

Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano

Jaime Cubides Cárdenas (Ed.) • Nathalia Chacón Triana
Claudia Patricia Garay Acevedo • Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Sandra Montoya Ruiz • Carolina Rodríguez Bejarano • Paula Andrea Barreto Cifuentes
Carlos Eduardo Castro Buitrago • John Castro Ortiz

PÚBLICO 20

IUS-Público es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del Derecho Público actual; propicia y abre espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a nuestra sociedad en lo pertinente al Derecho TIC, el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en el Derecho Público, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y la mejora del sector público a escala nacional e internacional.

OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

- Política exterior y diplomacia cultural. Hacia Colombia en posconflicto
- Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana
- El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- Perspectivas del constitucionalismo
- Pensar el derecho como derecho virtual

JAIME CUBIDES CÁRDENAS. Abogado y especialista en Derecho Público, Universidad Autónoma de Colombia. Especialista y Magister en Docencia e investigación, Universidad Sergio Arboleda. Estudiante de Doctorado en Derecho línea de investigación en Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Docente investigador y líder del grupo “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co

NATHALIA CHACÓN TRIANA. Abogada. Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo. Magíster en Defensa de DDHH y DIH ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales, Universidad Santo Tomás. Candidata al Doctorado en Derecho línea de investigación de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Profesora e investigadora, Universidad Católica de Colombia. Contacto: nmchacon@ucatolica.edu.co

CLAUDIA PATRICIA GARAY ACEVEDO. Candidata a doctora en Derecho Internacional, Universidad Alfonso X El Sabio, España. Abogada, especialista en Derecho Internacional Aplicable a Conflictos Armados y Magíster en Filosofía Latinoamericana, Universidad Santo Tomás. Investigadora y asesora del CEESEDEN, Escuela Superior de Guerra. Contacto: claugaray@hotmail.com

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO. Doctor en Derecho Público. Docente e investigador nacional de CONACYT. Profesor de la UNACH. Profesor honorario de la UNAM. Director de la *Revista Jurídica Primera Instancia*. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

SANDRA MONTOYA RUIZ. Magíster en Asuntos Internacionales. Especialista en Organizaciones, Responsabilidad Social, Desarrollo, Universidad de los Andes. Politóloga con énfasis en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana. Docente investigadora de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: sjmontoya@ucatolica.edu.co

CAROLINA RODRÍGUEZ BEJARANO. Magíster en Defensa de DDHH y DIH ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Abogada, Docente investigadora y Coordinadora de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Pereira. Contacto: carolinarb@unilibrepereira.edu.co

PAULA ANDREA BARRETO CIFUENTES. Estudiante de Derecho. Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” e integrante del semillero Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: pabarreto04@ucatolica.edu.co

CARLOS EDUARDO CASTRO BUITRAGO. Estudiante de Derecho. Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”. Integrante del semillero Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: cecastro97@ucatolica.edu.co

JOHN CASTRO ORTIZ. Estudiante de Derecho. Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jjcastro04@ucatolica.edu.co

Jaime Cubides Cárdenas (Ed.) • Nathalia Chacón Triana
Claudia Patricia Garay Acevedo • Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Sandra Montoya Ruiz • Carolina Rodríguez Bejarano • Paula Andrea Barreto Cifuentes
Carlos Eduardo Castro Buitrago • John Castro Ortiz

Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano

B
PÚBLICO 20



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Cubides Cárdenas, Jaime

Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano / Jaime Cubides Cárdenas y otros ocho. –Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2017

116 páginas; 17 x 24 cm .—(Colección Jus Público ; no. 20)

ISBN: 978-958-8934-88-4 (impreso)

ISBN: 978-958-8934-89-1 (digital)

I. Título II. Serie. III. Barreto Cifuentes, Paula Andrea IV. Castro Buitrago, Carlos Eduardo V. Castro Ortiz, John VI. Chacón Triana, Nathalia VII. Garay Acevedo, Claudia Patricia VIII. Martínez Lazcano, Alfonso Jaime IX. Montoya Ruiz, Sandra X. Rodríguez Bejarano, Carolina

1. Derechos humanos-Aspectos jurídicos. 2. Derecho internacional. 3. Derechos humanos.

Dewey 323.4 . ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 10 de marzo de 2017

2do concepto

Evaluación: 13 de marzo de 2017

© Universidad Católica de Colombia

© Jaime Cubides Cárdenas (Ed.)

Nathalia Chacón Triana

Claudia Patricia Garay Acevedo

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Sandra Montoya Ruiz

Carolina Rodríguez Bejarano

Paula Andrea Barreto Cifuentes

Carlos Eduardo Castro Buitrago

John Castro Ortiz

Primera edición, Bogotá, D. C.

Marzo de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gustavo Patiño Díaz

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N°. 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Presentación	7
Introducción	9
Capítulo 1. El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	13
Resumen	13
Introducción.....	14
Metodología.....	15
Plazo razonable en torno a los convenios internacionales.....	15
Plazo razonable como garantía ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus elementos.....	17
Complejidad del asunto	18
La actividad procesal del interesado.....	20
La conducta de las autoridades judiciales	21
Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso	22
Plazo razonable reparativo.....	23
Búsqueda de la reparación integral a las víctimas.....	24
Elaboración de monumentos y placas; nombramiento de calles en honor de las víctimas	25
Adecuación de la Convención con el derecho interno (control de convencionalidad)	26
Brindar cursos, programas o capacitaciones a funcionarios públicos sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario	27

Tratamientos médicos y psicológicos que contribuyan a la reparación integral de las víctimas.....	28
Desarrollo de investigaciones por parte del Estado responsable.....	29
Conclusiones	29
Capítulo 2. Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia:	
marcos de protección en el derecho internacional de los derechos humanos	31
Resumen	31
Introducción	32
Metodología	34
Aspectos generales	34
Contexto.....	34
Garantías instituidas en el ordenamiento jurídico colombiano	38
Garantías constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos	38
Garantías legales.....	40
Garantías en el marco de la justicia transicional	44
Formas de reclutamiento	46
Políticas y caracterización de los avances del Estado en la lucha contra el reclutamiento ilícito en Colombia.....	47
Limitaciones al reclutamiento lícito - Servicio militar obligatorio	47
Reclutamiento por parte de grupos paramilitares, guerrillas y bandas criminales (Bacrim). Elementos diferenciales	49
Reclutamiento de menores por grupos de pandillas	51
Delito de trata de personas frente al delito de reclutamiento ilícito	52
Conclusiones	53
Capítulo 3. Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	57
Resumen	57
Introducción.....	58
Estándares internos de protección (México y Colombia)	59
Supremacía constitucional.....	60
Marco constitucional en materia castrense	62
Jurisdicción penal militar.....	65
Ámbito internacional.....	67
Sistemas regionales de protección de derechos humanos	67
Sistema Interamericano (latinoamericano) de derechos humanos	68
Límites regionales a la jurisdicción penal militar	69

Derecho al acceso eficaz en la administración de justicia	70
Derecho a un juez natural	74
Impunidad	75
Control difuso de convencionalidad	77
Aplicación del control de convencionalidad difuso	78
Reforma al Código de Justicia Militar	81
Declaración de cumplimiento	82
Conclusiones	83
Capítulo 4. Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto	85
Resumen	85
Introducción	86
Margen de apreciación nacional y bloque de constitucionalidad	88
Conducencia de elementos jurídicos: elementos de análisis	94
Conclusiones	101
Conclusión general. A manera de exordio	103
Bibliografía	107

PRESENTACIÓN

Este libro, denominado *Desafíos contemporáneos para la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*, contiene resultados del proyecto de investigación “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que hace parte de la línea de investigación “Fundamentación e implementación de los derechos humanos”, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia. El grupo es reconocido y categorizado como tipo B por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias), registrado con el código COL0120899 y vinculado con el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Católica (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad.

El texto contiene resultados del trabajo en cooperación con el proyecto de investigación “Desafíos para la seguridad y defensa nacional de Colombia”, que hace parte de la línea de investigación “Memoria histórica, construcción de paz, derechos humanos, DICA y justicia”, del grupo de investigación del mismo nombre. Este grupo es reconocido y categorizado en D, por Colciencias, y registrado con el código COL0141423. La presente investigación tiene participación de investigadores externos internacionales, de la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH) de México y de un investigador nacional de la Universidad Libre (seccional Pereira).

INTRODUCCIÓN

Este libro tiene como objetivo brindar herramientas que lleven a un mejor entendimiento a estudiantes y abogados sobre diferentes aspectos relacionados con los *derechos humanos* y el *Sistema Interamericano de derechos humanos*. Para ello se hace énfasis en problemáticas que se han desarrollado en los Estados de Colombia y México, las cuales versan sobre el cumplimiento de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la sistemática violación a los derechos humanos en el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos alzados en armas en el Estado colombiano; los excesos de las fuerzas armadas en el cumplimiento de sus funciones, y la extralimitación en asuntos que no versan sobre la competencia de estas y que han llevado a ambos Estados a instancias internacionales, por ser responsables de transgredir la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A su vez, contiene los esfuerzos del Estado colombiano por lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto armado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que ha representado más de 50 años de violaciones sistemáticas a los derechos humanos; ello, con la inclusión de elementos jurídicos que permitan tener una armónica etapa de posconflicto.

Los Estados, por antonomasia, han tenido el poder de institución reflejado en su fuerza militar, con el cual se ha ejercido un poder coercitivo sobre la población; también, se le ha reconocido su elemento subjetivo como Estado, el cual le permite defender su soberanía. Sobre estas premisas, los dos Estados han

desplegado su poder militar con miras a defender su institucionalidad y su forma de gobierno, lo que ha causado perjuicios a la población civil. Por otra parte, los grupos que han luchado contra el Estado han buscado fortalecerse en número por medio del reclutamiento en sus filas de niños, niñas y adolescentes, que terminan despojados así de una niñez y juventud sanas y recreativas, a cambio de una vida de riesgos, muerte y combate armado. De allí surge la necesidad de llegar a un acuerdo, como el presente acuerdo de paz, que permita finalizar el conflicto y que estructure unos derroteros con los cuales se garantice el respeto por los *derechos humanos* y su materialización dentro del Estado, con el fin de identificar los elementos jurídicos que permitan una vida digna dentro del posconflicto.

Los excesos o la forma desmedida en la que opera la fuerza pública, que en ocasiones conlleva delitos y violaciones de derechos humanos, son sancionados bajo la justicia penal militar. Por eso se ha insistido en que la mencionada justicia sea la encargada de sancionar hechos con ocurrencia del servicio y cuando los sujetos estén en funciones de su cargo, y que sea la justicia ordinaria la encargada de sancionar los hechos punibles que cometen los funcionarios cuando las acciones no se encuentren dentro de esos parámetros; de ahí la importancia de delimitar la jurisdicción penal militar.

La carta magna de los Estados organiza su poder político y su institucionalidad frente a la población y demás Estados; así, también, el poder de la fuerza pública se encuentra en ella como institucionalidad para defender los intereses del Estado y garantizar el bienestar a la población. Aparte del poder político, dicha carta contiene derechos y libertades de esa población dotada de derechos constitucionales con carácter de fundamentales, que son inherentes a la persona y no se pueden perder o desconocer, ni siquiera en los estados de excepción. Dicha carta se suscribe con el ánimo de que perdure y se continúe con la institucionalidad y las garantías, pero con frecuencia son ultrajadas por los jefes de turno, quienes adecúan la carta a su forma de gobierno, como si aquella fuese una ficha de ajedrez.

Por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se dará competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los abusos cometidos por acción u omisión del Estado en materia de derechos humanos, de forma que transgredan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si el aparato judicial del Estado no satisface el lineamiento de “Verdad, justicia

y reparación” a sus víctimas. Dicho cuerpo colegiado ya se ha encargado de hallar responsables a Estados como Colombia y México por violaciones a la Convención, y por ende, los ha condenado a reparar a las víctimas.

