos la educación y la salud y en relación con las cuales las otras políticas son residuales (BARATTA, 1998). En los otros niveles ubicamos la política de protección y la política criminal³, el orden obedece a la posición que estas dos políticas deben ocupar en el momento de su ejecución, dentro de la protección integral. De esta manera, en el segundo nivel se encontrará la política de protección, en sentido estricto, destinada a hacer efectivos los derechos de este orden, esto es, los derechos de protección frente a vulneraciones específicas de derechos de la infancia. El derecho de acceso a la justicia, a través de mecanismos administrativos, hace posible que se concreten los derechos de protección. Estos procedimientos deben observar el debido proceso de orden administrativo, que comprendería a su vez la ejecución de la medida correspondiente (medidas administrativas de restablecimiento de derechos). El Estado no estaría legitimado para aplicarlas cuando su causa ha sido la ausencia de políticas sociales, más aún si se considera que algunas de estas medidas pueden constituir limitación o privación de derechos, como se verá más adelante. Como *ultima ratio* se encuentra

3 La figura propuesta por los autores se divide en cuatro niveles: políticas sociales, políticas de ayuda social, políticas correccionales y políticas institucionales: A. BARATTA (1998).

la política criminal, por la significación que la aplicación de una política de este orden tiene frente a cualquier persona, en especial, frente a los adolescentes y que conlleva, en algunos casos, restricción o supresión de derechos. Es por ello que el Estado no estará legitimado para aplicarla si la no efectividad de los derechos sociales ha influido en la realización de la infracción penal. Esta política hace efectivo el derecho fundamental al debido proceso judicial⁴ de los adolescentes a los que se les imputa, acusa o condena por un comportamiento definido como infracción penal, tanto en el proceso, como en la ejecución de la sanción (sanciones pedagógicas, dentro de un marco de justicia restaurativa).

En la integralidad de las políticas públicas, las políticas sociales deben hacer efectivos los derechos sociales, por ello se les debe dedicar la mayoría de los recursos, ya que por su intermedio se garantizará la inserción social y la posibilidad del ejercicio de la ciudadanía de las niñas y los niños (BUSTELO y MINUJÍN, 1997: 7). Estas políticas constituyen la mejor prevención de las violaciones que dan lugar a la política de protección. Esto es fundamentalmente cierto frente a la infancia desplazada en el conflicto armado interno, ya que la población que resulta especialmente perjudicada por el conflicto es aquella más vulnerada por la ausencia de políticas sociales.

Las políticas sociales resultan ser, dentro de modelos de ciudadanía asistida, políticas asistenciales que no construyen ciudadanía, sino que perpetúan dependencias. A las políticas asistenciales se les destinan sumas ingentes, que resultan más económicas que una verdadera y necesaria política social. Así como frente a la relación política social-política penal NILS CHRISTIE señala: “se gobierna desde lo penal” (CHRISTIE, 2004: 57), se puede ilustrar la relación política social-política asistencial con la expresión: *se gobierna desde lo asistencial*, denotando así que se escapa, en este escenario, hacia este ámbito dejando de lado la garantía de los derechos fundamentales, actuando en escenarios reducidos que tienen un gran capital simbólico, a través de los cuales se envía el mensaje de que se actúa, se gobierna (C. MARIÑO ROJAS, 2009b: 80). La propuesta asistencialista asegura el mantenimiento de las condiciones dentro de las cuales se presenta.

En el marco conceptual de la ponencia al primer debate del CIA se lee:

Cada vez resulta más clara la necesidad de establecer la conexión entre la regulación normativa con las Políticas para que unas y otras puedan cumplir su misión. Cuando el proyecto de Ley señala los mínimos que se deben cumplir para garantizar los derechos,

4 Cuando la víctima acude al proceso penal, lo hace en virtud de su derecho de acceso a la justicia en el proceso penal, lo que le permitirá alcanzar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

éstos a su vez se constituyen en un referente para el diseño de las políticas y su inclusión en los planes de desarrollo en los ámbitos nacional, departamental y municipal...-

La principal política pública, dentro de la protección integral de la niñez, son las políticas sociales cuya ausencia será la causa de la mayor parte de situaciones de vulneración. Como anota BARATTA (1998: 33): “El principio central de la estrategia dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia es el de restablecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre éstas y las otras políticas públicas previstas en la Convención”; esto es, sostiene el autor, que las políticas sociales tienen una función primaria y general respecto a las restantes políticas para la infancia.

