

Capítulo 2





2 Elementos de análisis

normativo para la comprensión de la vinculación de niños, niñas y adolescentes a grupos armados ilegales.

P

Para los efectos de una adecuada comprensión del presente capítulo, es importante mencionar que se ha optado por hacer referencia a sus elementos constitutivos, de acuerdo a la forma como éstos han venido incidiendo y repercutiendo en la situación de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales, pero, particularmente, de acuerdo a su surgimiento histórico. Es por ello que en orden expositivo, se alude a los derechos de la infancia desde el marco jurídico internacional y nacional, posteriormente a la legislación de orden público que se ha adoptado para incidir en el conflicto armado interno, con énfasis especial en la jurisprudencia constitucional que se ha producido al respecto, para terminar con la denominada Ley de Justicia y Paz, en atención a que se trata del último referente normativo que incide en el tratamiento jurídico de la problemática de la desvinculación de la infancia y la adolescencia del conflicto armado.

2.1. La Constitución Política y los derechos de la infancia

A partir de 1991 el Estado colombiano adoptó una Carta Política que se fundamenta en la concepción de la organización sociopolítica de la nación, a partir de la noción de Estado social de derecho, ordenamiento que tiene como uno de sus fines últimos la realización de los derechos humanos de la totalidad de los habitantes del territorio nacional. En este marco, la Constitución reconoció en su artículo 44, los derechos de los niños y las niñas de la siguiente manera:

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

familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.¹

En dicho mandato se establecen tres características principales respecto de los derechos de la infancia: (i) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, (ii) los derechos económicos, sociales y culturales, cuando se trata de menores de edad, tienen carácter de derechos fundamentales, y (iii) existe una corresponsabilidad entre familia, sociedad y Estado en la protección de los derechos de niños y niñas, así como en el logro de su mayor nivel de desarrollo armónico e integral.

Lo anterior implica que en el marco de cualquier vulneración de los derechos de la niñez, y en el contexto de la temática de la presente investigación, se entiende que familia, sociedad y Estado son corresponsables también en la protección de los niños y las niñas de los efectos de los conflictos armados, incluido su reclutamiento por parte de los grupos armados al margen de la ley.

Por otra parte, es pertinente mencionar el contenido del artículo 93 de la Constitución, puesto que de él se deduce el denominado bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, indicando que tienen carácter prevalente sobre la restante normatividad vigente en Colombia. Es

decir, al tener rango constitucional cualquier norma debe interpretarse de conformidad con las disposiciones de dichos instrumentos internacionales.

2.2. Marco jurídico internacional

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño², la cual incorpora de manera taxativa, en el artículo 38 la norma del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra³ que prohíbe el reclutamiento de niños menores de quince años en las fuerzas o grupos armados, y prohíbe, igualmente, su participación en las hostilidades.

Sin embargo, Colombia ratificó dicha Convención con una reserva⁴, de tal forma que para el país se entiende que la edad a la que se refiere el mencionado artículo es la de dieciocho años, lo cual implica que es obligación del Estado adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido la mayoría de edad, no participen directamente en las hostilidades. Vale decir que en el artículo siguiente, la Convención establece la obligación, también para los Estados, de adoptar “(...) todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: (...) conflictos armados”⁵.

Por tratarse de un instrumento internacional de derechos humanos que se incorpora a la normatividad interna mediante Ley 12 de 1991, hace parte del denominado bloque de constitucionalidad. Es decir, se trata de una norma

1 Constitución Política de Colombia, 1991. Título I, De los Principios Fundamentales, Capítulo II, De los derechos sociales, económicos y culturales, Artículo 44.

2 Ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991

3 Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Título II. Trato Humano. Artículo 4 – Garantías fundamentales. Numeral 2, literales c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades. d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados.

4 El Gobierno de Colombia, de conformidad con el artículo 2, Numeral 10, literal D de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, declara que para efectos de las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende que la edad a la que se refieren los numerales citados es la de 18 años, en consideración a que el ordenamiento legal de Colombia establece la edad mínima de 18 años para reclutar a las Fuerzas Armadas el personal llamado a prestar servicio militar.

5 Artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

prevalente⁶ frente a las restantes normas de carácter interno, motivo por el cual estas deben interpretarse de conformidad con los postulados de aquella.

No obstante, a pesar de la reserva hecha por el Estado colombiano en la ratificación de la Convención de Derechos del Niño, y que por mandato constitucional hace parte del denominado bloque de constitucionalidad, es importante indicar que dicha norma sólo se hizo efectiva respecto de la vinculación a las Fuerzas Militares, mediante la Ley 548 de 1999, que establece específicamente que *“los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar”*⁷. Es pertinente aclarar que, si bien el Estado colombiano a través de sus Fuerzas Militares, ha cumplido con el no reclutamiento de jóvenes menores de 18 años para la prestación del servicio militar obligatorio, los grupos armados ilegales han incumplido en forma sistemática esta normativa, incluso, la normativa internacional humanitaria que regula los conflictos armados de carácter no internacional y prohíbe el reclutamiento de menores de quince años para participar en las hostilidades.

Con posterioridad a la expedición de la Convención, como consecuencia del incremento de los conflictos armados en el mundo y teniendo presente la correlativa afectación de la infancia que estos implican, por el consiguiente aumento de niños y niñas entre 15 y 18 años, reclutados y utilizados por fuerzas armadas regulares e irregulares, la Organización de las Naciones Unidas adoptó en el año 2000 el “Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados”⁸. Dicho instrumento fue suscrito y aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 833 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-172-04 y se encuentra en trámite de ratificación.

Dicho Protocolo aumenta la edad mínima de 15 a 18 años para que los miembros de las Fuerzas Armadas estatales puedan participar directamente en hostilidades (Artículo 1.), imponiendo la obligación de velar porque no se reclute obligatoriamente en sus filas menores de 18 años (Artículo 2.). Más adelante, en el artículo 4° establece que *“los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben, en ninguna circunstancia, reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años”*⁹, disposición que constituye una obligación de la cual el Estado no es titular. No obstante lo anterior, este artículo le atribuye al Estado la obligación de adoptar *“(…) todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar estas prácticas”*¹⁰

Respecto del Protocolo Facultativo, la Corte Constitucional mencionó en la sentencia antes referenciada que:

(...) a través del instrumento internacional se pretende otorgar mayor protección y garantías a los niños, niñas y adolescentes en cuanto no permite su participación directa en hostilidades e impone a los Estados Partes, comprometiendo a la comunidad internacional en su conjunto, el cometido de cooperar en la aplicación de sus disposiciones. Sus prescripciones resultan ajustadas a los preceptos constitucionales toda vez que no hacen otra cosa que afianzarlos. Existe una identidad de propósitos con los plasmados por el Constituyente, con los instrumentos internacionales y con las normas inferiores existentes sobre la materia. De otra parte y frente a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al reclutamiento, considera la Corporación que el Protocolo es más garantista y presta mayor atención a los niños, niñas y adolescentes ante el conflicto armado¹¹.

Para la misma época la Organización Internacional del Trabajo OIT, adoptó el Convenio 182 de 1999 *“Sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”*, el cual define en el artículo 3 el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados como una de las peores formas de trabajo infantil. Vale



recordar que para los efectos del convenio el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años. Este instrumento ya fue adoptado como norma interna por el Estado colombiano mediante la Ley 704 de 2001, la cual ya pasó el examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-535-02. En dicha providencia la Corte indicó que:

Con base en el análisis de dicho contenido se puede establecer que el convenio no contraría las disposiciones de la Constitución Política y que, por el contrario, guarda total armonía con las normas contenidas en sus Artículos. 44 y 45 y en los instrumentos internacionales mencionados y, también, con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, aprobada en Colombia mediante la Ley 32 de 1985¹².

Conviene mencionar que el proceso de ratificación del Convenio 182 de la OIT ya se perfeccionó con su respectivo depósito en el año 2005. De la misma manera, la Organización de las Naciones Unidas aprobó en 1998 el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, el cual recibió trámite favorable por el Congreso de la República de Colombia mediante Ley 742 de 2002 y fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-578-02. Este instrumento dentro de su articulado contempla los crímenes de guerra y señala en el literal e), numeral vii), como crimen de guerra el reclutamiento de menores de 15 años, prohibiendo “*reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades*”¹³.

Es importante indicar que si bien para el Estatuto de Roma es crimen de guerra el reclutamiento de menores de quince años, por afectar de manera muy grave la conciencia de la humanidad, ello no significa que el reclutamiento de personas entre los 15 y los 18 años sea una conducta aceptable éticamente. Es decir, si bien el reclutamiento en este margen de edad no es un crimen de guerra, sí es considerado por la comunidad internacional como repudiable, confiando por tal razón que, por intermedio de otros instrumentos internacionales, los Estados tomen las medidas pertinentes para sancionarlo y erradicarlo de manera inmediata.