Con base en lo anterior, y conforme con el título que se presentó para este libro, se tiene como corolario este punto: los *desafíos* que se mencionan y que se desarrollarán a lo largo del texto, desde distintas perspectivas para la protección de derechos humanos, son, en esencia, unos marcos de referencia y una suerte de criterios orientadores, para que los Estados que integran el Sistema Interamericano de derechos humanos y que enfrentan en la actualidad algunas problemáticas sociales puedan aproximarse a una protección real y a una garantía integral para los derechos humanos, bajo la observancia y la búsqueda del cumplimiento de estándares internacionales, como eje transversal para sus fines.

EL PLAZO RAZONABLE A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

Jaime Cubides Cárdenas

Carlos Eduardo Castro Buitrago

Paula Andrea Barreto Cifuentes

Resumen

El objetivo esencial es el análisis del *plazo razonable*, que tiene trascendencia y desarrollo en los tratados internacionales que lo garantizan, referente a los derechos humanos, y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El capítulo está dividido en cuatro ejes temáticos: el primero se enfoca en la ubicación del *plazo razonable* en los convenios internacionales; el segundo analiza los elementos que componen el plazo razonable judicial según la Corte IDH; el tercero identifica el plazo razonable reparativo

.....
1 Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación “Fundamentación e implementación de los derechos humanos”, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo B, por Colciencias, y registrado con el código COL0120899. El grupo está vinculado con el Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

desarrollado en la jurisprudencia para el cumplimiento de los puntos resolutivos de las sentencias emitidas por la Corte IDH; y el cuarto eje analiza los puntos resolutivos más frecuentes en materia del plazo razonable, además se inmiscuye en la reparación integral dentro del plazo razonable.

La conclusión planteada muestra cómo tanto el plazo razonable judicial como el plazo razonable reparativo han tenido una evolución jurisprudencial en las sentencias de la Corte IDH, con el fin de garantizar el derecho a este y la reparación pronta e integral a las víctimas; por tal motivo, en los casos cuantificables se ha podido implementar el plazo determinado.

Introducción

Los convenios, acuerdos y tratados internacionales en materia de derechos humanos han plasmado en sus textos la protección y garantía que tiene cualquier persona que sea acusada de cometer hechos punibles a que se le juzgue dentro de un *plazo razonable*; en consecuencia, los Estados parte de los tratados internacionales han incluido la garantía dentro de sus ordenamientos jurídicos, en pro de materializar y hacer efectiva la garantía en lo pertinente al plazo razonable judicial. Sin embargo, la realidad no es coherente con lo pactado, ya que se ha desbordado el límite de la razonabilidad, y aunque en los convenios internacionales no se ha contemplado el plazo razonable reparativo², la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por medio de sus sentencias, opiniones consultivas y supervisiones de cumplimiento), en su labor de garantizar y defender los derechos humanos y derechos pactados en la Convención Americana de Derechos Humanos, ha condenado a 22 Estados parte de la Convención a reparar a las víctimas por medio del plazo razonable reparativo. Los puntos resolutivos de las reparaciones conllevan, *per se*, un plazo que puede ser determinado o indeterminado, dependiendo de si es posible o no cuantificarlo por la Corte IDH, que otorga al Estado parte hallado responsable de infringir la Convención Americana de Derechos Humanos un plazo razonable para el cumplimiento de puntos resolutivos de sus sentencias.

En concordancia con esto, el plazo razonable se ha desbordado, ya que los Estados parte han abusado de él; es decir, exceden la razonabilidad. Por ello tarda

.....
2 Denominación que le hemos dado, por referirse a un tiempo indeterminado, pero que cuyo cumplimiento del punto resolutivo materializará la reparación a las víctimas.

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

la reparación y no se provoca su materialización, lo cual refleja la persistencia del daño en las víctimas. De esta manera, pretendemos responder la siguiente pregunta: ¿cuál es el origen del plazo razonable judicial dentro del Sistema Interamericano de derechos humanos y su desarrollo en los tratados internacionales, y qué tan viable es la cuantificación del plazo razonable judicial y reparativo de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Metodología

El ámbito investigativo se desarrollará a partir de un estudio exploratorio de tipo cualitativo, con un enfoque analítico descriptivo sobre el concepto de *plazo razonable*, enfocado en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales, junto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El objetivo general se desarrolla desde una identificación cronológica para identificar el nacimiento del plazo razonable judicial y reparativo, y su posible cuantificación; la recolección de información será esencialmente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se analiza en casos específicos y en lo referente a la doctrina sobre el plazo razonable.

Plazo razonable en torno a los convenios internacionales

El *plazo razonable* judicial se evidencia en el proceso penal³, como garantía que tienen todas las personas que son parte de los Estados miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos, de ahora en adelante (Convención, Pacto de San José o CADH) a ser oídas con las debidas garantías legales (art. 8.1)⁴ y a ser

3 En el transcurso del proceso penal, cuando el tipo penal lo exija o cuando se cumplan los requisitos para privar a una persona de la libertad, puede llegar a quebrantarse el *plazo razonable* para definirle a la persona su situación jurídica; o se priva a la persona de la libertad, pero el juicio definitivo puede tardar más de lo esperado, y mientras tanto la persona sigue privada de su libertad.

4 Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969), artículo 8, no. 1.

juzgadas dentro de un plazo razonable (art. 7.5)⁵. De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagró esta garantía en su art. 9.3⁶. En un primer momento, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consagró la garantía en sus artículos 5.3⁷ y 6.1⁸. Es preciso distinguir y aclarar que el artículo 7.5 de la CADH desarrolla el plazo razonable de la detención hecha por la autoridad competente; en cambio, el artículo 8.1 desarrolla el plazo razonable que debe tener el proceso judicial. El principio de plazo razonable al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la CADH tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan un largo periodo bajo acusación y asegurarse de que esta se decida con prontitud⁹. En ese orden de ideas, la protección va encaminada a proteger el derecho humano a la libertad de las personas, y a que no se prolongue la privación de esta de una forma arbitraria e injustificada.

5 Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. *Ibid.*, artículo 7, no. 5.

6 Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (16 de diciembre de 1966), artículo 9, no. 3.

7 Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1c del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio. Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Roma, 4 de noviembre de 1950), artículo 5, no. 3.

8 Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente, y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática; cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan, o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. *Ibid.*, artículo 6, no. 1.

9 Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (Corte IDH, 1997), párrafo 70.

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Plazo razonable como garantía ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus elementos

La Corte IDH, como órgano jurisdiccional en la defensa de la CADH, bajo su competencia ha conocido casos cuya naturaleza involucra violaciones a la garantía del plazo razonable. Una de ellas y la primera en llegar a la Corte fue el caso de Genie Lacayo contra Nicaragua, en el que por unanimidad los jueces decidieron que el Estado nicaragüense transgredió el artículo 8.1 de la CADH. Y ello porque se debe dejar claridad en dos aspectos: (i) a partir de la aprehensión se empieza a contar el plazo razonable y este termina cuando se dicta sentencia¹⁰.(ii) En caso de no presentarse la detención de la persona, el plazo razonable empieza a contar a partir del conocimiento del asunto por parte de la autoridad judicial. La razonabilidad del plazo debe apreciarse en relación con la duración total del proceso: desde el primer acto procesal, hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse¹¹.

El principio de plazo razonable al que hacen referencia los artículos 7.5¹² y 8.1 de la Convención Americana, como lo habíamos dicho antes, tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida pronto, en busca de una verdad jurídica que sirva para determinar si la persona es inocente o culpable de lo que se le acusa, para que sea definida su situación jurídica, la cual debe terminar con una condena o con la preclusión del proceso que se adelante. En palabras de la Corte IDH, el *plazo razonable* no es un concepto que se pueda dar en una definición sencilla.

Para precisarlo se pueden invocar los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente, en lo esencial, al artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades

.....
10 Caso Guincho vs. Portugal (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1984), párrafo 29.

11 Caso Luna López vs. Honduras (Corte IDH, 2013), párrafo 188.

12 En el marco de esta garantía, la Corte IDH se ha manifestado así: "Tanto este Tribunal como la Corte Europea han considerado de particular importancia el pronto control judicial de las detenciones para prevenir las arbitrariedades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado". Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (2000), párrafo 66. Esto ejemplifica la trascendencia que la figura tiene en Europa y la concordancia que se le da dentro del SIDH.

Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a. la complejidad del asunto; b. la actividad procesal del interesado; y c. la conducta de las autoridades judiciales¹³.

Entendiendo que la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) había hecho un avance en la materia, la Corte IDH decidió implementar los tres elementos que se acabaron de mencionar (complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales) para determinar si la razonabilidad de tiempo que lleve o dure el proceso está o no justificada con los hechos de la realidad. Así, la creación o, en este caso, la implementación de directrices pueden acercar a la solución correcta de los casos difíciles, como en su momento los llamó Ronald Dworkin, con el fin de que no toda actuación, dilación o demora dentro del proceso encaje, como excusa de los Estados parte, dentro del plazo razonable. De esta manera, hemos decidido estudiar y analizar lacónicamente cada uno de esos aspectos.

Complejidad del asunto

Para que la Corte IDH determine que la garantía del plazo razonable ha sido violada por un Estado parte, deberá recurrir a los tres criterios que adoptó de la Corte Europea de Derechos Humanos, ya mencionados. La *complejidad* del asunto, en palabras del Tribunal Constitucional de Lima, consiste en:

La complejidad del proceso penal tiene que determinarse en función de las circunstancias de jure y de facto del caso concreto, que a su vez, alternativamente, pueden estar compuestas por: a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y d) la pluralidad de agraviados o inculcados, con sus respectivas defensas, entre otros elementos.¹⁴

Seguiremos los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal Constitucional de Lima sobre la complejidad del caso o del asunto, no sin antes aclarar y precisar

.....
13 Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (1997), párrafo 77.

14 Caso Julio Rolando Salazar Monroe vs. Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Tribunal Constitucional de Lima, 2010).

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

que, en lo referente a los criterios, cada caso particular presenta sus propias facilidades y dificultades:

- a. El establecimiento y esclarecimiento de los hechos. El análisis jurídico de un caso específico puede resultar sencillo o, en su defecto, dotado de desconcierto, el cual, a su vez, puede predicarse sobre las pruebas del proceso, que normalmente pueden ser prolongadas, complicadas, costosas o de tardía recaudación¹⁵.
- b. En el caso colombiano se hará el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal. La acción penal inicia por querrela, delitos investigables de oficio o por petición de la Procuraduría General de la Nación. La autoridad competente procederá a realizar un análisis objetivo y detallado de los hechos o la noticia criminal que diera inicio a la acción penal, y a la verificación de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el delito¹⁶.
- c. La prueba de los hechos que sirva para determinar la responsabilidad o inocencia del sindicado. Una de las pruebas que presta mayor dificultad es la veracidad del testimonio, y será el juez el que enfrentará dificultades semejantes a la veracidad del testimonio para establecer la verosimilitud de este¹⁷.
- d. Pluralidad de agravios o inculpados. En la investigación de la comisión de uno o varios delitos pueden identificarse varios autores; así mismo, puede presentarse un concurso de delitos, lo que obliga a extender la investigación y aumentar la dedicación de tiempo y recursos para la investigación.

Esclarecer los hechos implica un gran despliegue de investigaciones por parte del Estado infractor de la convención, con el fin de determinar quién o quiénes han sido los responsables de los hechos que se están investigando. El tribunal advierte que en el mejor de los casos pueden ser simples, pero también pueden darse casos complejos en determinadas circunstancias para los Estados parte de

.....
15 Carolina Rodríguez y Deiner Andrade, "El plazo razonable en el marco de las garantías judiciales en Colombia", *Memorando de Derecho* 2, n.º 2 (2011): 117.

16 Fiscalía General de la Nación, *Manual de procedimientos de fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano* (Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2005), 54.