Como se anotó, las políticas sociales para la infancia y su familia son la mejor prevención en materia de protección. En los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos⁵, el Principio quinto establece:

Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas.

Serán políticas sociales, que fortalezcan a las poblaciones tradicionalmente vulneradas y expuestas al conflicto, al lado de políticas que velen por la protección especial de las niñas y los niños frente a situaciones de riesgo generadas por el conflicto armado interno, las que se deben implementar, en tanto se trata de sujetos con una protección privilegiada, que se deriva tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del DIH, como del marco constitucional y legal. Políticas públicas que protejan integralmente a la familia y la infancia evitarán el desplazamiento y el debilitamiento o ruptura de la familia, de las que se deriva la separación del niño o de la niña de sus padres o hermanos.

De esta forma se dejará reducida la intervención administrativa de la política de protección a eventos particulares de desprotección, en un momento posterior en relación con la política social que buscará el restablecimiento de los derechos vulnerados.

5 Consejo Económico y Social –Ecosoc–, ONU. Documento E/CN.1/1998/53/Add.2, del 11 de febrero de 1998, del 54 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos.

PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA INFANCIA EN DESPLAZAMIENTO

La necesidad de proporcionar a la infancia en situación de desplazamiento una protección especial se deriva del desarrollo de la protección especial que tiene la infancia en ámbitos específicos del conflicto armado. La protección especial, en relación con toda la infancia, se enunció en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y se reconoció en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.2, donde se señala que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”; en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre que establece, en su artículo VII, que todo niño tiene derecho a “protección, cuidados y ayuda especiales”; en la Declaración de los Derechos del Niño, donde se parte de la consideración de la necesidad de protección y cuidados especiales y se establece, en su Principio 2, su protección especial; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra en su artículo 24.1, que todo niño tiene derecho a “medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.3 que establece: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra en su artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; en el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana en relación a los DESC, donde se consagra, en su artículo 16, el mismo derecho.

La CDN establece en su Preámbulo que los niños deben: “recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, y consagra, en su artículo 3.2, que se debe “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”. Al referirse específicamente, en su artículo 20.1, a “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar” la Convención señala que “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, y establece entre los cuidados “la colocación en instituciones adecuadas de protección” (20.3), con unas características para su imposición que más adelante se establecerán. En su artículo 39 la Convención 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, y a su reintegración social. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

A más del reconocimiento de esta protección especial dentro de los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos citados, desde el DIH, el Protocolo I, adicional a los cuatro Convenios, en su artículo 77.I, consagra explícitamente el principio de protección especial de los niños en conflictos armados internacionales:

Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.

A su vez el Protocolo II, en su artículo 4.º titulado “Garantías fundamentales”, en su numeral 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...”.

El artículo 38 de la CIDN, norma de DIDH con contenido específico referido a los conflictos armados, establece, en su numeral 4.º el principio de la protección especial de las niñas y los niños en la guerra:

[...] 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.

Los Principios Rectores del Desplazamiento 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. En relación con la infancia, el Principio 4.2 señala que

... ciertos desplazados internos, como los niños, *especialmente los menores no acompañados*, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales (cursiva fuera de texto)⁶.

6 La Corte Constitucional, en su Auto 251, frente a este principio señala: “Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, que concretan las obligaciones internacionales de Colombia en relación con las personas víctimas del desplazamiento forzado –derivadas del DIH y el DIDH– contienen una provisión general que consagra el deber de protección y atención especial de los niños, niñas y adolescentes desplazados”.

En el ámbito nacional el artículo 41.4 del CIA determina que el Estado debe asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados. Dentro de los derechos de protección se encuentran, según el artículo 20 del CIA, numeral 11, la protección contra el desplazamiento forzado, al lado de la protección contra otras situaciones de vulneración de derechos en el conflicto armado interno, como el reclutamiento, las minas antipersonal y la propia exposición al conflicto.

PROGRAMAS DE PROTECCIÓN

A continuación se describen brevemente las características que debe tener un programa de protección.