Por otra parte, es pertinente indicar que la Corte Penal Internacional no es competente para investigar y juzgar aquellas personas que en el momento de la comisión de un presunto delito fueren menores de 18 años¹⁴, es decir, la jurisdicción penal internacional no persigue a quienes siendo menores de edad cometieron delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. No obstante, en Colombia los menores de edad víctimas de reclutamiento ilícito son judicializados y sancionados penalmente, de manera que son víctimas del crimen de guerra consistente en “*Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades*”¹⁵ y simultáneamente son sujetos de responsabilidad penal.

6 Constitución Política, 1991. Título II, De los derechos, las garantías y los deberes, Capítulo 4, De la protección y la aplicación de los derechos, Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, prevalecen en orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

7 COLOMBIA. Congreso de la República. **Ley 548 de 1999**, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso, 1999.

8 Aprobado por la Asamblea General en su resolución 54/263 de 25 de mayo de 2000.

9 Artículo 4. Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

10 Ibid.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-172-04

12 Corte Constitucional. Sentencia C-535-02.

13 Artículo 8. Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, en Roma, el 17 de julio de 1998. Entrada en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002, en virtud de la Ley 472 de 2002.

14 Ibid., Artículo 26.

15 Ibid., Artículo 8, numeral xxvi.

Finalmente, en el ejercicio de ratificación del Estatuto de Roma, el Gobierno colombiano hizo una reserva al artículo 124 que excluye de la competencia del Tribunal Penal Internacional, el conocimiento de los llamados crímenes de guerra durante siete años a partir del año 2002. Al cabo de dicho periodo la Corte tendrá competencia residual a la competencia del Estado colombiano, es decir:

(...) como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia (...) [Es por ello que] (...) ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia”, [así como implica que] (...) las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana (...)¹⁶.

2.3. Marco jurídico nacional

2.3.1 Legislación de infancia

En la actualidad se encuentra vigente el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, el cual no contempla, dentro de las situaciones irregulares¹⁷ frente a las cuales debe responder el Estado, la sociedad y la familia, aquellas relacionadas con las afectaciones de que son víctimas como producto de situaciones derivadas del conflicto armado interno, tales como el desplazamiento forzado, la vinculación de los menores de edad a los grupos armados ilegales, los niños, niñas y adolescentes afectados por acciones de violencia, la población infantil víctima de minas antipersonal

etc., a pesar de que dicho conflicto ha estado presente en Colombia desde hace mucho tiempo.

Esta problemática se hizo visible desde 1996 con ocasión de la publicación, por parte de la Defensoría del Pueblo, de los boletines “La Niñez y sus Derechos”, y se evidenció con mayor claridad para el país en 1997, con la entrega de seis (6) adolescentes por parte del Ejército de Liberación Nacional en el corregimiento de Media Luna (San Diego - Cesar) a la Defensoría del Pueblo, al Comité Internacional de la Cruz Roja y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Las y los operadores jurídicos que tenían a cargo la intervención a favor de los niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto armado, ante la inexistencia de una situación irregular específica para adelantar el procedimiento, consideraron que recibirlos en calidad de infractores de la ley penal era la solución que más favorecía y, por lo tanto, les otorgaron el tratamiento propio de tal condición. Por ello, los juzgados de menores y promiscuos de familia, al momento de recibir a un menor de edad desvinculado del conflicto armado interno, inician de manera inmediata el procedimiento propio aplicable a quien ha infringido la ley penal con todas las consecuencias propias del proceso penal para adolescentes. Más adelante se verá que la Corte Constitucional considera ajustada a la Constitución Política dicha interpretación, a pesar de que acepta que son víctimas de la violencia política. Por la aplicación del Código del Menor vigente, los y las menores de edad eran recluidos en instituciones de carácter cerrado (lo que implica la privación de libertad) en los mismos lugares en los que se recluye a menores de edad infractores, quienes no son considerados víctimas de la violencia política.



Ante estas circunstancias, la Defensoría del Pueblo ha adelantado varias actividades tendientes a lograr que la comunidad nacional y en especial las y los operadores jurídicos encargados de la atención y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes desvinculados, conocieran el procedimiento jurídico aplicable y sus fundamentos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los postulados constitucionales y las normas de orden público vigentes para este tipo de eventos propios de las actividades del Estado, tendientes a desmantelar a los grupos armados al margen de la ley que participan en el conflicto armado interno y, por tanto, a obtener la paz y la convivencia nacional. En ese propósito la Defensoría del Pueblo ha venido adelantando campañas permanentes de capacitación a funcionarios y funcionarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de los juzgados competentes, del Ministerio Público, de las organizaciones no gubernamentales encargadas de la atención a la población infantil, de las comunidades y autoridades indígenas y también a los propios niños, niñas y adolescentes desvinculados, entre otros.

Este ejercicio ha tenido como principal propósito brindar los suficientes elementos de juicio para que la totalidad de los intervinientes en los procesos de desvinculación y reincorporación de los niños, niñas y adolescentes que han abandonado los grupos armados al margen de la ley, conozcan las condiciones de vida de estos menores de edad. En tales eventos se ha informado de la vulnerabilidad de quienes han sido víctimas de reclutamiento ilícito, y de las precarias condiciones de ejercicio de sus derechos humanos antes del reclutamiento. También se ha profundizado sobre las condiciones de vulneración total de sus derechos durante el tiempo en el que permanecen con el grupo armado, vulneración que incluye la infracción a la normativa internacional

humanitaria; de igual modo, la Defensoría del Pueblo ha insistido en la necesidad de que una vez el o la menor de edad se libere de tales afectaciones, la respuesta del Estado sea acorde con las responsabilidades internacionales relacionadas con la prevalencia del interés superior de la infancia y la restitución de sus derechos. Se considera injusto que respecto de una persona que ha perdido su infancia por efectos de las omisiones propias de las obligaciones de la familia, la sociedad y del Estado con su protección y por la acción vulneratoria de sus derechos humanos y el derecho internacional humanitario por parte de los grupos armados, la respuesta sea la de privilegiar la acción penal.

En estos términos se han generado espacios de formación con los y las operadores arriba mencionados, respecto de la aplicación de la denominada Ruta jurídica de atención a niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley, a efecto de que en el tratamiento que han de recibir estas y estos menores de edad, se privilegie su inserción social, se garantice la aplicación de las garantías judiciales y se logre la restitución de sus derechos. La Ruta Jurídica se fundamenta en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos, el Código del Menor y la legislación de orden público vigentes en nuestro país¹⁸.

El Código del Menor, tal como se ha venido indicando, mantiene la concepción de que la intervención a favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se debe iniciar únicamente si se encuentran en una “situación irregular”, es decir, cuando sus derechos han sido afectados. Este enfoque que ha sido denominado por sus críticos como “doctrina de la situación irregular”, parte de entender a niños, niñas y adolescentes como “menores”, término que los ubica en una posición de minusvalía. Así mismo, la intervención desde

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-578-02.

¹⁷ COLOMBIA. Presidencia de la República. **Decreto 2737 de 1989**, por el cual se expide el Código del Menor. Bogotá: La Presidencia, 1989, artículo 30.

¹⁸ Ello a pesar de que la Defensoría del Pueblo participa de manera activa en el proceso legislativo que implica la adecuación normativa de la legislación interna relacionada con la infancia y la adolescencia y los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

esta doctrina se dirige a dar respuesta a su condición de “anormales” o “disfuncionales” por vivir o experimentar situaciones que la sociedad considera reprochables (abandonados, consumidores de sustancias, explotados sexualmente o laboralmente, delincuentes, expósitos, viviendo en la calle etc.). De conformidad con el Código del Menor vigente, la actividad del Estado se dirige entonces a los “menores” que se encuentran en las mencionadas situaciones, de manera que la atención se da únicamente cuando la situación que los afecta ya ha causado lesión a sus derechos. Desde este enfoque, sólo se reconoce la condición de vulnerabilidad propia de la infancia ante la amenaza de sus derechos y por ello las actividades propias de la prevención de dichas amenazas son prácticamente inexistentes.

Por otra parte, como se verá más adelante, se privilegia la atención de tales situaciones mediante la toma de decisiones judiciales y administrativas discrecionales, de acuerdo con la interpretación que hacen las y los operadores jurídicos de lo que significa el interés superior del niño o niña, lo cual, en muchas ocasiones, a pesar de la buena fe de el o la operadora, las convierte en arbitrarias. En efecto, las medidas de institucionalización de carácter judicial o administrativo, que son con frecuencia asumidas frente a situaciones de vulnerabilidad manifiesta en las que se encuentran los niños y las niñas, suelen ser atendidas por el Estado, con base en una postura de “control social de los menores”, que en ocasiones privilegian las medidas de reclusión en medio cerrado (privación de libertad), sobre medidas de inserción social que garanticen la restitución de los derechos que la sociedad, la familia y el Estado puedan haber vulnerado a la población infantil. Estas medidas asignan la responsabilidad a las y los menores de edad y no al contexto comunitario, familiar o social que hizo posible que ellos y ellas se situaran en condiciones de vulnerabilidad.