17 Ibid.

la CADH, con el fin de dar cabal cumplimiento a los puntos resolutive de las sentencias emitidas por la Corte IDH.

La actividad procesal del interesado

El hecho de que la investigación continúe su curso no hace percibir ni garantiza que no exista una ruptura de la garantía del plazo razonable. En el caso Cepeda Vargas, la Corte IDH advierte que ya transcurridos 16 años después de los hechos, el proceso penal continúa abierto, sin que se haya procesado y finalmente sancionado a todos los responsables, lo cual ha sobrepasado excesivamente el plazo¹⁸. Si bien no se puede cuantificar ni determinar qué tiempo es el razonable, la Corte IDH sí ha llegado a determinar cuándo se quebranta el plazo por el exceso de tiempo transcurrido para su cumplimiento o para que una persona esté dentro del proceso, ya que puede suceder que el imputado preste o no colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y que estos puedan llevar la trayectoria que sirva de prueba para conseguir una verdad jurídica.

Por ello, para determinar si la conducta procesal del imputado ha contribuido a la demora en la resolución del proceso penal, es necesario verificar si esta ha sido obstruccionista o dilatoria, y si ha trascendido o influido en la resolución de dicho proceso, para lo cual debe tenerse presente si se han usado abusiva e innecesariamente los instrumentos que la ley pone a su disposición bajo la forma de recursos o de otras figuras¹⁹.

El análisis que debe hacerse sobre la conducta del imputado desempeña un papel determinante en la identificación del plazo razonable, ya que la persona sobre la cual versan las imputaciones o acusaciones debe tener un comportamiento adecuado y con una disposición colaborativa, con el fin de esclarecer los hechos en el menor tiempo posible, por lo cual se debe tener en cuenta tanto la actividad procesal como la conducta: activa u omisiva en otros campos, si trasciende al proceso o influye en este²⁰. Otro interesado dentro del proceso es la víctima, que debe entregar los elementos materiales que puedan servir de prueba, y de esta manera participar y contribuir con el proceso.

18 Caso Cepeda Vargas vs. Colombia (Corte IDH, 2010), párrafo 128.

19 Ibid. Caso Julio Rolando Salazar Monroe vs. Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima.

20 Caso Valle Jaramillo vs. Colombia (Corte IDH, 2010), párrafo 5. Voto concurrente de Sergio García.

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos como en la sanción de los responsables²¹.

La conducta de las autoridades judiciales

En este criterio se mide la eficiencia del aparato judicial, y es menester ahondar sucintamente en la conducta y comportamiento de las autoridades judiciales, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional de Lima, en cuanto a los siguientes aspectos:

- a. La insuficiencia o escasez de jueces o tribunales que ejercen jurisdicción y competencia en el ámbito penal, ya que este factor es determinante en la pronta resolución del proceso, en el sentido de que si se tiene una buena y eficaz planta de jueces o tribunales, estos no van a tener un represamiento de procesos por resolver en los tribunales.
- b. La complejidad del régimen procesal alude a las reglas procesales, las cuales son el conducto del proceso y, por regla general, deben contribuir a la fluidez de este, con el objetivo de que la norma procesal no entorpezca ni contribuya con una dilación del proceso.
- c. Si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal²². Es importante aclarar que en el caso colombiano la investigación objetiva la lleva a cabo la Fiscalía General de la Nación, por lo que en la determinación del *plazo razonable*, en el ámbito colombiano, se debe entrar a examinar qué tan fructífera ha sido la investigación adelantada por dicha entidad. Por otra parte, debe examinarse si las etapas del proceso han o no contribuido con su resolución; es decir, si en cada diligencia se acerca o se contribuye con el alcance de la verdad jurídica.

En el caso Uzcátegui, por ejemplo, el fiscal del caso ordenó llevar a cabo varias diligencias y la Corte advirtió que en el transcurso de estas se manifestaron retrasos procesales inexplicables y periodos en los cuales no

21 Caso de la Comunidad moiwana vs. Surinam (Corte IDH, 2005), párrafo 147.

22 Ibid. Caso Julio Rolando Salazar Monroe vs. Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima.

existió actividad procesal alguna²³. Sergio García Ramírez se percató de la importancia de la conducta del juzgador, en cuanto el régimen penal contribuye a la finalización del proceso, pero la actuación y la forma en la que interviene el juzgador es determinante como director del proceso.

Bajo el entorno de estos parámetros, la Corte IDH venía decidiendo la razonabilidad del proceso hasta el 2008; de allí en adelante se incorporó a los elementos un cuarto criterio o directriz. En dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la *afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona* involucrada en él; entre otros elementos, se debe considerar la materia objeto de controversia²⁴.

Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

El criterio versa sobre la situación jurídica del imputado o investigado, en razón de que, si su situación jurídica es la privación de la libertad preventiva, y esta persona labora y de su trabajo se sostienen más personas o su núcleo familiar, su privación de la libertad va a repercutir en el ingreso económico que es sustento para su familia; de allí que también el Tribunal de Lima hable de un posible daño psicológico, tanto para el imputado como para su familia. Por ello se revisa cada situación con el fin de que su situación jurídica no menoscabe derechos humanos para sí y para un supuesto entorno familiar.

Para el cuarto elemento que se está describiendo es importante determinar si el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica, derechos y deberes del demandante. Ello, con la finalidad de que el proceso penal discurra con más diligencia, con el fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que este incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante; es decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico y/o económico²⁵.

.....
23 Caso Uzcátegui vs. Venezuela (Corte IDH, 2012), párrafo 234.

24 Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia (Corte IDH, 2008).

25 Ibid. Caso Julio Rolando Salazar Monroe vs. Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima.

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Este criterio responde al interés y a las necesidades que rodean a la persona, procura defender y garantizar que la afectación que sufre por la duración del proceso no lo afecte en sus derechos humanos y los de sus familiares.

Una vez examinados cada uno de los criterios y los elementos que componen el *plazo razonable*, se puede inferir que, como lo dice la Corte, no es un concepto fácil de definir; por el contrario, nos dimos a la tarea de encontrar los elementos que lo componen y los estudios casuísticos que ha desarrollado la misma Corte IDH. Por ende, la justificación que debe dar el Estado parte cuando pretenda escudarse en el plazo razonable debe estar completamente fundado y motivado en las circunstancias que pretenda hacer constar sobre el tiempo empleado en la resolución de un caso determinado. Por ello, por ejemplo, la Corte IDH resalta que han transcurrido casi 39 años desde que Radilla Pacheco desapareció a manos de agentes estatales, por lo que insta al Estado a que adelante las diligencias pendientes de la investigación dentro de un plazo razonable²⁶.

Plazo razonable reparativo

El plazo razonable reparativo²⁷ que aquí se desarrolla es el que determina la Corte IDH para el Estado miembro que ha sido hallado responsable de transgredir la CADH; así, es obligado a reparar a las víctimas en un plazo razonable —claro está que la Corte IDH solo otorga este tipo de plazo en ciertos puntos resolutivos—. En 1993 fue la primera vez que la Corte IDH expresó el llamado plazo razonable para que un Estado cumpliera con una determinada obligación.

Surinam desea expresar a la Corte que en su opinión la indemnización en el presente caso contencioso deberá de abarcar fundamentalmente medidas de carácter no financiero que incluyen facilidades de consecución sin costo alguno de vivienda propia, propiedad agraria, seguridad social, laboral, médica y educativa. Por tal razón Surinam está en la disposición de brindar en un plazo razonable a los familiares de las víctimas las facilidades antes descritas; las cuales serían

.....
 26 Alfonso Martínez y Jaime Cubides, "Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de convencionalidad; análisis de dos casos paradigmáticos", En *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 112.

27 Denominamos *plazo razonable reparativo* al plazo que otorga la Corte IDH para que un Estado dé cabal cumplimiento a un punto resolutivo que tenga como objetivo principal resarcir un daño o perjuicio a las víctimas.

cuantificadas como parte de la justa indemnización patrimonial que se obligaría a pagar²⁸.

Pero, ¿qué es el plazo razonable reparativo?: este no es más que el tiempo apropiado e idóneo con el que contará el Estado para el cumplimiento de un acto reparativo que en principio no se pudo cuantificar en un plazo determinado.

La adjudicación de estos plazos empezó a aumentar a partir de 2000, debido a que desde ese año la Corte IDH empezó a centrar todos sus fallos en la reparación integral de las víctimas; en este sentido, la reparación no puede ser solamente pecuniaria, sino que debe contener otro tipo de medidas para la satisfacción de las víctimas y garantías de no repetición²⁹. Por esta razón, la Corte IDH ha dejado abierto el plazo para el cumplimiento de reparaciones más habituales o frecuentes en sus fallos, como la erección de monumentos, la instalación de placas, el nombramiento de calles; también ha tenido en cuenta otras acciones, entre ellas la adecuación del derecho interno con la Convención, control de convencionalidad; la oferta de cursos, programas o capacitaciones a funcionarios públicos sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario; la disponibilidad de tratamientos médicos y psicológicos que contribuyan a la reparación integral de las víctimas, y el desarrollo de investigaciones por parte del Estado responsable.

Búsqueda de la reparación integral a las víctimas

Habíamos ya enunciado las disposiciones más comunes en las que la Corte IDH otorga el plazo razonable para el cumplimiento de un punto resolutivo con carácter de reparación, con el fin de lograr una reparación integral para las víctimas. Esta se cumple de dos maneras, según la interpretación de la Corte IDH: i) mediante el pago de una suma de dinero; ii) mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos³⁰.

28 Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam (Corte IDH, 1993).

29 Juana Acosta y Diana Bravo, "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la corte interamericana de derechos humanos: énfasis en la experiencia colombiana, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 6, n.º 13, (2008): 330.

30 Caso Niños de la Calle vs. Guatemala (Corte IDH, 2001), párrafo 84.

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Elaboración de monumentos y placas; nombramiento de calles en honor de las víctimas

En la sentencia del caso Barrios Altos contra Perú de 2001 se le otorga un año de plazo al Estado para erigir un monumento; sin embargo, en el 2004, en la sentencia del caso 19 comerciantes contra Colombia, la Corte IDH otorgó al Estado un plazo razonable para que construya y erija el monumento en honor a las víctimas, con una placa que incorpore el nombre de los 19 comerciantes. Esto encaja en el espacio abrumador de la incertidumbre para hacer más distante la oportunidad de alcanzar la reparación, ya que no se trata de una obligación de cumplimiento indefinido, sino una obligación que razonablemente pudo haberse materializado a dos años de la expedición de la sentencia sobre reparaciones³¹.

La Corte IDH, en el caso Barrios Altos, infiere en un primer momento otorgar el plazo cierto de un año, pero pasados más de dos años, el Estado no cumple con su obligación; sin embargo, del estudio de la obligación se infiere que en dos años era posible su cumplimiento; por el contrario, la resolución del 7 de septiembre de 2012 en supervisión del cumplimiento, constata que a la fecha el monumento del caso Barrios Altos no se ha erigido.

En el caso de ‘19 comerciantes’ se otorgó el plazo razonable para erigir el monumento³²; así, el 20 de septiembre de 2013, el Estado colombiano entregó el monumento y la placa, que fue erecta en Bucaramanga, en el Parque de los Niños. El vicepresidente de la República hizo la entrega, aceptó la responsabilidad del Estado y pidió perdón a los familiares de las víctimas³³. Nueve años fue el tiempo razonable que necesitó el Estado colombiano para cumplir con este punto resolutivo, periodo que a simple vista desborda la razonabilidad del plazo.

En el caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia (2006), la Corte IDH decidió retomar el plazo cierto de un año para elaborar y erigir el monumento, con el fin de recordar los hechos y a las víctimas, acorde con el derecho a la no

31 Caso Barrios Altos vs. Perú (Corte IDH, 2004), párrafo 7.

32 Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004.