Estas características se derivan de los estándares que se dan tanto desde los diferentes instrumentos internacionales, vinculantes o no, como desde las reflexiones que la sociología aporta a la crítica de las instituciones de encierro.

Los programas de protección, que responden a una efectiva política de protección, se confunden frecuentemente con programas de atención. La política de atención debe atender de forma puntual situaciones de riesgo o de vulneración de derechos, restablecer de forma rápida sus derechos y, para evitar el carácter fraccionado con el que esta política suele presentarse, asegurar que a través de la política de protección se dé su restablecimiento y se verifique el estado de cumplimiento de los demás derechos. Para la infancia en situación de desplazamiento la atención humanitaria de emergencia es un ejemplo de atención que se debe dar de forma focalizada, rápida e integral con las demás políticas públicas.

Dentro de los mecanismos de protección jurídica, los procesos administrativos deben buscar la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de la niñez desplazada. La política de protección para esta niñez debe darse dentro de la protección integral, que a su vez debe partir de reconocer a niñas y niños como sujetos plenos de derechos, bajo los principios de dignidad y no discriminación, prevalencia de sus derechos e interés superior de la niña y el niño. El Estado debe velar porque las niñas, los niños y adolescentes en situación de desplazamiento tengan la protección y cuidados necesarios, dentro de una política de restablecimiento de los derechos que se encuentren vulnerados, de prevención, frente a aquellos que estén en riesgo de serlo; y de otorgamiento de derechos frente a aquellos que nunca se hayan hecho efectivos, tanto en el desarrollo del proceso administrativo, como durante la ejecución de la medida de protección.

Para los programas que se diseñen dentro de esta protección especial de la infancia víctima de desplazamiento, se debe hacer una distinción entre infancia

acompañada de su grupo familiar, y las niñas y niños víctimas que no se encuentran acompañados, por el alto porcentaje de infancia huérfana fruto de las dinámicas de la guerra. Para este segundo grupo, la consideración de la separación de la familia del niño o la niña debe ser fundamental en el diseño del programa de protección, de manera tal que la localización de dicha familia, biológica o aquella constituida por lazos de afecto y solidaridad, tendrá que ser su objetivo central, en el caso que sobreviva. El retorno, si las condiciones de seguridad lo permiten, será la medida complementaria al reintegro familiar, como forma de restablecimiento de derechos, de manera que debe constituir igualmente un objetivo del programa que se formule para esta población⁷.

En relación con las niñas y los niños sin acompañamiento, víctimas del delito de desplazamiento forzado interno, se debe diseñar un programa de protección con componentes definidos de acuerdo a sus necesidades. En la actualidad, con base en la situación de “abandono”, se adopta la medida de restablecimiento de derechos establecida en el numeral segundo del artículo 53 del CIA, esto es, la “ubicación” en un programa denominado “programa de atención especializada”, en tanto no se ha establecido un programa de protección específico para esta infancia, ni se ha diseñado y ejecutado un programa general de “atención especializada” para las niñas y los niños víctimas del delito de desplazamiento, como lo ordena el artículo 198 del CIA. De esa forma la finalidad del programa para niños abandonados impulsará el proceso administrativo que se le impone al niño o la niña solos que han sido víctimas de desplazamiento, buscando, en tanto se parte del abandono, una declaratoria de adoptabilidad que puede llevar a una separación definitiva de su familia de origen, a diferencia del fin que tendría un programa específico para las niñas y niños sin acompañamiento, en situación de desplazamiento, que debe ser, como se indicó, la ubicación de la familia. El abandono tipifica una situación diferente: la de una niña o un niño que han sido dejados por su familia, en tanto que la falta de acompañamiento del niño o niña en situación de desplazamiento es fruto de la violencia política que hace víctima a la familia misma.

7 En relación con el reintegro de la familia y el retorno a los lugares de origen, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* incluyen, dentro de las formas de reparación, a la restitución: “[...] 19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, *la vida familiar* y la ciudadanía, *el regreso a su lugar de residencia*, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes (cursiva fuera de texto).