Estos eventos se agravan por la dificultad que tienen hoy día los niños, niñas y adolescentes para el acceso real y efectivo a la justicia y a la

reclamación de sus derechos. Dado que en el marco del actual Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) son considerados incapaces de reclamar sus propios derechos y con el supuesto que para acceder a las instituciones deben estar acompañados de sus padres, las barreras de acceso a la justicia, en múltiples oportunidades, están asociadas con el hecho de que los adultos cuidadores son sus principales agresores y en contextos de indiferencia del entorno comunitario, que desconocen las afectaciones de los derechos de la infancia como una vulneración a los derechos humanos. El escenario anterior se ve agravado porque las y los adultos prefieren no denunciar y acompañar a los menores de edad en las diligencias necesarias para la denuncia, con el argumento de evitar problemas judiciales o administrativos.

2.3.2. Necesidad de la adecuación normativa. Proyecto de Ley de Código de Infancia y Adolescencia.

La grave situación de derechos humanos a la que se ven enfrentados los niños, niñas y adolescentes colombianos, la existencia de un código basado en la doctrina de la situación irregular y el hecho de que a buena parte de la infancia colombiana no le llegue la acción del Estado en lo que respecta a la satisfacción de sus derechos, hace necesario dar estricto cumplimiento al compromiso de Colombia con los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y los documentos que la complementan. De conformidad con tales instrumentos la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de procurar el mayor nivel de satisfacción posible de los derechos de la totalidad de los menores de edad que habitan el territorio nacional, y, por tanto, tal y como lo postula la doctrina de la protección integral, deben ser reconocidos como sujetos de derechos y no como objetos de protección.

Frente a este escenario, es pertinente recordar los postulados de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, instrumento que constituye una carta de navegación para la aplicación de derechos ya reconocidos en otros

tratados internacionales y que orienta la interpretación de la protección integral, a efecto de que se reconozca como principio fundamental el hecho de que niños, niñas y adolescentes son seres humanos y, en tanto tales, gozan de los mismos derechos que los demás habitantes del planeta y, adicional a estos, gozan de otros derechos particulares por su condición etárea y vital, tales como aquellos que se relacionan con la protección y el desarrollo armónico e integral.

Como se mencionó al inicio de este capítulo, desde el año de 1991 la Constitución Política reconoció en su artículo 44 los derechos de los niños y las niñas, atribuyéndoles características de prevalencia respecto de los derechos de los demás, otorgando el carácter de derechos fundamentales a algunos que referidos a los adultos no lo son y esclareciendo el deber de solidaridad y corresponsabilidad de la familia, la sociedad y del Estado frente a la protección integral de dichos derechos.

En este punto cabe recordar que la Convención de los Derechos del Niño al ser ratificada por el Estado colombiano -Ley 12 de 1991-, hace parte del bloque de constitucionalidad en su condición de tratado internacional de derechos humanos, tal como lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional¹⁹. Por lo anterior, la actuación de la Defensoría del Pueblo de Colombia, en relación con la promoción del ejercicio de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes, ha tenido como preocupación la adecuación normativa de la legislación nacional con los postulados de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

En tal sentido, la Defensoría del Pueblo ha acogido como propias las observaciones efectuadas en dos ocasiones por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas al Estado colombiano; por esto ha instado en varias ocasiones al Gobierno nacional y al Congreso de la República sobre la necesidad de tal adecuación normativa. En efecto, ha insistido

en esta recomendación a través de los Informes Anuales al Congreso de la República del Defensor del Pueblo (2002, 2003 y 2004), los Boletines 1 a 8 de “*La niñez y sus derechos*”, (1993-2002), y el “*Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de la Niñez en Colombia de 2001*” y el Informe sobre los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Colombia presentado a la Federación Iberoamericana de Ombudsmen en el año 2005.

Por ello la Defensoría del Pueblo hizo parte de las mesas técnicas para la redacción del proyecto de ley que fue puesto a consideración del Congreso de la República el 17 de agosto de 2005 (proyecto de ley estatutaria número 085 de 2005 Cámara - 215 Senado), por parte del Defensor del Pueblo, el Procurador General de la Nación y un grupo grande de congresistas. Ello en atención a que la Defensoría del Pueblo considera que la adecuación normativa debe adelantarse a la mayor brevedad, ya que significa un avance significativo para la consolidación de un marco de derechos relacionado directamente con las políticas públicas que el Estado colombiano debe adoptar para garantizar la construcción de un Estado moderno, democrático y plural que garantice el ejercicio responsable de los derechos de la niñez y la adolescencia, integrando la doctrina de protección integral en materia de infancia y adolescencia contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El proyecto de ley en mención pretende constituirse en el futuro inmediato en una legislación con perspectiva de derechos lo cual coincide con la misión defensorial de defensa, protección y promoción de los derechos de todos los habitantes en el territorio nacional. Por ello, la Defensoría del Pueblo insiste en la necesidad de que dicha norma tenga como fundamento conceptual los siguientes principios:

La perspectiva de derechos. La ley de infancia y adolescencia debe ser la expresión del proceso integral de la garantía de los

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-203-05; T-510-04; y C-093-92

derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia consagrados en la Constitución colombiana y en la legislación internacional, como un proceso que se inicia con el reconocimiento de los derechos, las condiciones de ejercicio, su restablecimiento cuando han sido conculcados y el tratamiento integral de fenómenos complejos como la responsabilidad penal juvenil, la explotación económica, la explotación sexual y los niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto armado, entre otros.

La doctrina de protección integral. La Convención de los Derechos del Niño adoptó el paradigma de la protección integral cuyo punto de partida es la consideración del niño, niña y adolescente como sujetos titulares y responsables de sus derechos de acuerdo con la etapa del ciclo vital en que se encuentren. Supone también la consideración de los niños y las niñas como sujetos autónomos de derechos e interlocutores válidos reconocidos por las autoridades que atienden la infancia y la adolescencia.

La Defensoría del Pueblo apoya en particular esta orientación, ya que la legislación vigente o Código del Menor se caracteriza por tener sesgos de protección especial, que son un desarrollo de la doctrina de la situación irregular, en donde los niños, niñas y adolescentes son estigmatizados por sus condiciones socioculturales y económicas, entre otras.

El interés superior y prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes. La Defensoría del Pueblo considera que la normativa debe desarrollar los principios rectores del interés superior de los niños y las niñas y la prevalencia de sus derechos en todas las actuaciones administrativas, judiciales y particulares relacionadas con la infancia y la adolescencia. En efecto, la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece en su artículo tercero que todas las actuaciones concernientes a los niños y niñas que lleven a

cabo las instituciones públicas o privadas deben tener como referente único el interés superior de estos. Así mismo, el artículo 44 de la Constitución establece que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los derechos de los demás. En tal sentido la Convención de los Derechos del Niño dispone en su artículo 3: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*²⁰

La perspectiva de género. La Defensoría del Pueblo considera esencial que se incluya la variable de perspectiva de equidad entre los géneros, ya que no se puede concebir la construcción de una sociedad democrática e incluyente sin la participación igualitaria de mujeres y hombres en los beneficios del desarrollo y sin la garantía efectiva del ejercicio igualitario de sus derechos. El concepto de género comprende imaginarios que simbolizan y dan sentido a la diferencia sexual, valoran y establecen normas acerca de la masculinidad o la feminidad, de tal suerte que la desigualdad con que se tratan los sexos facilita posiciones vulnerables a las que están expuestos en la mayoría de los casos, los niños, niñas y adolescentes dando lugar, entre otros, a fenómenos tales como la violencia intrafamiliar y sexual, la cual implica un abuso de poder y una vulneración de derechos humanos; situaciones de alta ocurrencia en nuestro país.

El principio de corresponsabilidad. De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, la responsabilidad en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes radica en la familia, la sociedad y el Estado. Para la Defensoría es claro que la lectura de corresponsabilidad debe incluirse de manera integral a lo largo del proceso del reconocimiento, condiciones de ejercicio y restablecimiento de los derechos conculcados, sin descuidar en ningún momento

condiciones de equilibrio en la responsabilidad de los diferentes agentes.

La interrelación entre la legislación y las políticas públicas: La normativa de infancia y adolescencia debe permitir la conexión entre la legislación y la responsabilidad de las políticas públicas y la institucionalidad responsable del diseño, ejecución y seguimiento de estas políticas. En cumplimiento de la misión de la Defensoría del Pueblo se ha podido constatar que buena parte de las decisiones judiciales y administrativas no son efectivas por la debilidad de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia. En consecuencia, vincular las políticas públicas con la legislación es adoptar instrumentos concretos para hacer efectivas sus decisiones y, al mismo tiempo, la normativa es un elemento orientador de dichas políticas. Adicionalmente, exigir que la política pública de infancia y los entes territoriales cumplan a través de sus planes de desarrollo con una agenda y oferta de servicios integrales que garanticen el ejercicio real de los derechos de la infancia.