33 Léase la Sentencia T-653/12. Los familiares de las víctimas instauraron acción de tutela en contra del Ministerio de Relaciones Internacionales, debido a que el monumento se encontraba dentro de las instalaciones de la base militar, y al parecer miembros de esa base militar habrían sido autores de la masacre. De acuerdo con lo pactado por los familiares de las víctimas y el Estado, debió haberse erigido en el Parque de los Niños; a pesar de que la Corte Constitucional ordenó al Ministerio erigirlo donde se había acordado, en un plazo máximo de un mes, fue después de un año que este monumento se erigió. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-653/12, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-653-12.htm>.

repetición; con el mismo plazo cierto se siguió pronunciando la Corte IDH en otros casos³⁴. Se puede inferir razonadamente que la Corte IDH por sí misma abandonó el plazo indeterminado para erigir los monumentos y adoptó el plazo cierto de un año, para que el Estado miembro que tenga la obligación de reparar a las víctimas lo haga en este plazo.

La Corte IDH fue avanzando en este concepto, y luego emitió la sentencia del caso *Kawas Fernández contra Honduras* (2009). En lo pertinente a la elaboración de monumentos, la Corte IDH amplió el plazo a dos años, pues en los casos mencionados anteriormente, los Estados presentaron demasiados inconvenientes para entregar los monumentos en tan solo un año.

Adecuación de la Convención con el derecho interno (control de convencionalidad)

La Corte IDH ha condenado a los Estados miembro a cambiar su derecho interno por no estar acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primer caso sucedió en Chile y se reflejó en la sentencia ‘*La última tentación de Cristo contra Chile*’ (2001); en este caso, la Corte IDH permitió un *plazo razonable* para que el Estado ajustara su derecho interno a la Convención³⁵. Hasta ahora no ha habido sentencia alguna de esta índole que contenga un plazo cierto para que un Estado parte dé cumplimiento a la adecuación del ordenamiento interno respecto a la Convención.

A diferencia de la elaboración de los monumentos, la armonización del derecho interno con la CADH no ha logrado tener un plazo determinado. El plazo que la Corte IDH debería determinar es el “inmediato”, pues, ahora que han transcurrido 47 años desde la suscripción de la CADH, es inadmisibles que los Estados miembro no hayan adecuado su derecho interno a la luz de la CADH en pro de la garantía y respeto por los derechos humanos de las personas que son parte de dichos Estados.

34 Así mismo, los casos *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia* (2006); *Comunidad moiwana contra Surinam* (2005); el caso del *Penal Miguel Castro contra Perú* (2006); la *Masacre de Las Dos Erres contra Guatemala* (2009); *González y otras (“campo algodonero”) contra México* (2009); *Goiburú y otros contra Paraguay* (2006).

35 Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago* (2002); *Bulacio contra Argentina* (2003); *Herrera Ulloa contra Costa Rica* (2004); *Claude Reyes y otros contra Chile* (2006); *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela* (2006); *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador* (2007); *Kimel contra Argentina* (2008); *Reverón Trujillo contra Venezuela* (2009); *Chocrón Chocrón contra Venezuela* (2011); *López Mendoza contra Venezuela* (2011).

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Se debe aclarar que en el avance del concepto y alcance del *control de convencionalidad* (CCV) no solo se basa en adecuar y armonizar el derecho interno con el Sistema Interamericano de derechos humanos, si no que se requiere que los funcionarios que ejercen la fuerza, la administración pública y la justicia tengan conocimiento del CCV, del *corpus iuris* interamericano y de las sentencias de la Corte IDH para desarrollar un adecuado control de constitucionalidad³⁶. Es por ello que corresponderá a toda autoridad nacional usar el *control de convencionalidad* en su modalidad difusa, para dar cumplimiento a la Convención en cada actuar³⁷.

Brindar cursos, programas o capacitaciones a funcionarios públicos sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario

En la capacitación de funcionarios públicos, específicamente los de la fuerza pública, se implementan programas de derechos humanos, con el fin de que estos funcionarios tengan una visión actualizada y real de dichos derechos a la hora de proceder con las funciones que les competen. La primera sentencia que contiene en sí misma un punto resolutivo de esta índole fue la ‘Masacre de Mapiripán contra Colombia’ (2005)³⁸; en este caso, el Estado colombiano debía implementar el programa en el término del plazo razonable. Y a partir de allí fueron emitidas varias sentencias condenatorias a los Estados miembro para que implementaran los programas con el mismo plazo³⁹. A partir de esto primó el plazo razonable para

36 Para ahondar más sobre el *control de convencionalidad*, léase: Jaime Cubides, “Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la Sentencia Radilla Pacheco versus México y el caso de la masacre de Santo Domingo versus Colombia”, *Revista General José María Córdova*, 13, n.º 15 (2012): 115-41.

37 Jaime Cubides, “El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, SIDH”, *Ambiente Jurídico* (2013): 104-25.

38 El Estado colombiano dio cumplimiento al punto resolutivo de implementar, en un plazo razonable, programas de educación en derechos humanos y derecho internacional humanitario permanentes dentro de las Fuerzas Armadas colombianas, en todos los niveles jerárquicos; en un lapso de casi 4 años, el 8 de julio de 2009 se terminó de implementar el programa.

39 Blanco Romero y otros contra Venezuela (2005); Masacres de Ituango contra Colombia (2006); López Álvarez contra Honduras (2006); Servellón García y otros contra Honduras (2006); Penal Miguel Castro contra Perú (2006); La Cantuta contra Perú (2006); Masacre de La Rochela contra Colombia (2007); Montero Aranguren y otros (retén de Catia) contra Venezuela (2006); Anzualdo Castro contra Perú (2009); Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil (2010); Rosendo Cantú y otra contra México (2010); Fleury y otros contra Haití (2011); Torres Millacura y otros contra Argentina (2011); Familia Barrios contra Venezuela (2011); Gelman contra Uruguay (2011); Vélez Restrepo y familiares contra Colombia (2012); Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El

el cumplimiento de este punto resolutivo en las sentencias. En el caso *Fornerón e hija contra Argentina* (2012), la Corte IDH plasmó en esta sentencia el plazo de un año para el cumplimiento de este punto resolutivo.

Aunque nuevamente en las cuatro últimas sentencias del 2013, lastimosamente la Corte retornó al plazo razonable para el cumplimiento de este punto resolutivo; por ejemplo, en el caso de *Osorio Rivera y familiares contra Perú* (2013)⁴⁰. Con la esperanza de dicho precedente a finales de 2012 se presentaron otros casos, se presentó un caso en particular para que fuera resuelto en un año y que a partir de allí este punto resolutivo ya había podido ser cuantificado por la Corte IDH en el 2013 y hasta entonces vuelva la Corte a retrotraer el plazo razonable, retrayendo un paso evolutivo del mismo en el punto resolutivo.

Tratamientos médicos y psicológicos que contribuyan a la reparación integral de las víctimas

El primer caso al respecto fue el de *Cantoral Benavides contra Perú*. Un año después de la sentencia, la Corte IDH condenó al Estado a proporcionar tratamiento médico y psicológico a la señora Gladys Benavides López; así mismo, el Estado informó que la víctima se encontraba inscrita en el Sistema Integral de Salud en el 2009. La última supervisión de cumplimiento se dio en el 2010, y hasta ese momento se mantenía la incertidumbre sobre si el tratamiento médico y psicológico a la fecha había terminado o, por el contrario, aún debía seguirse prestando.

Por ello, entendemos que lo correspondiente al tratamiento médico o psicológico a cargo del Estado no puede ser cuantificable. El propósito del tratamiento es cumplir con el derecho a la verdad para que las víctimas puedan superar el duelo por la pérdida de sus seres queridos y, así, ser reparado integralmente. Han sido diversas las sentencias que se han referido al tratamiento psicológico, pero determinar un tiempo sería nefasto para la víctima o las víctimas que lo requieran.

Salvador (2012); *Atala Riffo y niñas contra Chile* (2012); *Nadège Dorzema y otros contra República Dominicana* (2012).

40 *Mendoza y otros contra Argentina* (2013); *Gutiérrez y familia contra Argentina* (2013); *Rochac Hernández y otros contra El Salvador* (2014).

•El plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Desarrollo de investigaciones por parte del Estado responsable

Con el fin de determinar quién o quiénes han sido los autores materiales o intelectuales de las contravenciones por las que el Estado fue condenado, se les ha ordenado a los Estados continuar con las investigaciones judiciales que permitan esclarecer los hechos y hallar a los culpables de cometerlos; ya que la sanción no es para el Estado, debe concluirse el proceso en el cual los autores materiales del hecho respondan ante la justicia por sus actos.

El adelantamiento de las investigaciones a cargo del Estado para dar con los responsables de los hechos no ha tenido una evolución del plazo razonable al plazo determinado; ya que el mismo análisis lo tenemos en el desarrollo de las investigaciones del Estado, no se puede condenar al Estado a que en el plazo determinado cuantificado en meses o años dé con los responsables de los hechos; eso sería obligar al Estado a lo imposible, y es principalmente en ese fundamento que se hacen evidentes las dificultades que acarrearía dar cabal cumplimiento al esclarecimiento de los hechos. En consecuencia, será prácticamente imposible que en este caso el plazo razonable se convierta en un plazo cierto.

El avance en el tema de plazo razonable ha sido considerable por medio de la jurisprudencia de la Corte IDH. Por esto, se debe rescatar el esfuerzo hecho hasta aquí por este cuerpo colegiado, y debe constituirse como precedente para no dejar abiertos los plazos nuevamente en temas que ya han sido cuantificables para la Corte IDH.

Conclusiones

La evolución del plazo razonable reparativo y judicial ha tenido un desarrollo en la jurisprudencia de la Corte IDH bastante fructífero; la implementación de los criterios para determinar la razonabilidad es bastante acertada, y más aún cuando se adicionó el cuarto criterio que complementa el estudio del plazo razonable, siempre con el fin de acercarse y dar pasos firmes hacia una garantía material y efectiva de los derechos humanos.

En cuanto a lo desarrollado en este capítulo en materia de plazo razonable judicial, es pertinente que los Estados dentro de su ordenamiento interno integren los elementos que determinan cuándo un proceso se ajusta dentro del plazo razonable, con el fin de materializar y garantizar el derecho humano a gozar de

la libertad que tienen todas las personas; no es propicio afirmar y proponer una cuantificación o un plazo determinado para la culminación de un proceso, ya que, como mencionamos en el desarrollo, existen casos difíciles que conllevan implícito un plazo cuya naturaleza no es cuantificable.

Como lo habíamos advertido en el desarrollo de este artículo, el punto resolutorio de tratamiento psicológico e investigaciones para dar con los autores del agravio es mucho más difícil de cuantificar, y se corre el riesgo de que, si se cuantifica, los Estados parte podrían cumplir con tener abierto este punto resolutorio y cerrarlo cuando se cumpla el plazo; el aporte significativo que haremos en este punto se relaciona directamente con la restitución integral, donde estos dos se encuentran inmersos, y se necesita saber la verdad y estar bien consigo mismo para materializar una reparación que cumpla con ser integral.

Pero, por el contrario, somos enfáticos en manifestar que los puntos resolutorios en los que su cumplimiento puede encajarse en un plazo cierto, y en los que se haya hecho el avance de que mute de razonable a determinado, debe continuarse con el de plazo cierto. Se debe esperar que el Estado cumpla con el plazo y la condición, y que se refleje la justa y debida reparación que buscan las víctimas; por ello, en los puntos “Elaboración de monumentos y placas”, “Adecuación de la Convención con el derecho interno” y “Brindar cursos, programas o capacitaciones a funcionarios públicos” de este texto, la Corte IDH no debe conceder un tiempo superior a los dos años para que se cumplan los requerimientos.