LA LIBERTAD COMO PRESUPUESTO DE LOS DERECHOS

El principio central para determinar la medida a tomar con miras a lograr la protección especial que se les reconoce a estas niñas y niños, debe ser la excepcionalidad de la institucionalización, en tanto el artículo 20.3 de la CIDN indica que los Estados Parte deben garantizarle a los niños que estén privados de su medio familiar, la colocación en hogares de guarda, la adopción, o la *kafala* del derecho islámico, “o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”. De esta forma la institucionalización se considera *ultima ratio*.

Esta *colocación* o ubicación debe ser excepcional, en tanto constituye privación de la libertad. La institucionalización corresponde a la descripción que de la privación de la libertad hace la Regla 11.b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de la Libertad:

Por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir por su propia voluntad, por orden de autoridad judicial o administrativa u otra autoridad pública.

En efecto, EMILIO GARCÍA MÉNDEZ (1998: 145) sostiene que la institucionalización es un eufemismo “destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado”.

La transcripción de la Regla 11.b, en el CIA, la desvirtúa. El hecho de que el artículo 160 del CIA no incluya, como forma de privación de la libertad, aquella ordenada por autoridad administrativa, no significa que el internamiento por orden administrativa no se deba considerar privación de la libertad. Se debe tomar directamente la Regla para poder establecer si, dados los elementos fácticos allí descritos, una situación constituye o no privación de la libertad.

De esta manera la medida de restablecimiento de derechos establecida en el artículo 53.2. del CIA constituye privación de la libertad, según la Regla 11.b, en el caso que se dé bajo la forma de internado. En efecto, esta medida de restablecimiento de derechos puede implicar privación de la libertad y restricción o supresión de otros derechos y libertades, que resultan inherentes a dicha privación, como la libertad de comunicación o los derechos sexuales, entre otros. Igualmente, las medidas pueden implicar, en eventos diversos al que nos ocupa, separación de la familia, como vulneración al derecho fundamental de niñas y niños.

En relación con estas afectaciones de derechos, la política de protección, a través de los mecanismos administrativos, debe estar claramente establecida, con una delimitación precisa de las garantías, derechos y libertades de las niñas y niños, que a través de ella hacen efectivos sus derechos de protección, y de las facultades de los operadores del proceso administrativo. Por ello el debido proceso, señalado en el artículo 29 de la Constitución Política y 26 del CIA, para todas las actuaciones administrativas, además de las judiciales, para las niñas, los niños y los adolescentes, debe ser estrictamente respetado. Debido proceso que debe abarcar el desarrollo del proceso administrativo, como la ejecución de la medida. Por ello, las medidas para el restablecimiento de los derechos que se pueden imponer en este escenario deben estar previa y taxativamente establecidas, de acuerdo al principio de legalidad que debe regir; pero el CIA incluye, además, la posibilidad de tomar “cualquier otra que garantice la protección integral”, dejando un margen de discrecionalidad, en relación con las medidas de protección, que resulta inadmisibles en tanto podría generar la aplicación de medidas que restrinjan o limiten derechos.

La infancia tiene derecho al restablecimiento de todos los derechos, los cuales deben ser tenidos en cuenta al momento de diseñar una política de protección. Cada uno de los derechos debe ser restablecido de forma integral, por fuera de una institución, en tanto no se pueden considerar restablecidos los derechos que se otorgan de manera temporal y fraccionada.

El presupuesto necesario para el ejercicio de los derechos es la libertad. El goce efectivo de los derechos tiene que partir de ella. Una propuesta pedagógica de formación de individuos integrales, en relación con el derecho a la educación, no se entiende intramuros. Los procesos de sanación serán más rápidos y efectivos en medio de las relaciones afectivas que los promuevan. La recreación tiene que darse *in aperto*, promoviendo vínculos con otros grupos de niños y niñas. La participación, como ejercicio democrático, no se puede considerar ejercida a través de simulacros de democracia a puerta cerrada.

La interrelación en libertad brinda referentes sociales fundamentales para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y, ante todo, social, tomando los diferentes aspectos del desarrollo de la infancia que trae el artículo 27 de la CDN. La institucionalización creará identidades deterioradas, como lo anotara ERVING GOFFMAN (1968), más aún en relación con la infancia. Uno de los derechos que se piensa restablecido al interior de estas instituciones es la educación, que sirve de ejemplo de lo que se anota: una educación en internamiento, con educadores y compañeros institucionalizados, da referentes para la construcción de una identidad igualmente institucionalizada.