La consonancia con la legislación internacional. Como lo ha sostenido en diferentes oportunidades, la Defensoría del Pueblo cree que el actual Código del Menor presenta inconsistencias respecto de la legislación y doctrina internacionales de los derechos humanos. Por tal razón es imperativo y urgente que el espíritu, los propósitos y la estructura del proyecto deben propender por poner a tono la legislación nacional con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, y desarrollar los artículos 44 y 45 de la Constitución Política. El Estado colombiano está en mora de cumplir este compromiso. Esta es la oportunidad de saldar la deuda histórica con la infancia y la adolescencia y atender sus responsabilidades frente a los compromisos internacionales.

Resulta pertinente mencionar que a la fecha, en el momento de culminación de este estudio, el proyecto de ley de Código de Infancia y Adolescencia (Proyecto de Ley No. 085 de 2005 Cámara – 215 de 2005 Senado), ha surtido la totalidad del trámite legislativo, incluida la etapa de conciliación entre Cámara de Representantes y Senado de la República, y en él se reconoce que los y las adolescentes que se desvinculen de los grupos armados al margen de la ley tendrán que ser remitidos al programa de atención especializada del ICBF, adicionalmente establece el principio de oportunidad, para que el funcionario judicial, con base en causales expresamente determinadas por la ley, desista de iniciar el proceso de responsabilidad penal en su contra. No se aplicará este principio “*cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo al Estatuto de Roma*”²¹.

Adicional a esto la Defensoría del Pueblo logró incluir la prohibición especial del artículo 176: “*Queda prohibida la entrevista y la utilización de actividades de inteligencia de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley por parte de las autoridades de la fuerza pública, el incumplimiento de esta disposición será sancionado con la destitución del cargo sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar*”²².

La Defensoría del Pueblo espera que la ley sea sancionada de forma expedita por parte del Presidente de la República y empiece a beneficiar a los menores de edad en Colombia a la mayor brevedad posible.

20 Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 3.

21 Parágrafo del artículo 175. Texto conciliado Proyecto de Ley No. 215 de 2005 Senado - No 085 de 2005 Cámara acumulado al Proyecto de Ley 096 de 2005 Cámara “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

22 Artículo 176, *Ibid.*

2.4. Legislación de orden público en el marco del conflicto armado interno

A partir de la expedición de la Constitución de 1991 se crean una serie de normas específicamente dirigidas a dotar al Estado colombiano de instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia. Tal es el caso de la Ley 104 de 1993, en la que la única referencia que se hace respecto a los menores de edad tiene que ver con la obligación del ICBF de prestarles asistencia prioritaria en el evento en que hayan quedado sin familia o que, teniéndola, ésta no se encuentre en condiciones de cuidarlos por razón de atentados terroristas²³. Posteriormente se expide la Ley 241 de 1995, “*por la cual se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la Ley 104 de 1993*”, que no hace ninguna referencia adicional al tema.

Con la expedición de la Ley 418 de 1997, “*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”, aparecen referencias expresas a la vinculación de los menores de edad a las fuerzas armadas del Estado, así como al reclutamiento de menores de edad para integrar grupos ilegales y el tratamiento de que deben ser sujetos. El artículo 13 de la citada ley prohíbe la incorporación de menores de edad al servicio militar, salvo que ella sea voluntaria y con autorización expresa de los padres, en cuyo caso estos no podrían ser destinados a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra, ni empleados en acciones de confrontación armada. Igualmente, en el artículo 14 crea el delito de reclutamiento ilícito²⁴, y de esta manera se priva de los beneficios jurídicos a los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley que los incorpore a las mismas.

Por último, en el párrafo segundo del artículo 50²⁵, la Ley 418 de 1997 establece beneficios jurídicos para los menores de edad que se desvinculan de grupos armados al margen de la ley, siempre que lo hicieran voluntariamente y de

aquellos grupos a los que se les hubiera reconocido carácter político. Con ello se estableció una diferencia respecto de la exigencia constitucional del derecho superior de los menores de edad, por cuanto los niños y niñas víctimas del delito contemplado en el artículo 14 de la misma ley, reclutados de manera ilícita por organizaciones sin reconocimiento político, no podrían ser sujetos de tales beneficios, a pesar de ser víctimas del mencionado delito cometido por parte de los grupos que participan en el conflicto armado pero que no tenían reconocimiento político contemplado en la ley.

Posteriormente se expide la Ley 548 de 1999, que se limita a prorrogar la vigencia de la Ley 418 de 1997 y adiciona un artículo que proscribía de manera definitiva el reclutamiento de menores de edad a las Fuerzas Armadas del Estado.

Más adelante fue expedida la Ley 782 de 2002, que prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, a su vez prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999. Esta ley clarificó aun más las condiciones de victimización de los niños, niñas y adolescentes reclutados por los grupos armados así: “*se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades*”²⁶. Esta misma Ley estableció la obligación para el ICBF de diseñar y ejecutar “*un programa especial de protección para la asistencia de todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en las hostilidades o hayan sido víctimas de la violencia política, en el marco del conflicto armado interno*”²⁷. Igualmente, modificó el artículo 50 de la Ley 418 de 1997²⁸, de manera que en adelante para ser sujeto de los beneficios jurídicos no se requiere que las y los menores de edad se desvinculen de un grupo armado con reconocimiento político, ni se requiere tampoco que la desvinculación ocurra de manera voluntaria²⁹. Adicional a lo anterior, la Ley 782 mantiene la privación de los beneficios jurídicos a los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley que incorporen menores de edad a las mismas.

La Ley 782 de 2002 fue reglamentada por el gobierno nacional mediante el Decreto 128 de 2003, en el cual se establecen los beneficios jurídicos y socioeconómicos a que tienen derecho todas las personas que se desmovilizan y que son certificadas por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas. Dicho decreto no hace ninguna diferenciación entre adultos y menores de edad, lo cual implica que estos últimos tienen derecho a recibir los beneficios socioeconómicos contemplados en el artículo 14 del Decreto 128 de 2003³⁰, reglamentario de la Ley 418 de 2002, especialmente cuando la citada ley contempla en el párrafo de su artículo 17 que: “Gozarán de especial protección y serán titulares de todos los beneficios contemplados en este título, los menores que en cualquier condición participen en el conflicto armado interno”. Sin embargo, con posterioridad a la expedición de la ley, la

Defensoría del Pueblo no ha recibido información relacionada con el hecho de que alguno de estos menores de edad haya recibido dichos recursos para el desarrollo de proyectos de inserción económica.

Así mismo, el Decreto 128 de 2003 reglamenta lo relativo a las entregas de menores de edad, disponiendo que en todo caso deberán ser ubicados en el programa especializado que para el efecto debe poner en funcionamiento el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. De igual manera, radica en cabeza del Ministerio de Defensa la responsabilidad de verificar la vinculación del niño, niña o adolescente al grupo armado y en el Ministerio del Interior la responsabilidad de hacer el seguimiento correspondiente y el reconocimiento de beneficios económicos³¹ producto de la desvinculación.³² Así mismo, a partir de esta norma queda establecido

- 23 **COLOMBIA.** Congreso de la República. **Ley 104 de 1993**, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso, 1993, Artículo 20.
- 24 Artículo 14: “Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Párrafo: los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley, que incorporen a las mismas, menores de dieciocho (18), no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley.”. **COLOMBIA.** Congreso de la República. **Ley 418 de 1997**, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso, 1997.
- 25 *Ibid.*, Artículo 50: “El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con estos, cuando a su criterio, la Organización Armada al margen de la ley a la que se le reconozca el carácter político, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de las Organizaciones Armadas al margen de la ley a las cuales se les haya reconocido su carácter político y así lo soliciten, y hayan demostrado a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil. No se aplicará lo dispuesto en este título, a quienes realicen conductas que configuren actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión. PARAGRAFO 1°. No procederán solicitudes de indulto por hechos respecto de los cuales el beneficio se hubiere negado con anterioridad, salvo que el interesado aporte nuevos medios de prueba que modifiquen las circunstancias que fueron fundamento de la decisión. PARAGRAFO 2°. Cuando se trate de menores de edad vinculados a las Organizaciones Armadas al margen de la ley a las que se les haya reconocido carácter político, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, quien decidirá la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994, en los términos que consagra esta ley”.
- 26 **COLOMBIA.** Congreso de la República. **Ley 782 de 2002**, por medio del cual se proroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones. Bogotá: El Congreso, 2002, artículo 6.
- 27 *Ibid.*, artículo 8
- 28 *Ibid.*, artículo 14
- 29 En tal sentido se pronunció el Consejo de Estado ante consulta elevada por el Ministerio del Interior y de Justicia a la Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 1512. 25 de septiembre de 2003.
- 30 Artículo 14: Beneficios socioeconómicos. Una vez expedida la certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, el Ministerio del Interior realizará una valoración integral del reincorporado con el fin de determinar su programa de beneficios socioeconómicos. **COLOMBIA.** Presidencia de la República. **Decreto 128 de 2003**, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil. Bogotá: La Presidencia, 2003.
- 31 *Ibid.*, artículo 22.
- 32 *Ibid.*, artículo 25

que la autoridad civil, militar o judicial que constate la desvinculación del niño, niña o adolescente, dentro de las treinta y seis (36) horas ordinarias siguientes a su desvinculación, o en el término de la distancia deberá entregarlo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que le dé la protección y atención integral especializada.