RECLUTAMIENTO ILÍCITO DE NIÑOS Y NIÑAS EN COLOMBIA: MARCOS DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS⁴¹

Carolina Rodríguez Bejarano

Nathalia Chacón Triana

Jaime Cubides Cárdenas

Resumen

El reclutamiento forzado de niños y niñas, en el marco del derecho internacional, ha sido considerado como una grave violación a los derechos humanos y, además, como un crimen de guerra en los términos del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho penal internacional (DPI). No obstante, en Colombia este fenómeno en los últimos años ha sufrido transformaciones que hacen que sea considerada una conducta a la cual han recurrido diferentes organizaciones

.....
41 Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación “Fundamentación e implementación de los derechos humanos”, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo B, por Colciencias, y registrado con el código COL0120899. El grupo está vinculado con el Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC), y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. En colaboración con la línea de investigación “Derechos humanos y DIH”, de la Universidad Libre, seccional Pereira, adscrita al grupo de investigación Derecho, Sociedad y Estado, categoría C ante Colciencias. Los proyectos están vinculados, adscritos y financiados por las respectivas instituciones.

criminales, no necesariamente asociadas con situaciones de conflicto armado; por ello, se espera del Estado colombiano un doble esfuerzo por incorporar en su ordenamiento jurídico herramientas o mecanismos cada vez más eficaces para promover la garantía de los derechos del niño y combatir este flagelo de manera diferenciada. El presente capítulo pretende abrir el debate sobre algunos aspectos que en la actualidad constituyen elementos de discusión necesarios para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de la multiplicidad de tratados internacionales —tanto del DIH como del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)— que constituyen el marco jurídico internacional aplicable sobre la materia, además de la forma en que dichas obligaciones deben armonizarse con las disposiciones de derecho interno, indispensables para el restablecimiento de los derechos de los niños y niñas víctimas, bajo los estándares de la reparación integral.

Introducción

A pesar de los avances en el campo de los derechos humanos en Colombia, el fenómeno del reclutamiento ilícito ha presentado algunos matices particulares que han exigido duplicar los esfuerzos normativos e institucionales, con el objetivo de afrontar de una manera coherente y responsable el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en virtud de la ratificación de diversos tratados del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y del DIH, que prohíben de manera expresa esta práctica.

A efectos de poder contribuir en el fortalecimiento de los marcos y estándares de protección internacional instituidos desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y otros sistemas internacionales de protección, es necesario realizar un balance de la lucha contra el reclutamiento ilícito en nuestro país, atendiendo a una metodología de recopilación de buenas prácticas normativas, así como a un recuento de las políticas y caracterización de los avances del Estado colombiano en la lucha contra el reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se utilizará el término de “buenas prácticas normativas” para hacer referencia a las garantías instituidas en el ordenamiento jurídico de carácter constitucional y legal, así como de aquellas normas que se

han desarrollado en el marco de la justicia transicional, como consecuencia de la desmovilización de los grupos paramilitares y los diálogos con el grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) en el contexto del conflicto armado interno, para poder contrastar dichas medidas con los estándares de protección instituidos en el DIDH para la protección de los niños y niñas víctimas del reclutamiento ilícito en un contexto de no conflicto armado.

Este sucinto análisis será complementado por la presentación de las políticas establecidas por el gobierno colombiano, las cuales se han enfocado en dos aspectos. En primer lugar, la judicialización efectiva como una forma de cumplimiento a las obligaciones de respeto y garantía derivadas del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que comporta, además, el cumplimiento de otras obligaciones, como la de investigación, sanción, reparación y prevención; en segundo lugar, la adecuación del ordenamiento jurídico interno orientado a la atención y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas de reclutamiento ilícito, para lo cual fue necesario caracterizar este fenómeno en dos escenarios diferentes: el reclutamiento formal y el reclutamiento ilícito. Bajo este entendido, se resaltan los esfuerzos hechos por el Estado colombiano en dar cumplimiento al principio de distinción y garantía del interés superior del niño, lo cual ha redundado en el compromiso de prohibir expresamente prácticas de reclutamiento lícito bajo la modalidad de servicio militar obligatorio a menores de dieciocho años de edad.

En relación con las variables tenidas en cuenta en la lucha adelantada por Colombia contra el reclutamiento ilegal, se acudió al análisis de esta problemática bajo dos dinámicas diferentes: una asociada con el conflicto armado interno, en virtud de la cual esta práctica fue identificada como recurrente y perpetrada por grupos paramilitares, guerrillas, bandas criminales (Bacrim), y otra dinámica asociada con fenómenos de criminalidad urbana, que se ha traducido en el reclutamiento de menores de edad en grupo delictivos organizados. Posteriormente, se hará alusión a las diferencias establecidas en el ordenamiento jurídico penal entre los delitos de reclutamiento ilegal y la posible configuración del reclutamiento ilícito como delito de trata de personas.

Metodología

La investigación se orientó bajo el método explicativo-descriptivo, utilizando la técnica documental con énfasis de tipo cualitativo, en el desarrollo de las siguientes etapas: relación de información en fuentes legales, instrumentos internacionales, jurisprudenciales y doctrinales. Luego de su análisis y exploración se pretende establecer posturas actualizadas, seguidas de una perspectiva propositiva reflejada en las conclusiones.

Aspectos generales

Durante las últimas décadas, el Estado colombiano ha atravesado por un grave conflicto armado interno, del cual es posible advertir diversas etapas y gran pluralidad de grupos armados al margen de la ley. Lo anterior implica advertir el fenómeno del reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia en diferentes contextos, los cuales exigen del Estado duplicar sus esfuerzos para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos humanos, a la luz no solo de las garantías constitucionales y legales instituidas en su ordenamiento jurídico, sino, al mismo tiempo, acorde con las obligaciones estipuladas en los diversos tratados de los cuales hace parte y que integran el DIDH y el DIH.

Contexto

El 15 de septiembre del 2005, por medio de sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, hace alusión al origen de los grupos de guerrilla en Colombia. Estos se ubican cronológicamente “a partir de la década de los sesenta del siglo XX [...] por cuya actividad el Estado declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional”⁴². Desde entonces, han sido diversas las medidas legislativas necesarias para afrontar esta situación. No obstante, algunas de ellas propiciaron la creación de los denominados grupos paramilitares (o grupos de autodefensa). Así lo ha podido precisar la Corte IDH, cuando afirmó que “en el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, el Estado impulsó la creación de tales ‘grupos de autodefensa’ entre la población civil, cuyos fines principales eran

42 Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia (Corte IDH, 2005), párrafo 96.1.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia.

auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antiterroristas y defenderse de los grupos guerrilleros. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico”⁴³. Tanto los grupos guerrilleros como los grupos de autodefensa, en particular las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y las FARC-EP, han empleado:

La comisión de masacres como estrategia contra miembros de los sectores más vulnerables tales como: los pueblos indígenas, las comunidades afro descendientes y los desplazados y la comisión de asesinatos selectivos y desapariciones forzadas como estrategia contra defensores de derechos humanos, operadores de justicia, líderes sindicales y sociales, periodistas y candidatos a cargos de elección popular quienes han sido repetidamente declarados como objetivos militares, principalmente por las AUC. Por su parte, los grupos armados disidentes —principalmente las FARC-EP— también han empleado como estrategia la comisión de atentados con explosivos en forma indiscriminada y de secuestros, en violación de los principios más básicos del derecho internacional humanitario, causando numerosas víctimas entre la población civil.⁴⁴

Dentro de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas tanto por los grupos guerrilleros como por los grupos de autodefensa, el reclutamiento ilícito de menores de edad ha sido una constante, en donde, “estudios internacionales han concluido que la base de apoyo de una estructura ilegal compromete una relación aproximada, en casos muy puntuales, de 8 a 1: ocho civiles prestando algún tipo de apoyo (logística, inteligencia, provisiones, mensajería, alimentación, servidumbre sexual, escudos humanos y en la ejecución de trabajos relacionados con sus propósitos económicos, etc.) por cada combatiente, y se estima que una proporción no inferior al 40 % de esta población es menor de edad”⁴⁵. En igual sentido, es posible afirmar que por muchos años han usado: “la práctica del reclutamiento y uso de los niños y las niñas dentro de sus objetivos estratégicos como parte de una política metódica, sistemática, deliberada, dirigida contra una

.....
43 Ibid., párrafo 96.2.

44 Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia (OEA/Ser/LV/II.125), párrafo 20.

45 Natalia Springer, *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia* (2012. https://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/informe_comoCorderosEntreLobos.pdf).

población en situación de extrema vulnerabilidad y que golpea, especialmente, a los grupos indígenas⁷⁴⁶.

Esta situación claramente atenta contra lo dispuesto en múltiples tratados internacionales, y concretamente se trata de una prohibición en el DIH, ya que, de conformidad con el Estatuto de Roma, reclutar a menores de 15 años de edad, o alistarlos para las fuerzas armadas nacionales, o usarlos para participar en actividades hostiles se incurre en un crimen de guerra, art. 8, numeral 2b. Es decir, esta conducta está considerada como crimen de guerra por la Corte Penal Internacional (CPI), pues se configura como una infracción grave a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales.

Bajo este entendido, por ejemplo, el artículo 77 del protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra establece que la conducta correspondiente al reclutamiento ilícito de niños y niñas incluye desde la ayuda indirecta proporcionada a los combatientes, ya sea con transporte de armas, municiones, actos de reconocimiento, hasta su reclutamiento en las fuerzas armadas nacionales y otros grupos armados⁴⁷. Del mismo modo, se alienta a las partes en conflicto a que se abstengan de enlistar en sus filas a los menores de edad. El protocolo adicional II prohíbe el reclutamiento y cualquier otro tipo de participación en las hostilidades,

.....
46 Ibid., 27.

47 Así lo plantea el artículo 77 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra. Protocolo I. "Artículo 77. Protección de los niños:

1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.
2. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años, pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.
3. Si, en casos excepcionales, no obstante, las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.
4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75.
5. No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia•

directa o indirectamente, por parte de los niños menores de 15 años⁴⁸. En caso de que por distintas razones los niños participen directamente en las hostilidades, están amparados por el “Estatuto de combatiente y prisioneros de guerra”⁴⁹. No obstante lo anterior, los protocolos adicionales I y II otorgan un estatus preferente a los niños que participen de las hostilidades⁵⁰.

En el sistema de las Naciones Unidas, en el 2007, en los Principios de París y la guía sobre niñez vinculada con fuerzas o grupos armados, la comunidad internacional reafirmó y desarrolló con más amplitud lo estipulado en los Principios de Ciudad del Cabo y Mejores Prácticas para la Prevención de Reclutamiento de Niños y Niñas en Fuerzas Armadas y relativos a la Desmovilización y Reinserción Social de Niños Soldados en África, adoptados en 1997. Dicho instrumento recoge los *principios* que deben orientar las políticas y decisiones de programas tendientes a la protección y el bienestar de tales niños y niñas que se encuentran inmersos en esta problemática. Así, por ejemplo, dicho instrumento apunta a la materialización de “intervenciones guiadas por los siguientes objetivos: 1.11.1 Prevenir el reclutamiento o utilización ilegal de niños y niñas; 1.11.2 Facilitar la liberación de niños y niñas vinculados con grupos o fuerzas armadas; 1.11.3 Facilitar la reinserción de todo niño o niña vinculado con grupos o fuerzas armadas, y 1.11.4 Asegurar el ambiente más protector posible para cualquier niño o niña”⁵¹.

En este contexto y a partir de esos parámetros, conviene analizar las garantías estipuladas en este contexto para que el Estado afronte dicho flagelo.

48 Artículo 4, literal c, Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977: “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”.

49 El Comité Internacional de la Cruz Roja ha señalado que la aplicación de este estatuto en el caso de menores combatientes constituye una excepción derivada de la interpretación del Protocolo I, art. 77. Sobre el particular puede consultarse Jean de Preux, “Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* (1989). <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdm4r.htm>.

50 *Ibid.*, 11, numeral 3.

51 Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, *Los principios de París, principios y guía sobre niñez vinculada con fuerzas o grupos armados* (COALICO [febrero, 2007]. <http://www.coalico.org/archivo/principios%20de%20paris.%20pdf.pdf>).