Por lo señalado se hace necesario que el programa busque, cuando ha sido imposible hallar a su familia, el otorgamiento al niño o a la niña de un medio familiar, dentro de un medio comunitario, de las mismas características culturales, geográficas y demográficas, entre otras, del lugar original del cual fueron desplazados. El programa debe facilitarle las condiciones para la realización de los derechos de los niños y niñas, a la familia que los acoja, no solo a través del apoyo económico sino de la activación de las redes interinstitucionales. Así se brindará a esta infancia la posibilidad del goce efectivo de todos sus derechos, de forma permanente e integral, para que puedan continuar ejerciéndolos cuando sea ubicada su familia.

El programa que se diseñe será un programa en libertad, atravesado por las diferentes perspectivas que respondan a diversidades reconocidas y protegidas legal y constitucionalmente: la propia etaria, en relación con las diferentes franjas que a su vez componen la infancia, como la primera infancia o la adolescencia; la perspectiva de género, determinante en relación con los derechos de las niñas y las adolescentes; la de diversidad, para los niños y niñas afrocolombianos o pertenecientes a los diferentes pueblos indígenas, entre otras.

Estos son elementos que se ofrecen para el diseño de una política pública de protección, desde la gobernanza, elementos que pretenden aportar en la construcción de una política pública integral y articulada que responda a los principios del interés superior del niño y de la niña y a la prevalencia de sus derechos. Esta política debe ser una política de Estado, constructora de ciudadanía, que haga posible el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, como sujetos de protección especial tanto del DIDH como del DIH, en el plano internacional, como de la Constitución y la ley, en el nacional, que contribuya a la superación de los ciclos de violencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, A. “Infancia y democracia”, en E. GARCÍA MÉNDEZ. *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá, Temis, 1998.
- BUSTELO, E. y A. MINUJÍN. *La política social esquivada*, Documento de Trabajo n.º 2, Unicef, 1997.
- CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Comisión de las Comunidades Europeas. *La gobernanza europea: un libro blanco*, Bruselas, 2001.

- DORADO, D. “El Departamento Nacional de Planeación y el ciclo de las políticas públicas en Colombia”, en L. C. Gobernanza (ed.). *Seminario de Análisis de Documentos 201: las políticas públicas y los derechos humanos*, Bogotá, 2010.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia: de los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- GOFFMAN, E. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Turin, Einaudi, 1968.
- LAUNAY, C. *El uso del concepto de gobernanza o/y gobernabilidad en Colombia. Cómo distintos actores de la sociedad colombiana (académicos, ONG, Estado) usan y se apropian el término de gobernanza*, 7 de julio de 2006, disponible en [<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-236.html>], consultada el 21 de octubre de 2009.
- MARIÑO ROJAS, C. “Acceso a la justicia de la infancia víctima de desplazamiento forzado interno”, en AA.VV. *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009a.
- MARIÑO ROJAS, C. “Políticas de protección dentro de las políticas públicas en el marco de la protección integral: restablecimiento de derechos para la infancia maltratada”, en AA.VV. *Mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009b.
- OROZCO, J. M. “Gobernanza Forestal Bosques FLEGT/Colombia”, de Gobernabilidad vs. Gobernanza, junio de 2008, disponible en [http://www.bosquesflegt.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=5:governabilidad-vs-gobernanza&catid=6:governabilidad-vs-gobernanza&Itemid=86], consultada el 20 de octubre de 2009.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, RAE, 2001.
- TORRES, J. “Bases históricas para la reflexión sobre política pública”, en *Política pública y derechos humanos*, Bogotá, inédito, 2010.
- VAITSMAN, J., R. RODRIGUES y R. PAES-SOUSA. *El sistema de evaluación y seguimiento de políticas y programas sociales: la experiencia del Ministerio de Desarrollo Social y Lucha contra el Hambre del Brasil*, Unesco, 2006.
- VARGAS VELÁSQUEZ, A. *El Estado y las políticas públicas*, Bogotá, Almudena Editores, 1999.
- VILLAR, R. “Introducción: de la participación a la incidencia de las OSC en políticas públicas”, en C. D. ACUÑA. *Organizaciones de la sociedad civil e incidencia en políticas públicas*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2003.