Adicionalmente, y como uno de los más importantes avances en relación con la protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el Decreto 128 de 2003 proscribire cualquier forma de utilización que de ellos se haga en actividades de inteligencia militar³³, y define que esta población debe estar excluida de cualquier forma de colaboración o cooperación con la fuerza pública³⁴. Estas decisiones obedecen al interés de proteger a la niñez desvinculada de las retaliaciones de los grupos de los cuales se desvinculan y de evitar su utilización por parte de la fuerza regular del Estado en actividades propias de la guerra. Tan convencida ha estado la Defensoría del Pueblo de tal necesidad que logró incluirla en el proyecto de Código de la Infancia y la Adolescencia que ya fue aprobado en los debates correspondientes de la Cámara de Representantes y del Senado de la República.

Por otra parte, el artículo 162 del Código Penal Colombiano tipifica como delito de reclutamiento ilícito la conducta punible según la cual, *“el que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de 18 años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de 6 a 10 años”*³⁵.

De acuerdo a la normatividad ya analizada y con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁶, todos los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley son considerados víctimas del conflicto armado interno y, por lo tanto, debe brindárseles el mismo tratamiento por parte del Estado. Es decir, ya no es procedente verificar el grado de voluntariedad de la vinculación o desvinculación, en la medida en que en cualquier caso se trata de víctimas de la violencia y del delito

de reclutamiento ilícito. Además, la ley actualmente vigente no hace ninguna clase de diferencia entre ellos; por tanto no resulta jurídicamente trascendente establecer de cuál grupo armado ilegal proviene. Por este motivo todo menor de edad desvinculado recibe el mismo tratamiento administrativo y judicial.

De otra parte, y como consecuencia del cambio normativo, es importante indicar que las formas de desvinculación actualmente relevantes son:

a) INDIVIDUAL: Cuando el niño, niña o adolescente, logra abandonar el grupo armado ilegal y acude a una autoridad civil, militar o judicial para obtener la protección y restitución de sus derechos, en el programa especializado del ICBF.

b) COLECTIVAMENTE: Cuando varios niños, niñas y/o adolescentes reclutados ilícitamente son liberados de manera voluntaria en determinado momento por los grupos armados al margen de la ley, que participan en el conflicto armado interno y entregados a una autoridad civil, militar o judicial para que den inicio a las actividades de protección y restitución de sus derechos, en el programa especializado del ICBF.

c) RESCATADOS: Cuando los niños, niñas y adolescentes reclutados ilícitamente son liberados por parte de las fuerzas de seguridad del Estado o por cualquier autoridad competente del Estado colombiano. Una vez que ello ocurre, de manera inmediata se debe proceder a iniciar las gestiones correspondientes para la protección y restitución de sus derechos, en el programa especializado del ICBF.

En todos los casos, una vez que el menor de edad se desvincula de los grupos al margen de la ley, es imperativo que sea puesto a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a fin de que éste le brinde protección mediante el programa especializado que para la atención de esta población ha diseñado y se encuentra ejecutando³⁷, de conformidad con la Ley 782 de 2002.

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados al margen de la ley que pertenezcan a poblaciones indígenas, debe respetarse la autonomía y la diversidad

cultural reconocida por la Constitución Política cuando establece que pueden ejercer funciones judiciales en su ámbito territorial.³⁸ En tal sentido, la Defensoría del Pueblo ha ejecutado un proyecto con los pueblos indígenas del país tendiente a lograr que los niños y niñas indígenas que han sido víctimas de reclutamiento ilícito por parte de los actores que participan en el conflicto armado interno, puedan regresar a sus comunidades en el menor tiempo posible en cumplimiento de los mandatos constitucionales que les reconocen a los pueblos indígenas su jurisdicción especial. En desarrollo del proyecto se logró iniciar un ejercicio de concertación con ellos y para ellos de lo que se ha dado en llamar la Ruta Jurídica Indígena, la cual, en todo caso, deberá respetar la multiculturalidad de los diversos pueblos existentes en el país, así como lograr que los derechos de los niños y las niñas sean verdaderamente respetados.

Para finalizar el recorrido por el marco normativo nacional es pertinente reseñar uno de los debates que han acompañado el tratamiento jurídico de la problemática de la niñez desvinculada del conflicto armado. La Ley 418 de 1997, *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, establece, en su artículo 50, parágrafo 2º, la extinción de la acción y de la pena para el caso de los delitos políticos, al establecer: *“Cuando se trate de menores de edad vinculados a las Organizaciones Armadas al margen de la ley a las que se les haya reconocido carácter político, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, quien decidirá la*

*expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994, en los términos que consagra esta ley”*³⁹. De la anterior disposición, las y los operadores jurídicos encargados de la protección de las y los menores de edad desvinculados dedujeron la necesidad de que se adelantara una judicialización de carácter penal en la jurisdicción de menores.

Como respuesta a esta interpretación, en julio de 2004 la Procuraduría General de la Nación expidió la Directiva No. 013 *“Por medio de la cual se fijan criterios en relación con la conducta a seguir por los servidores públicos frente a la desvinculación de menores de edad de los grupos armados al margen de la ley”*⁴⁰. Dicha Directiva dispone que *“los defensores de familia, los personeros municipales y los procuradores judiciales de familia que actúan ante los jueces de menores, promiscuos de familia y promiscuos del circuito, solicitarán a estos que se abstengan de iniciar investigaciones judiciales contra menores de edad desvinculados en su calidad de víctimas”*⁴¹. Esta Directiva, acompañada de los procesos de capacitación adelantados a nivel nacional por la Defensoría del Pueblo, generó que muchos operadores judiciales tomaran decisiones favorables al proceso de protección administrativo del niño, niña o adolescente desvinculado de los grupos armados ilegales y se abstuvieran de continuar con la acción penal, en atención a la consideración de las condiciones de vulnerabilidad previas al reclutamiento ilícito que experimentaba la población infantil, las condiciones en que se produjo dicho reclutamiento, las circunstancias que determinaron la permanencia en el grupo, así como su condición de víctima de la violencia.

33 *Ibid.*, artículo 22.

34 **COLOMBIA**. Ministerio de Defensa Nacional. **Decreto 2767 de 2004**, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 787 de 2002 en materia de reincorporación a la vida civil. Bogotá: El Ministerio, 2004, artículo 1.

35 **COLOMBIA**. Congreso de la República. **Ley 599 de 2000**, por el cual se expide el Código Penal. Bogotá: El Congreso, 2000.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-203-05.

37 Ley 782 de 2002... *Op. Cit.*, artículo 17

38 Constitución Política, 1991. Título VIII, De la Rama Judicial, Capítulo 5, De las jurisdicciones especiales, artículo 246.

39 Ley 418 de 1997... *Op. Cit.*, artículo 50.

40 Procuraduría General de Nación. Directiva 013, julio de 2004.

41 *Ibid.*

2.5. Jurisprudencia constitucional

Posteriormente, y en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-1 de la Constitución Política, dos ciudadanos presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2, del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, que reproduce de manera casi textual el artículo 50 de la Ley 418 de 1997⁴², mediante el cual se dispone la judicialización de los menores de edad desvinculados del conflicto armado interno; por considerar contrario a la Constitución judicializar penalmente a quienes por virtud de la misma ley son considerados víctimas de la violencia política y del delito de reclutamiento ilícito; siendo lo procedente que se le adelante un proceso de protección integral por vía administrativa. La Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar acompañaron tal demanda, con el fin de que a los menores de edad desvinculados del conflicto armado no se les judicializara penalmente, en atención a que la misma norma los califica como víctimas de la violencia política. Sin embargo, mediante Sentencia C-203 de 2005, la Corte Constitucional consideró que:

(...) Ni el derecho internacional ni el derecho interno prohíben que los menores sean procesados judicialmente como infractores de la ley penal, aunque deben serlo mediante procedimientos especiales y sometidos a sanciones distintas a las que se imponen a los adultos. Por tal motivo, no se encuentra que contraría los preceptos constitucionales, el que los menores que pertenezcan a grupos armados al margen de la ley puedan ser beneficiados por un indulto siempre y cuando cumplan las condiciones que señala la ley. A juicio de la Corte, esa responsabilidad penal no es incompatible con la función de protección del menor a cargo del Estado y la calidad de víctimas del conflicto armado que les reconoce en ciertos casos a los menores⁴³.