Garantías instituidas en el ordenamiento jurídico colombiano

Garantías constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos

Colombia hace parte de diversos tratados que se constituyen en el marco de protección internacional ante el reclutamiento ilícito de niños y niñas, como los referidos en el contexto general de este escrito, pero también, de manera muy especial, la Convención de los Derechos del Niño⁵² y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁵³.

La protección especial de los menores de edad es un aspecto de gran relevancia constitucional y así lo ha establecido la Corte Constitucional colombiana en diversos pronunciamientos, al afirmar que:

[...] en el artículo 44 de la Carta se destaca el carácter especial y prevalente de los derechos de los niños y niñas y se precisa su naturaleza fundamental. De los derechos allí consignados sobresalen la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el tener una familia y no ser separados de ella, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Se contempla que ellos gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales.⁵⁴

De manera complementaria, la Constitución colombiana, dentro de su artículo 45 también reconoce de manera expresa la protección de los derechos de los adolescentes y la promoción que debe proveer el Estado y la sociedad hacia ellos⁵⁵.

Los niños y niñas tienen prevalencia sobre los derechos de los demás y su protección debe ser objeto del compromiso de la familia, de la sociedad y del Estado, con el fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio

52 Lo que se refiere a la Ley 12 de 1991 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989".

53 La Ley 833 de 2003, "Por medio de la cual se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en Nueva York, el veinticinco de mayo de dos mil (Congreso de Colombia, Diario Oficial 45248 [14 de julio de 2003]).

54 Sentencia de Constitucionalidad C-172/04, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

55 Constitución Política de Colombia (1991). "Artículo 45: El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud".

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia-

pleno de sus derechos. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que cuando se está en presencia de un conflicto armado, los niños y niñas resultan ser blanco de hostilidades, y los efectos psicológicos y sociales son profundos, pero de manera más significativa son afectados los NNA víctimas del desplazamiento forzado; así lo menciona el auto 251/08 de la Corte Constitucional:

Los niños, niñas y adolescentes colombianos en situación de desplazamiento forzado son las víctimas más débiles e indefensas del conjunto de la población desplazada por el conflicto armado en el país, y al mismo tiempo, son duramente golpeados por crímenes y condiciones estructurales de existencia que escapan por completo tanto a su control y su responsabilidad como a su capacidad de resistir o de responder, marcándolos de por vida al incidir negativamente sobre su proceso de desarrollo individual.⁵⁶

El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en un contexto de confrontación armada vulnera sus derechos a la integridad personal, la vida, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la expresión, la educación, la salud, la familia, la recreación, entre otros. Aquellos que deciden voluntariamente vincularse o adherirse a los grupos armados ilegales lo hacen por diversas causas, ya sean económicas, sentimentales o por defender a sus familias, y dentro de esos grupos la población infantil resulta siendo víctima de violencia y esclavitud sexual⁵⁷. Por lo tanto, es posible afirmar que la protección de los derechos del niño constituye un imperativo que orienta e irradia todo el ordenamiento jurídico.

Otro de los elementos de protección constitucional de los derechos de los NNA es justamente la del interés superior del niño. La Corte Constitucional se pronunció al respecto en la Sentencia C-055 de 2010, y lo ha definido como “[...] una ‘caracterización jurídica específica’ a favor de los niños, reconocible en sus derechos que prevalecen, y que le impone obligaciones para protegerlo de manera especial, de modo que lo guarde de abusos y arbitrariedades y garantice su desarrollo normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”⁵⁸.

56 Auto 251/08 (Corte Constitucional de Colombia, 2008. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/A251-08.htm>)

57 Véase al respecto la página web de la coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado de Colombia: www.coalico.org/marco/index.htm.

58 Sentencia C-055/10, referencia: expediente D-7807 (Corte Constitucional de Colombia, 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-055-10.htm>).

En este mismo sentido, la Corte IDH ha indicado que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano [...], en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵⁹. Este principio ha sido desarrollado ampliamente por la Corte IDH en los casos: niños de la calle, Villagrán Morales y otros contra Guatemala (1999); Bulacio contra Argentina (2003); Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay (2004); el caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana (2005); Gelman contra Uruguay (2011); Contreras y otros contra El Salvador (2011); Atala Riffo y niñas contra Chile (2012), entre otros.

Conforme con los anteriores pronunciamientos de la Corte IDH, se permite argüir que es posible que la dimensión del interés superior del niño pueda concebirse como principio regulador, que permite entender la protección de los derechos del niño como un fin legítimo e imperioso.

Garantías legales

Dentro de un contexto cronológico, es imprescindible destacar en primer lugar “la Ley 171 de 1994, que aprueba el Protocolo II de Ginebra [...] se convirtió en uno de los referentes principales del mencionado bloque de constitucionalidad y, consiguientemente, en un marco obligado para analizar los efectos, las implicaciones y las responsabilidades de los actores armados en la vulneración de derechos, y la participación de mujeres y NNA en el marco del conflicto armado colombiano”⁶⁰. Dicha ley permitió la incorporación de garantías específicas para las mujeres y NNA, en observancia al DIH.

Siguiendo el contexto cronológico, el Decreto 1385 de 1994, modificado posteriormente por el Decreto Nacional 128 de 2003⁶¹, estableció una serie de bene-

59 Opinión Consultiva. OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Corte IDH, 2002), párrafo 56.

60 Tania Giovanna Vivas Barrera, *Derechos Humanos, paz y posconflicto en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

61 Para consultar el Decreto 1385 de 1994, por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas (Presidencia de la República de Colombia, Diario Oficial 45420 [5 de julio de 1994]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9138>).

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia-

ficios a las personas que optaran por la desmovilización; no obstante, la norma carece de un tratamiento especial para los NNA desvinculados o que depongan las armas, y de un tratamiento diferencial o especial para los menores de edad.

Posteriormente, 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”⁶², se constituyó en uno de los primeros esfuerzos del Estado colombiano por otorgar una protección especial para los NNA vinculados al conflicto, en especial en lo referido a la sanción penal que debía imponerse a quienes acuden a esta práctica⁶³. Más adelante, con ocasión de la reforma introducida a la legislación penal existente, por medio de la Ley 599 del 2000⁶⁴, el Estado colombiano reconoció en el Título II, delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. En dicho capítulo se tipificó el *delito de reclutamiento ilícito*, en el artículo 162⁶⁵, para el cual se estableció una pena de prisión de 6 a 10 años y multa de 600 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁶⁶.

Pese a las normas implementadas para tipificar delitos relacionados con el reclutamiento ilícito, se denota que Colombia en los últimos años ha emprendido una lucha frontal contra este flagelo, lo cual se ve reflejado en las 2.134 investigaciones que adelantó la Fiscalía General de la Nación en el 2015 por este delito perpetrado por los distintos grupos armados ilegales que delinquen en todos los departamentos del país. “De esta cifra, más de 700 son atribuidos a la guerrilla de las FARC. [...] Por este delito el ente investigador les ha imputado

62 Ley 418 de 1997 (Congreso de Colombia, 1997. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html).

63 El artículo 14 de esta ley fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1421 de 2010. El nuevo señala que, además de las sanciones penales previstas en el artículo 162 del Código Penal para quienes sean condenados por reclutamiento ilícito de menores de edad, estos no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos.

64 Véase, Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal (Congreso de la República de Colombia: Diario Oficial 44097 [24 de julio de 2000]).

65 Ibid., 28, artículo 162: “*Reclutamiento ilícito*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

66 La Ley 890 de 2004 aumentó las penas de este delito a partir del 1 de enero de 2005. El artículo 14 estableció: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Congreso de Colombia: Diario Oficial 45602 [7 de julio de 2004]).

cargos a comandantes y miembros de diferentes grupos armados ilegales. Entre 2013 y 2014 fueron presentados 1.039 casos relacionados con el reclutamiento de menores para la guerra, un acto que ha sido condenado por organismos internacionales⁷⁶⁷.

Con el paso de los años, el Estado colombiano ha establecido un amplio marco normativo complementario a este esfuerzo de luchar contra el reclutamiento ilícito de niños y niñas; muestra de ello lo constituyen la Ley 704 de 2001⁶⁸, la Ley 833 de 2003⁶⁹ y el Decreto 128 de 2003⁷⁰.

Para el 2005, el Estado colombiano promovió una serie de iniciativas legislativas, con la finalidad de que los integrantes de los grupos al margen de la ley depusieran las armas. La primera de ellas, denominada Ley de Justicia y Paz o Ley 975 de 2005, tenía como objetivo “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”⁷¹; así mismo, dispuso dentro de su articulado juzgar a los determinadores y autores materiales del delito de reclutamiento ilegal.

Con el ánimo de fortalecer este mandato de protección especial, la Ley 1098 de 2006⁷² o Ley de Infancia y Adolescencia, en su artículo 20 estableció pará-

67 Redacción Judicial “Fiscalía investiga 2.134 casos de reclutamiento forzado por grupos armados ilegales” (*El Espectador*, 13 de febrero, 2015. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/fiscalia-investiga-2134-casos-de-reclutamiento-forzado-articulo-543894>).

68 Ley que ratificó el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la “acción inmediata para su eliminación” (Congreso de Colombia: Diario Oficial 44628 [27 de noviembre, 2001]. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0704_2001.html).

69 Incorporó a la normatividad colombiana el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, adoptado en Nueva York el 25 de mayo de 2000. Este Tratado prohíbe el reclutamiento y la utilización de NNA menores de 18 años, tanto por parte del Estado como de fuerzas armadas ilegales, y demanda la acción del Estado para la protección de los niños contra la vinculación al conflicto armado interno.

70 Dispone que los niños serán entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para que allí se adelante su proceso de reintegración; por su parte, la Directiva 013 de 2004, expedida por la Procuraduría General de la Nación, señala que los NNA desvinculados de grupos armados al margen de la Ley, a pesar de haber participado en hostilidades, son víctimas de reclutamiento forzado, y que las decisiones que adopten los servidores públicos deberán garantizar el restablecimiento de sus derechos.

71 Ley 975/05, 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 (Congreso de Colombia: Diario Oficial 45980 [2005]).

72 Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia (Congreso de Colombia: Diario Oficial 46446 [2006]. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm).

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia-

metros orientados a la protección de los NNA contra las guerras y los conflictos armados internos, el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de grupos armados organizados al margen de la Ley.

El gobierno nacional, en 2006 y 2007, por medio de los decretos 3043 de 2006 y 4690 de 2007, creó la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas⁷³ y la “Comisión intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños y niñas por grupos organizados al margen de la ley”⁷⁴. Este último es un espacio de articulación entre la Vicepresidencia de la República; los ministerios de Interior y de Justicia, Relaciones Exteriores, Defensa, Protección Social y Educación Nacional, y las altas consejerías para la Reinserción Social y la Agencia Presidencial para la Acción Social.

El Decreto 4800 de 2011, que derogó el Decreto 1290 de 2008, implementó auxilios a las víctimas del conflicto armado; así, facilitó tanto la reparación individual como grupal o familiar, al realizar dicho procedimiento por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, quienes podrán reclamar un monto económico en caso de “reclutamiento forzado de menores, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales”⁷⁵.

De igual manera, el Estado colombiano, en el 2010, elaboró el documento CONPES (Consejo Económico de Política Económica y Social) 3673, sobre “Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados al margen de la ley y de grupos delictivos organizados”⁷⁶. De dicho documento se resalta la relación entre el conflicto armado y los incidentes de reclutamiento y violencia sexual,

73 La cual, entre otras funciones, debe asesorar al presidente de la República y ser el vocero del Gobierno nacional respecto al desarrollo de la política de reintegración a la vida civil de personas o grupos armados organizados al margen de la ley que se desmovilicen voluntariamente de manera individual o colectiva.