La Corte Constitucional en la misma sentencia indica que la orientación de la respuesta jurídica institucional que debe cumplir

el proceso penal que se adelanta en contra de los menores desvinculados de los grupos armados al margen de la ley es:

(...) 6.1. Una vez revisadas las reglas constitucionales, legales e internacionales aplicables a los problemas de los menores infractores de la ley penal y de los menores que participan en conflictos armados, para la Corte resulta claro que la respuesta jurídico-institucional al problema de la desmovilización de menores combatientes ha de estar orientada hacia una finalidad resocializadora, rehabilitadora, educativa y protectora. Esta conclusión se deriva de mandatos genéricos y específicos a nivel internacional y constitucional: (i) por una parte, es obligación del Estado promover el interés superior, la protección especial y los derechos fundamentales de estos menores, en su condición de víctimas particularmente vulnerables del conflicto armado y de un delito de guerra, y (ii) por otra parte, tanto el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño como su Protocolo Facultativo y las diversas disposiciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II obligan al Estado a adoptar programas destinados a resocializar, rehabilitar, educar y proteger a los menores que han sido afectados por el conflicto armado, para así fomentar la eventual reincorporación de dichos menores a la vida civil ordinaria en sus comunidades de origen (...) ⁴⁴.

Más adelante, la misma Corte menciona los factores mínimos que deben investigar los operadores judiciales en estos procesos penales a fin de lograr el grado de responsabilidad de estos menores de edad; dichos factores son especificados de la siguiente manera:

(...) 6.4.2. La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que

cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes-, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley⁴⁵.

En conclusión, para la Corte Constitucional se ajusta a la Constitución el que los menores de edad desvinculados de los grupos armados al margen de la ley, aunque sean víctimas de la violencia política y de reclutamiento ilícito,

puedan ser procesados por la jurisdicción de menores para que se establezca su responsabilidad penal, por la comisión de los ilícitos durante el tiempo que era sujeto pasivo de un hecho punible. Para la Corte la admisibilidad de la responsabilidad de los menores de edad se encuentra sujeta a los principios de diferenciación y especificidad, y está orientada por una finalidad educativa, rehabilitadora y protectora y tutelar. Igualmente, indica que, como con cualquier infractor de la ley penal, se debe tener en cuenta que se le debe respetar el debido proceso y las formas propias de cada juicio, así como que en la valoración de la conducta se adelanten los esfuerzos necesarios para que se pueda contar con los suficientes elementos de juicio para tomar una decisión acorde al derecho.

2.6. Obligaciones jurídicas para la atención de los y las menores de edad desvinculados

De conformidad con la normatividad y la jurisprudencia revisada hasta el momento, es necesario clarificar el proceso que se debe cumplir cuando se tiene conocimiento de la desvinculación de un menor de edad de algún grupo armado al margen de la ley en Colombia.

La autoridad civil, militar o judicial que constate la desvinculación del niño, niña o adolescente, dentro de las treinta y seis (36) horas ordinarias siguientes a su desvinculación, o en el término de la distancia, deberá entregarlo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que le brinde la protección y atención en el programa especializado destinado a esta población. En el momento de la entrega dicha autoridad debe levantar un acta, en donde se constaten los datos de individualización del desvinculado, su huella dactilar y las circunstancias de desvinculación de la organización armada al margen de la ley, así como sus circunstancias socio-familiares y económicas.

⁴² La única modificación que aparece en el texto del artículo 19 parágrafo 2 consiste en cambiar la expresión “organizaciones armadas”, por la de “grupos armados”.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-203-05

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

El Decreto 128 de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil, dispone en su artículo 22 que queda proscrita cualquier utilización de menores de edad en actividades de inteligencia militar y el Artículo 1 del Decreto 2767 de 2004, que reglamenta los beneficios para los desmovilizados y reincorporados, prescribe que están excluidos de cualquier forma de colaboración o cooperación con la fuerza pública.

Una vez el o la menor de edad es puesto a disposición del ICBF, esta entidad deberá dar aviso al Ministerio de Defensa Nacional para que verifique su vinculación al grupo armado al margen de la ley y al Ministerio del Interior y de Justicia para su seguimiento y posterior reconocimiento de los beneficios a que tiene derecho.

Simultáneamente, quien constate la desvinculación, dentro del término de 36 horas, debe remitir lo pertinente a la autoridad judicial competente incluyendo el acta respectiva para que se inicie el proceso dispuesto por la normatividad de orden público. Respecto al proceso judicial iniciado al niño, niña o adolescente, éste se debe realizar respetando los principios de especificidad y de diferenciación que conlleva el tratamiento jurídico penal. Por ello, dicha autoridad debe buscar como primera medida la promoción y materialización de: I) Su interés superior; II) Sus derechos fundamentales prevalecientes; y, III) Su condición de sujetos de protección jurídica reforzada. Igualmente, debe orientarse primordialmente hacia su resocialización, rehabilitación, protección, tutela y educación. Así mismo, en estos procesos se debe garantizar el servicio de defensoría pública y la efectiva actuación de la Procuraduría Judicial y de los Defensores y Defensoras de Familia adscritos a los juzgados, con el fin de garantizar la protección de los derechos de los niños y las niñas en el proceso judicial.

Los jueces y las juezas que tengan conocimiento del proceso adelantado al niño, niña o adolescente desvinculado del grupo armado ilegal, deberán remitir al Comité Operativo para la Dejación de

las Armas (CODA) copia del acta de entrega voluntaria, de la versión libre y de la providencia que define la situación jurídica del niño, niña o adolescente en el término de tres (3) días. Una vez el CODA reciba los documentos cuenta con 20 días para verificar el hecho de la vinculación del niño, niña o adolescente al grupo armado ilegal, debe expedir la respectiva certificación y remitir copia de ella al juzgado de conocimiento para que ese Despacho de manera inmediata termine la actuación judicial mediante la cesación de procedimiento.

Es importante mencionar que el Juez de Menores o Promiscuo de Familia competente pueden decidir sobre la medida de protección integral a aplicar al niño, niña o adolescente desvinculado del grupo armado ilegal, en coordinación con el ICBF, al cual podrá solicitar la información necesaria, pero dicha medida solo se puede cumplir, por mandato legal en el programa especializado del ICBF para la atención de esta población.⁴⁶

2.7. La Ley de Justicia y Paz

Es importante hacer referencia a la Ley 975 de 2005⁴⁷, más conocida como “Ley de Justicia y Paz”. Se trata de una norma de iniciativa gubernamental, aprobada por el Congreso de la República y que ha sido declarada exequible por la Corte Constitucional, en algunos apartes demandados.

En relación con esta norma, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia para el año 2005:

(...) invita al Gobierno y al Congreso a introducir en la legislación sobre la desmovilización y reincorporación de miembros de grupos armados ilegales las reformas necesarias para que esa normativa sea más compatible con los principios y normas internacionales sobre los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, con la debida atención a las situaciones especiales de las mujeres, los niños y las minorías étnicas (...)⁴⁸

No obstante las observaciones formuladas por la Oficina, uno de los grandes avances de la Ley 975 de 2005 consiste en imponer la toma de todas las medidas adecuadas y las acciones para

proteger los derechos de las víctimas y los testigos, para lo cual se deben tener en cuenta factores como la edad, el género y la salud, así como la índole del delito cometido, en especial cuando éste entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra los niños y las niñas⁴⁹. Esta disposición constituye un avance en la medida en que reconoce que existen agresiones específicas en contra de las mujeres, los niños y las niñas en el marco del conflicto armado, tal y como lo pone de presente esta investigación, y exige la toma de previsiones para protegerlos en su condición de víctimas, incluso hasta contemplar excepciones al carácter público de las audiencias de juzgamiento para proteger la integridad y la dignidad de las víctimas⁵⁰.

De otra parte, la Ley dispuso en el artículo 10, ordinal 10.3, dentro de los requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva, que para acceder a los beneficios los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley deben poner a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados. Sin embargo, más adelante, en el artículo 64 establece que la entrega de menores de edad por parte de miembros de grupos armados al margen de la ley no será causal de pérdida de los beneficios a los que se refieren esa ley y la 782 de 2002⁵¹.

En principio, el espíritu de la norma implica facilitar las condiciones para que los grupos armados organizados al margen de la ley entreguen a los menores de edad que han sido reclutados ilícitamente por ellos sin que por el hecho de la entrega pierdan los beneficios establecidos en la ley, contrario a lo contemplado en las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002, para así facilitar la posibilidad de que se adelanten procesos de negociación colectiva que conduzcan al principal propósito gubernamental de lograr la desmovilización.

De hecho, las esperadas entregas de menores de edad reclutados ilícitamente no han tenido ocurrencia a cabalidad. La información que se conoce es que en el marco de algunos eventos de desmovilización de grupos armados organizados al margen de la ley que se encuentran en procesos de negociación con el Gobierno nacional, no se han entregado públicamente menores de edad. La Defensoría del Pueblo ha podido constatar, que si bien unos días antes de la desmovilización de adultos, han ingresado al Programa de Atención Especializado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, niños, niñas y adolescentes que se desvincularon de los grupos armados al margen de la ley en forma “individual y voluntaria”, estos no han sido entregados en el proceso de desmovilización en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Con esta situación, los grupos armados al margen de la ley buscan invisibilizar el reclutamiento ilícito de menores por parte de ellos, así como su desvinculación con las consecuencias que esta invisibilización implica para el menor de edad, para la sociedad en general y para satisfacer adecuadamente los derechos a la justicia y a la reparación.

De igual manera, la Defensoría del Pueblo ha recibido información, según la cual, en los procesos de desmovilización colectiva que han tenido lugar en el año 2006, no se ha producido la entrega de menores de edad reportados como integrantes de los grupos desmovilizados. Al respecto, conviene indicar que, de conformidad con el oficio 14320-023739 del 17 de mayo de 2006, el Secretario General del ICBF informó a la Defensoría del Pueblo que “(...) *el número de menores de edad que se han desvinculado de las organizaciones armadas al margen de la ley, con las que el Gobierno ha adelantado negociaciones de paz, a partir del 25 de junio de 2005 fecha en la*

46 Ley 782 de 2002... Op. Cit., artículo 8.

47 **COLOMBIA.** Congreso de la República. **Ley 975 de 2005**, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Bogotá: El Congreso, 1995.

48 E/CN.4/2006/009.

49 Ley 975 de 2005... Op. Cit., artículo 38.

50 *Ibid.*, artículo 39

51 *Ibid.*, artículo 64.

que entró en vigencia la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz”, es de 212, entre niños y niñas. Sin embargo, en los procesos de desmovilización que han venido llevándose a cabo por parte del Gobierno nacional y los grupos de autodefensas en el país durante el año 2006, los cuales han implicado la desmovilización de 18.372 mayores de edad hasta el 16 de agosto⁵², no se han entregado de manera oficial y pública los menores de edad reclutados por parte de los mismos grupos desmovilizados.

De acuerdo con lo señalado, los grupos armados ilegales no estarían cumpliendo con su obligación de entregar a los menores de edad en el proceso de desmovilización. Este comportamiento de los grupos armados al margen de la ley estaría privando de la atención y el restablecimiento de derechos a la población de menores de edad afectada por el reclutamiento; pues en muchos casos, simplemente se está devolviendo a sus regiones o en el mejor de los casos a sus familias, sin darle oportunidad a que el Estado la atienda de manera integral en el programa diseñado para tal fin en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Adicionalmente constituye un incumplimiento de las obligaciones de los grupos armados para su efectiva desmovilización.

Al respecto, en el informe al Consejo de Seguridad por parte del Secretario General de las Naciones Unidas para el año 2001 sobre los niños y los conflictos armados, se indica que se han realizado actividades de desmovilización de niños soldados en Colombia, calificándola de fundamental, pues la desmovilización de los niños no puede supeditarse a consideraciones políticas. Agrega que la posibilidad de acercar a los niños con sus familias fortalecidas, más el establecimiento de una infraestructura económica con oportunidades es fundamental para el proceso de reintegración, para así romper el ciclo que facilite un nuevo reclutamiento en su condición de ya haber sido entrenados⁵³. Así, es importante que el Estado colombiano no desfallezca en sus esfuerzos por

lograr la mayor cantidad de menores de edad desvinculados de los grupos armados ilegales organizados al margen de la ley, independientemente de las consideraciones de carácter político, y en tal medida lograr que en cualquier ejercicio en ese sentido se inicien las gestiones tendientes a lograr dicha desvinculación.

Pero la desvinculación no puede darse de tal forma que los niños, niñas y adolescentes que se desvinculan de esos grupos, no le sea informada al Estado, la sociedad y la familia. Por tratarse el reclutamiento ilícito de uno de los delitos que más afecta la conciencia de la humanidad, se hace necesario que los responsables de tales conductas sean castigados de forma ejemplar.

También se hace necesario que el Estado cuente con las condiciones mínimas para recibir de manera adecuada a los niños con sus particulares afectaciones, a las niñas con las suyas propias, y a los y las adolescentes, quienes pueden llegar con parejas y con hijos producto de esa relación. Las condiciones mínimas implican la promoción de programas de apoyo a las familias de origen de los menores de edad desvinculados, y a los entornos de las mismas, para que se conviertan en factores protectores, en su condición de corresponsables con el Estado, de la realización y protección de los derechos de los niños. También implica, la generación de opciones reales de reinsertarse en la vida social y económica del país, de tal forma que puedan pensar en la construcción de un proyecto de vida que les permita generar sus propios ingresos. Finalmente se considera que, por tratarse de víctimas de la violencia política, entre otras muchas afectaciones de las que han sido sujetos, requieren que para ellos también haya justicia, verdad y reparación, en especial, cuando la restitución de derechos no puede ser una responsabilidad exclusiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sino del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF) en su conjunto.

2.8. Responsabilidad penal de la niñez desvinculada de los grupos armados ilegales.

Se considera desproporcionado el tratamiento judicial que reciben los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales, respecto del que es ofrecido a los adultos desmovilizados que los han reclutado ilícitamente. Ello por cuanto la Corte Constitucional en la sentencia C-203-05 manifiesta que los menores de edad desvinculados “*son considerados víctimas del conflicto armado pero dicha condición no los exime per se de toda responsabilidad penal [y que] (...) no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal.*”⁵⁴.

En efecto, mientras la ley faculta que el sujeto activo del delito de reclutamiento ilícito e inclusive de otros delitos, no pierda sus beneficios por reclutar menores de edad en un grupo armado ilegal organizado, permite que los menores de edad que reclutó sean considerados y tratados como infractores de la ley penal y sometidos al procedimiento judicial correspondiente e incluso puedan perder los beneficios contemplados para ellos en la ley 782 de 2002. Esta situación inequitativa no guarda armonía con los preceptos constitucionales que obligan al Estado colombiano para que los derechos de los niños y niñas prevalezcan sobre los derechos de los demás.

En el año 2002 el Secretario General de las Naciones Unidas respecto de “Los niños y los conflictos armados” manifestó que “*En la Resolución 1379 de 2001, el Consejo de Seguridad insta a los Estados Miembros a enjuiciar a los responsables de las violaciones*

flagrantes de los derechos de los niños en situaciones de conflicto armado y a excluir esos crímenes de las disposiciones sobre amnistía, cuando sea factible”⁵⁵, y en relación con los menores de edad indica en su informe del año 2001 que:

En los casos en que los niños aparezcan como víctimas, como testigos o como perpetradores de esos terribles crímenes, deberá pensarse muy detenidamente en la manera como se han de documentar y describir sus experiencias; si puede hacerse participar a los propios niños en los procesos de búsqueda de la verdad y la justicia, y qué reparación pueden ofrecer esos procesos a los niños traumatizados a sus familias y a la sociedad⁵⁶.

Por tal razón es sumamente importante que los jueces y juezas de la República, los y las fiscales en el marco de la ejecución del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, operadores y operadoras, en manos de quienes se encuentra el futuro de estos niños, niñas y adolescentes, asuman el análisis de estos casos desde la perspectiva de la especificidad y diferenciación, analizando cada caso en particular y las circunstancias que motivaron a ese niño, niña o adolescente a vincularse a un grupo armado al margen de la ley y si su conducta se encuentra dentro de los tres elementos que constituye el delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Por otra parte, inquieta a la Defensoría del Pueblo las dificultades que puede vivir un menor de edad que se desvincule de alguno de los grupos armados ilegales, y que no haya sido relacionado en la lista de desmovilizados entregada al Gobierno nacional; situación que ha venido ocurriendo en los últimos eventos de entregas colectivas. Lo anterior por la modalidad de desvinculación “individual y espontánea” en que se ha venido recibiendo por parte de las autoridades

52 COLOMBIA. Presidencia de la República. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. *Informe Ejecutivo: Proceso de Paz con la Autodefensas*. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Agosto 2006.

53 A/56/342-S/2001/852

54 Corte Constitucional. Sentencia C-203-05

55 S/2002/1299

56 Resolución 1397. Aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su 4423ª sesión, celebrada el 20 de noviembre de 2001 (S/RES/1379-20).

concernidas del Estado a los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales que se encuentran en procesos de negociación, y no como producto de la entrega por parte del mismo grupo armado al Gobierno nacional, lo cual favorece un proceso de invisibilización del fenómeno del reclutamiento. Ello por cuanto para que sea atendido en el programa especializado del ICBF y para que sea certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, debe indicar a que grupo ilegal pertenecía y por cuanto tiempo. Esta declaración debe ser trasladada a la jurisdicción de menores para la judicialización del menor de edad, y esta jurisdicción, a su vez, debe correr trasladado a la Fiscalía General de la Nación a fin de que inicie la investigación penal para establecer si existió el delito de reclutamiento ilícito. Si ello es así y tal delito no fue confesado en el marco de las disposiciones de la Ley 975 de 2005, se deberá verificar si no ocurrió de manera intencional o dolosa, y quien sea responsable de tal conducta puede perder los beneficios que dicha ley otorga.