74 Decreto 4690 de 2007, por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley (Presidencia de la República de Colombia: Diario Oficial 46831 [3 de diciembre, 2007]).

75 Decreto 4800 de 2011, por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones (Presidencia de la República de Colombia: Diario Oficial 48289 [20 de diciembre, 2011]), artículo 149, numeral 6.

76 Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley y de los grupos delictivos organizados* (Colombia: Documento Conpes [2010]. http://www.mintic.gov.co/portal/604/articulos-3509_documento.pdf).

efectuados tanto por grupos armados organizados cobijados por el DIH, como por criminalidad organizada. Este marco de protección general a los derechos de los niños, niñas y adolescentes fue complementado posteriormente por las medidas adoptadas en el marco de la justicia transicional, y fue la primera vez que empezó a hablarse del fenómeno del reclutamiento ilícito a manos de organizaciones criminales como escenario claramente diferenciado del reclutamiento de menores en contextos de conflicto armado.

Garantías en el marco de la justicia transicional

Entender la implicación que tiene la justicia transicional dentro del marco de los derechos de los NNA víctimas del conflicto armado interno sigue siendo una tarea pendiente, pues ellos son los que han sentido en mayor medida sus consecuencias.

Han sufrido de manera directa o indirecta, en una mayor magnitud, las conductas punibles de los actores armados, tanto al margen de la ley como al servicio del Estado, que se pueden denominar insurgentes, contrainsurgentes o paraestatales. Esta situación se ve aún más agravada si se tienen en cuenta criterios como la edad, el sexo, la etnia y región de origen, la condición socioeconómica, que descomponen y quitan cohesión al núcleo familiar del menor, e infringen así los derechos universales, constitucionales y naturales de este.⁷⁷

Por eso, en su momento resultó importante que en la Ley 975 de 2005 el gobierno nacional incluyera este enfoque diferencial generacional en la creación de mecanismos orientados a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, todos ellos en el marco de la justicia transicional. La *justicia transicional* ha sido definida como “las medidas excepcionales y transitorias desarrolladas por los estados para enfrentar graves violaciones de derechos humanos originadas en el marco de un conflicto o un estado de excepción”⁷⁸, contexto en el cual la problemática del reclutamiento forzado ha sido tomada en cuenta como un elemento especial por considerar, como podrá observarse en el siguiente punto.

77 Óscar Agudelo Giraldo *et al.*, *Fundamentación de la justicia transicional en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

78 Heidi Abuchaibe, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Justicia transicional en Colombia”, *Revista Zero* (2011): 24.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia•

Ley de Víctimas

La existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en Colombia, expresamente reconocido por el Gobierno actual, motivó la creación de la Ley 1448 de 2011: “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”⁷⁹. En su artículo 181 se señala:

Los niños, niñas y adolescentes víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley gozarán de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, con el carácter de preferente y adicionalmente tendrán derecho, entre otros: a la verdad, la justicia y la reparación integral; al restablecimiento de sus derechos prevalentes; a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluidos el reclutamiento ilícito.⁸⁰

Así mismo, el artículo 190 establece una ruta de acceso para los NNA víctimas de reclutamiento ilegal, sin reformar sustancialmente las medidas de protección instituidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues todas las garantías que históricamente hemos instituido son reflejo y manifestación de que el Estado colombiano no ha improvisado en este asunto.

Diálogos de paz con las FARC-EP

Luego de un proceso de refrendación bastante cuestionado del Gobierno nacional, el Congreso nacional avaló los textos definitivos del acuerdo de paz con las FARC-EP. Sobre el reclutamiento forzado, el texto del acuerdo final⁸¹ estableció:

No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática o como parte de un plan o política—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento

79 Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (Congreso de Colombia: Diario Oficial 48096 [10 de junio, 2011] http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html).

80 *Ibid.*, artículo 181.

81 El texto del acuerdo refrendado puede ser consultado en: http://www.senado.gov.co/images/stories/pdfs/acuerdo_final472094587.pdf

forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

De igual forma, en relación con el Acuerdo sobre Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y Dejación de las Armas, entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, cuando se aborda el tema de la reincorporación de las FARC-EP a la vida civil —en lo económico, lo social y lo político—, de acuerdo con sus intereses, se establece lo siguiente:

Reincorporación para los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC-EP. Los menores de edad que hayan salido de los campamentos de las FARC-EP desde el inicio de las conversaciones de paz, así como los que salgan hasta la finalización del proceso de la dejación de armas, serán objeto de medidas de especial atención y protección que se discutirán en el Consejo Nacional de Reincorporación en el marco de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación de la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI) y que incluirán los principios orientadores que serán de aplicación a los menores de edad y los lineamientos para el diseño del Programa Especial, conforme a lo establecido en el Comunicado Conjunto No. 70 de fecha 15 de mayo de 2016 para garantizar la restitución de sus derechos con enfoque diferencial, priorizándose su acceso a la salud y a la educación.⁸²

El acuerdo señala que se implementarán medidas orientadas a reconocerles formalmente como víctimas del conflicto; se priorizará su reagrupación familiar cuando ello sea posible, así como su ubicación definitiva en sus comunidades de origen o en otras de similares características, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. El seguimiento de esas acciones estará a cargo, principalmente, del Consejo Nacional de Reincorporación, el cual deberá formular un ‘Programa especial de reincorporación’ una vez sea aprobado el programa, con observancia del interés superior del niño y el derecho internacional humanitario.

Formas de reclutamiento

El Instituto Interamericano del Niño, programa de promoción general de los derechos del niño, ha considerado las siguientes formas de reclutamiento ilegal:

- a. Reclutamiento no formal: es aquel en el que el reclutamiento de niños y adolescentes se hace de manera arbitraria y forzosa. Este acto ilegal lo

.....
⁸² Ibid., numeral 3.2.2.5

- pueden llevar a cabo grupos armados del Estado o grupos armados de oposición.
- b. Incorporación voluntaria: se tipifica cuando los menores por voluntad propia se vinculan a algún grupo armado. La incorporación voluntaria en los grupos armados de oposición no cumple con ninguno de los estamentos legales de un país, ni con los estatutos internacionales; generalmente la incorporación es bienvenida para los integrantes de estos grupos, en tanto que fortalecen sus filas.
 - c. Incorporación forzosa: es aquella en la que el menor es incorporado de manera informal, tanto por fuerzas armadas legítimas o no, como por grupos armados. El menor muchas veces es forzado, sacado de su domicilio y obligado a alistarse como soldado en el conflicto armado. Otra forma en que se da este tipo de reclutamiento es el llevado a cabo por los mismos padres del menor, quienes, al verse en situaciones económicas desfavorables, ‘venden’ a sus hijos a grupos armados de oposición, y muchas veces, si se encuentran entre los 16 y 17 años de edad, los incorporan a las Fuerzas Armadas.
 - d. Reclutamiento o utilización ilegal: es el reclutamiento o utilización de niños y niñas que están por debajo de la edad estipulada en los tratados internacionales aplicables a las fuerzas o grupos armados en cuestión o dentro de las normas aplicables.

Estas formas de reclutamiento deben ser consideradas como criterio diferencial en un proceso de reintegración, habida cuenta de que su origen y consecuencias resultan diversos.

Políticas y caracterización de los avances del Estado en la lucha contra el reclutamiento ilícito en Colombia

Limitaciones al reclutamiento lícito - Servicio militar obligatorio

En Colombia, el servicio militar obligatorio está regulado por el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, y fue reglamentado por el Decreto nacional 2048 del mismo año. Según estas disposiciones: “Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a

excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad⁸³.

En el país es mandato legal la exclusión de los NNA de situaciones que puedan poner en riesgo el ejercicio de sus derechos y, más aún, en la situación de conflicto armado que afronta Colombia. Del mismo modo, la Corte Constitucional colombiana ha establecido una serie de garantías adicionales a la prestación del servicio militar obligatorio; por ejemplo, el reconocimiento del derecho fundamental a la objeción de conciencia al servicio militar, cuyo ejercicio no requiere desarrollo legislativo específico y que debe estar basado en creencias profundas, fijas y sinceras⁸⁴.

[...] que sean profundas implica que no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones. Tiene que tratarse de convicciones o creencias que formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral. [...]

Que sean Fijas: implica que no son móviles, que no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente. Creencias o convicciones que tan sólo hace poco tiempo se alega tener. [...]

Que sean Sinceras: implica que son honestas, que no son falsas, acomodaticias o estratégicas.⁸⁵

También ha establecido este tribunal constitucional exenciones transitorias a la incorporación al servicio militar obligatorio de personas que se encuentren en condición de especial vulnerabilidad, como es el caso de aquellas que se encuentran en condición de desplazamiento forzado, con el objeto principal de garantizar el derecho fundamental a la personalidad jurídica⁸⁶.

83 Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización (Congreso de la República de Colombia: Diario Oficial 40777 [4 de marzo, 1993]).

84 Sentencia de acción de tutela T-314/14, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

85 Ibid.

86 Sentencia de Constitucionalidad C-058/94, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia•

Por las razones anteriormente expuestas, es posible advertir que en Colombia el reclutamiento formal en cuanto a su procedimiento se ajusta al estándar de la prohibición expresa de vincular a menores de 18 años de edad. En este mismo sentido, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 “estarán exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no deberán pagar cuota de compensación [...] los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica”⁸⁷.

Reclutamiento por parte de grupos paramilitares, guerrillas y bandas criminales (Bacrim). Elementos diferenciales

En Colombia se han identificado “tres tipos de vinculación: 1) reclutamiento activo, que es aquel que se da por la seducción que hacen los Grupos Armados Irregulares a través de ofertas económicas y adoctrinamiento político o engaño; 2) reclutamiento forzado, se da por el caso de secuestro o captura (son llevados a la fuerza o como parte de una redada); y 3) vinculación, en donde no existe una estrategia de reclutamiento y el menor decide hacer parte, autónomamente del Grupo Armado Ilegal”⁸⁸.

Para hacer frente al fenómeno de la vinculación a grupos armados irregulares, el Estado colombiano ha concentrado sus esfuerzos desde dos perspectivas: la investigación y sanción de los sujetos activos del delito de reclutamiento, y la creación y fortalecimiento del programa de reintegración de NNA desmovilizados y desvinculados de grupos armados irregulares.

Las bandas criminales (abreviadas como Bacrim) son organizaciones que se constituyeron luego de la desmovilización de los grupos paramilitares, las cuales mantienen el control en ciertas zonas del país y cuyas actividades delictivas giran en torno al narcotráfico. Actualmente, las Bacrim no son consideradas como actores del conflicto armado en Colombia; no obstante, dadas las advertencias hechas por la Defensoría del Pueblo en relación con el reclutamiento de menores de edad a estas estructuras criminales, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad incoada por la propia Defensoría, con el objeto de que se haga una interpretación

87 Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización (Congreso de Colombia: Diario Oficial 40777 [4 de marzo, 2003]).

88 Ibid., 33.

más amplia del artículo 190 de la Ley 1448 de 2011, que en principio solo reconoce como víctimas a los niños, niñas y adolescentes reclutados por los grupos guerrilleros o paramilitares. Así, la Defensoría manifestó lo siguiente:

De acuerdo con la norma, cuando los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de reclutamiento por parte de los grupos armados cumplen su mayoría de edad se les exige un certificado expedido por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) antes de acceder a los programas de reintegración social y económica ofrecidos por la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas (ACR). Sin embargo, en la actualidad, a estos programas especiales de reparación solo pueden acceder las víctimas reclutadas por los grupos guerrilleros o los grupos paramilitares, pero no aquellas que han sido víctimas de reclutamiento forzado por parte de aquellos grupos conformados con posterioridad a la desmovilización de las autodefensas, como es el caso de ‘Los Urabeños’ y ‘Los Rastrojos’, entre otros.⁸⁹

En relación con la atención de los NNA desmovilizados y desvinculados de grupos armados irregulares, vale la pena señalar que existe un programa que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) implementó desde 1999: la entidad “ha diseñado un programa de atención especializada que funciona en todo el país, que tiene como principal objetivo restituir los derechos fundamentales que han sido vulnerados, apoyar en el proceso de construcción de una ruta para la vida una vez están fuera del conflicto armado [...]”⁹⁰. Conjuntamente, con el fin de favorecer la garantía de los derechos a los NNA, el Programa de Atención Especializada a Niños, Niñas y Adolescentes Desvinculados tiene por objetivo, como establece el CONPES:

[...] contribuir y apoyar el proceso de consolidación de la ruta de vida, de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados organizados al margen de la ley, en el marco de la garantía de los derechos, la construcción de ciudadanía y democracia, con una perspectiva de género y un enfoque de inserción social. El programa desarrolla la atención en las siguientes áreas de derecho y componentes.