Vale decir que tal forma de desvinculación, contraria a la Ley 975 de 2005, puede poner en riesgo la vida e integridad personal del menor de edad desvinculado y de su familia, lo cual hace imperativo para el Estado establecer mecanismos reales de protección del menor de 18 años en su condición de víctima del delito de reclutamiento ilícito y de testigo de la comisión de delitos en el marco del mismo conflicto, máxime cuando en la actualidad el programa especializado de atención de dichos menores de edad corresponde al ICBF.

2.9. Utilización de menores de edad desvinculados en actividades de inteligencia militar.

La información disponible en la Defensoría del Pueblo indica que se podrían estar presentando incumplimientos manifiestos de las disposiciones contenidas en el Decreto 128 de 2003, que prohíbe la utilización de menores de edad

desvinculados del conflicto armado en actividades de inteligencia militar, y que establece la obligación de la fuerza pública de poner al niño o la niña desvinculado a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a más tardar dentro de las 36 horas siguientes al momento de la desvinculación, y las contenidas en el Decreto 2767 de 2004, de acuerdo con las cuales los menores de edad, están excluidos de cualquier forma de colaboración o cooperación con la Fuerza Pública.

En este orden, la Defensoría del Pueblo en el marco de la presente investigación recibió ocho quejas en el sentido de que niños y niñas desvinculados han permanecido en Estaciones de Policía, en Batallones del Ejército y en Instituciones de Policía Judicial, después de su desvinculación (independiente de si se entregaron voluntariamente o fueron capturados) por más de 36 horas. Varios de las y los menores de edad entrevistados (8) manifestaron que habían recibido presiones para que suministraran información a miembros de la fuerza pública, lo mismo que a participar en operativos y a señalar o denunciar a los miembros del grupo de procedencia. Estas quejas ya han sido puestas en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación por parte del Defensor del Pueblo para que se adelante las investigaciones a que hubiere lugar⁵⁷.

En esta misma dirección es importante destacar la comunicación enviada el 17 de agosto de 2004 por el Ministro de Defensa Nacional de la época, doctor Jorge Alberto Uribe Echavarría, al Comandante General de las Fuerzas Militares General Carlos Alberto Ospina, mediante la cual, le solicita adoptar las medidas necesarias, para informarle a los miembros de las fuerzas militares el trato debido a los menores de edad desvinculados del conflicto armado y donde proscribire, expresamente, cualquier forma de utilización de menores en actividades de inteligencia, registrando un total de seis quejas de menores contra las Fuerzas Militares, las cuales, estaban siendo investigadas por el Inspector General de las Fuerzas Militares.

Se considera que la utilización de menores de edad para obtener información de inteligencia militar o para cualquier propósito de colaboración en el marco del conflicto armado, por parte de las fuerzas regulares del Estado colombiano, podría constituir una clara utilización para obtener ventaja militar, y atentaría contra las normas del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y a las disposiciones del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo, que reprocha el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados y compromete al Estado a adelantar todas las acciones a su alcance para la eliminación inmediata de ésta práctica.

En este sentido la Defensoría del Pueblo logró incluir en el proyecto de ley de Código de Infancia y Adolescencia (Proyecto de Ley No. 085 de 2005 Cámara – 215 de 2005 Senado), la prohibición especial del artículo 176 que ya fue referenciada en este capítulo.

2.10. Política pública para la atención integral la niñez desvinculada

La Defensoría del Pueblo reconoce que durante los últimos años se han venido registrando avances importantes en la atención de las y los menores de edad desvinculados de los grupos armados organizados al margen de la ley, evidencia de ello lo constituye la existencia unificada del Programa de Atención Integral a Niños, Niñas y Adolescentes Desvinculados de Grupos Armados Irregulares del ICBF. Este aspecto es reconocido además por el Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la problemática de los Niños y los Conflictos Armados del año 2005, en el que informó sobre la evolución de la situación en Colombia afirmando que “(...) se han logrado avances en la supresión del reclutamiento y utilización de niños por

parte de grupos armados ilegales en Colombia (...) [A pesar de ello] no se comprometieron a poner fin a ese reclutamiento y utilización”⁵⁷. Este mismo texto reconoce la existencia del programa del ICBF, así como la asistencia brindada por la Organización Internacional para las Migraciones en los departamentos de Chocó y Cauca.

No obstante estos avances, la Defensoría del Pueblo ha insistido en que no se ha diseñado hasta el momento una política pública integral, intersectorial, permanente y sostenida para la atención de la niñez víctima del conflicto armado. En la actualidad únicamente se registra el funcionamiento del programa de Atención a Víctimas de la Violencia del ICBF uno de cuyos componentes es el específico para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados organizados al margen de la ley.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos gubernamentales y de la asignación de recursos nacionales y de la cooperación internacional para ofrecer una mejor atención en el programa del ICBF, se hace necesario el planteamiento de una política pública de infancia capaz de movilizar al Estado, a la sociedad y a las familias, así como a los grupos alzados en armas, para prevenir el reclutamiento o vinculación de las personas menores de 18 años a las hostilidades, y capaz de lograr, con una adecuada y coordinada convergencia institucional, la inserción social y familiar de la niñez afectada por el conflicto armado. En este sentido, el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia para el año 2005 indicó:



57 Oficio Número 013060-000498 del 7 de junio de 2006 remitido por el Señor Defensor del Pueblo Dr. Volmar Pérez Ortiz al Señor Procurador General de la Nación Dr. Edgardo Maya Villazón.

58 A/59/695-S/2005/72

85. La situación de la niñez ha sufrido un sensible deterioro, en parte debido al alto nivel de maltrato y de abuso sexual, y a la vulnerabilidad derivada de la pobreza asociada al desplazamiento. Los grupos armados ilegales continúan con la práctica del reclutamiento de menores. El 30% de las víctimas civiles de minas antipersonal fueron niños y niñas. La situación de niñas y niños desvinculados del conflicto armado sigue pendiente de medidas más eficientes. Hubo casos de niños utilizados en actividades de inteligencia, como informantes o guías del Ejército.⁵⁹ (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, el mencionado informe insiste en que el reclutamiento de menores de edad por parte de grupos organizados al margen de la ley es persistente y en que las medidas tomadas no han sido lo suficientemente efectivas para impedirlo⁶⁰.

No ha sido posible diseñar y aplicar a su vez indicadores de medición de impacto de los programas que se adelantan, así como de hacer seguimiento efectivo a la realización de derechos fundamentales tales como: la integridad personal, la educación, la salud, tener una familia, el cuidado, la recreación, el agua potable y el saneamiento básico, las condiciones de vivienda, la explotación sexual y económica, situaciones que hacen parte de las políticas sociales de atención básica, y que han sido desconocidas en materia de infancia.

Con base en estas conclusiones y en el seguimiento realizado por la Defensoría del Pueblo, se evidencia la necesidad de contar con una política pública integral que defina lineamientos para la atención de la niñez víctima de la violencia política, lo anterior incluye la población infantil víctima de reclutamiento forzado, la que se ha desvinculado de los grupos armados ilegales, la desplazada por el conflicto, la afectada por las minas antipersonal, la que se encuentra en situación de abandono por las muertes producto de la confrontación armada, la utilizada como mano de obra en las zonas de cultivos ilícitos que dominan los grupos armados y la que se encuentra separada de su entorno familiar.

Dicha política debe abarcar no solamente la asignación de recursos presupuestales para atender los problemas descritos, sino que debe

incluir la mejoría sustantiva en la calidad de vida de niños y niñas que no han podido alcanzar el disfrute de sus derechos fundamentales y prevalentes. Esto es, la ampliación de cobertura educativa y la optimización de la calidad de la educación que ofrecen las escuelas. La provisión de colegios de secundaria a donde puedan acudir los niños y niñas, quienes una vez terminan su primaria deben buscar en municipios vecinos una institución educativa en la cual puedan culminar su proceso educativo, pero a la que no pueden asistir, o bien por que no hay cupo, o por la condición de pobreza de sus familias que les impide el pago del respectivo transporte.

Desde esta perspectiva, la intervención debe, además, contener lineamientos para la oferta de recreación para niños y niñas que solo asisten a la escuela media jornada y para aquellos que están por fuera del sistema educativo, quienes no encuentran otra alternativa de ocupación más que la vinculación a formas de explotación, incluida la vinculación a los grupos armados presentes en sus regiones.