89 Nota publicada el 7 de julio de 2015, por la Defensoría del Pueblo de Colombia (<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/3832/Defensor%C3%ADa-interpone-demanda-para-que-menores-de-edad-desmovilizados-de-las-%E2%80%98Bacrim%E2%80%99-sean-beneficiados-con-Ley-de-V%C3%ADctimas-Ley-de-V%C3%ADctimas-Bacrim-desmovilizaci%C3%B3n-reclutamiento-Ley-1448-reclutamiento-forzado-.htm>).

90 July Puentes, *La incidencia del programa de atención especializada a niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares de ICBF en el proceso de reintegración social en Colombia* (México: FLACSO, 2012).

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia-

El componente de salud y nutrición, a través del cual se ejecutan acciones para la atención en salud, la vigilancia nutricional y la prestación de un servicio de alimentos de acuerdo con los requerimientos nutricionales de los niños, niñas y adolescentes, según, sexo, edad y condición física. El componente psicosocial, el cual busca el desarrollo personal, familiar y social, así como la estabilidad afectiva y emocional del niño, niña y adolescente, a través de la reconstrucción de los procesos vitales y vínculos.⁹¹

Reclutamiento de menores por grupos de pandillas

Las pandillas han sido definidas de diversas maneras, pero en general suelen ser calificadas como “grupos de predadores, criminales, perdedores, delincuentes y matones. Los miembros de las pandillas son demonizados y se los describe como personas inherentemente malvadas, violentas, haraganas, pobres e incultas. Con frecuencia, se asocia a las pandillas con la violencia, las drogas y los barrios desfavorecidos”⁹². Consecuentemente con la anterior manifestación de estos grupos, se denota la gravedad del impacto de las pandillas a una comunidad determinada, pues: “En las seis principales capitales del país, las autoridades, Policía y alcaldías tienen identificadas 517 pandillas que se han robado la calma de las comunidades de las barriadas populares de Cali, Medellín, Bogotá, Barranquilla, Bucaramanga y Cartagena”⁹³.

Conscientes de esta creciente problemática delincriminal, se creó la Ley 1577 de 2012: “Por medio de la cual se establecen estímulos tributarios y otros, con el fin de adoptar medidas especiales para la rehabilitación e inclusión social de jóvenes con alto grado de emergencia social, pandillismo y violencia juvenil”⁹⁴.

Pese a que grupos de pandillas usan como medio a menores de edad para la comisión de delitos, el artículo 188D del Código Penal colombiano sanciona a “El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor

91 Ibid., 39, 35.

92 Jennifer Hazen, “Análisis de las pandillas desde la perspectiva de los grupos armados”, *International Review of the Red Cross* n.º 878 de la versión original (2010).

93 Datos registrados por el diario *El Tiempo* (7 de abril, 2015. <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/criminalidad-en-ciudades-de-colombia/15527197>).

94 Ley 1577/12, por medio de la cual se establecen estímulos tributarios y otros, con el fin de adoptar medidas especiales para la rehabilitación e inclusión social de jóvenes con alto grado de emergencia social, pandillismo y violencia juvenil (Congreso de Colombia: Diario Oficial 48559 [20 de septiembre, 2012]).

de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a veinte (20) años⁹⁵. El presente tipo penal tiene por finalidad que no se utilice a los NNA para cometer delitos, o que los NNA no induzcan a otros a cometerlos.

Al realizar un análisis normativo del anterior delito frente al de la trata de personas, encontramos que aquel “delito es más amplio que el de trata de personas al no estar atado a la intencionalidad de explotación; por ende, hace que el mismo sea garantista frente a los menores que están siendo inducidos, facilitados, utilizados, constreñidos, promovidos o instrumentalizados para la comisión de delitos⁹⁶; por tanto, se puede afirmar que es un tipo penal especial de trata de personas cuando la finalidad del autor es la explotación del menor, mediante la inducción, utilización, constreñimiento, promoción o instrumentalización de un NNA, cuyo beneficio es la comisión de delitos.

Delito de trata de personas frente al delito de reclutamiento ilícito

La *trata de personas*, según el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁹⁷, consiste en:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.⁹⁸

.....
95 Ley 599/00.

96 María Henao, *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos* (Bogotá: Ministerio del Interior Organización Internacional para las Migraciones [OIM], 2012).

97 Para consultar el Protocolo, véase http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

98 *Ibid.*, 2.

•Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia.

En Colombia se adoptó la Ley 985 de 2005, “Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”, que fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1069 de 2014⁹⁹.

De acuerdo con la normatividad existente en Colombia, el delito de trata de personas con fines de reclutamiento forzado cuando la víctima es menor de edad no está tipificado de manera expresa, entendiendo que el tipo penal de reclutamiento es un tipo especial en el cual las víctimas solo pueden ser NNA; sin embargo, cuando con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado las víctimas de reclutamiento son personas mayores de 18 años, es decir, cuando existe coerción a tomar las armas y a participar en las hostilidades en contra de su voluntad, se configura el delito de trata de personas, dado que la persona ha sido captada, trasladada, acogida y/o recibida con la finalidad de ser explotada para beneficio del conflicto armado (tabla 2.1).

Tabla 2.1. Comparación entre el reclutamiento ilícito y la trata de personas

Reclutamiento ilícito	Trata de personas
Según el art. 162 del Código Penal, se entiende por reclutamiento ilícito: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas”.	El art. 188A del Código Penal, modificado por el art. 3, Ley 985 de 2005, dice “Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación”.

Fuente: Elaboración propia.

Conclusiones

La protección de los NNA frente a situación de especial vulnerabilidad, como el reclutamiento forzado, ha tenido ostensibles desarrollos, tanto en el DIDH como en el DIH. Bajo este entendido, constituye un estándar internacional reconocerles como víctimas. La Corte Constitucional colombiana ha acogido este criterio, tal y como puede colegirse de la Sentencia C-253A de 2012 y otros tantos pronunciamientos. Sin embargo, aunque las garantías instituidas en el orden constitucional y legal para el restablecimiento de sus derechos son vastos, no es menos

99 Este decreto crea un programa de asistencia y protección a los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de trata de personas.

cierto que el principal reto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales se encuentra en la adecuada implementación de los protocolos de atención, orientados, a su vez, a la adecuada reintegración de los NNA.

A simple vista parece una labor operativa; sin embargo, es preciso observar que deben tenerse en cuenta factores objetivos y subjetivos que incidirán en la efectividad de las medidas de restablecimiento que se adopten. Los primeros, obviamente, residen en los estándares establecidos en el derecho internacional sobre la materia y su incorporación en el derecho interno; los segundos dependen de factores como las causas, origen, motivaciones, tiempo de permanencia en la organización ilegal, etc., pero lo más importante tiene que ver con la implementación de enfoques diferenciales en las medidas de rehabilitación que puedan adoptarse en el contexto de la reparación integral.

Este primer avance investigativo plantea de entrada varias inquietudes, entre ellas, por ejemplo, la de realizar un seguimiento a la política para hacer frente al reclutamiento ilícito, los avances que sobre la materia ha tenido esta normatividad interna aplicable en el marco de la justicia transicional, pero quizá uno de los aspectos más interesantes será entender el papel de los tribunales, cortes y organismos internacionales, que en el ejercicio de sus funciones consultivas y contenciosas serán los encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los diferentes tratados internacionales, especialmente del Estatuto de Roma.

Cabe recordar que la Corte Penal Internacional, en audiencia pública realizada el 14 de marzo de 2012, encontró culpable a Thomas Lubanga de cometer crímenes de guerra, específicamente de reclutar a niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en los enfrentamientos en la República Democrática del Congo, entre septiembre de 2002 y agosto de 2003.

Este precedente plantea de entrada varias situaciones muy importantes, entre ellas la articulación, complementariedad y límites de los regímenes de responsabilidad individual y responsabilidad de Estados en el derecho internacional público.

Por otro lado, teniendo en cuenta que los diálogos con las FARC-EP en La Habana finalizaron el 24 de noviembre de 2016, se debe buscar como principio rector para futuros diálogos o acuerdos de paz, la aplicación del principio de

interés superior de los niños, niñas y adolescentes, para que a partir de allí se construya un acuerdo que implique finalizar de una vez por todas con la práctica de reclutamiento de estos. Sería la oportunidad propicia para acabar con ese flagelo de raíz, y de inmediato se abriría la posibilidad de dirigir todos los programas a la rehabilitación de las víctimas que hasta ahora deja el conflicto, como consecuencia de la comisión del delito de reclutamiento ilícito que ha tenido como blanco directo a los niños, niñas y adolescentes. También, es la oportunidad para hacer una revisión exhaustiva del tratamiento en este flagelo y las medidas adoptadas por el Estado colombiano durante la desmovilización de los grupos paramilitares, en el marco de la Ley de Justicia y Paz.

Finalmente, es necesario revisar si la normatividad existente en Colombia sobre este tema resulta pertinente para hacer frente a otras modalidades de reclutamiento que pueden presentarse en situaciones de no conflicto armado. Como hipótesis anticipada frente a este planteamiento, se puede advertir que definitivamente los contextos, causas, consecuencias en estos dos escenarios necesariamente son distintos y, por lo tanto, deben ser claramente diferenciados, no solo desde el ámbito normativo, sino, también, desde los modelos de atención que en el corto y mediano plazos puedan formularse en Colombia.

CRITERIOS VINCULANTES A LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LOS CASOS MEXICANOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹⁰⁰

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Claudia Patricia Garay Acevedo

Jaime Cubides Cárdenas

La imparcialidad y la preparación judicial no garantizan la eficacia sin ética.

Alfonso J. Martínez Lazcano

Resumen

La historia de Latinoamérica ha registrado numerosos acontecimientos en los que se ven implicados miembros de las Fuerzas Militares y de Policía en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, vulneraciones que, por demandas no solo nacionales sino regionales, exigen ser debidamente juzgadas. Estos

.....
100 Capítulo de libro que expone resultados en conjunto de dos proyectos de investigación: (i) "Desafíos para la seguridad y defensa nacional de Colombia", que hace parte de la línea de investigación "Memoria histórica, construcción de paz, derechos humanos, DICA y justicia", del grupo de investigación del mismo nombre, reconocido y categorizado en D por Colciencias, y registrado con el código COL0141423. (ii) El proyecto "Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios", que forma parte de la línea de investigación "Fundamentación e implementación de los derechos humanos", del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo B por Colciencias, registrado con el código COL0120899 y vinculado con el Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC); grupo adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

deseos, en la práctica se ven menguados por el fuero militar y su propia jurisdicción; por esta razón, resulta conveniente revisar los lineamientos regionales e internos que delimitan dichas disposiciones en pro del respeto por los derechos humanos, con el fin de establecer cuál de los dos ámbitos de competencia resulta ser el más adecuado para cumplir la finalidad en mención. Para ello, esta investigación se dividirá en tres ejes temáticos: (i) un marco teórico sobre los estándares internos acerca de los límites a la jurisdicción militar; (ii) límites regionales; (iii) aplicación interna de los preceptos supranacionales sobre el fuero militar.

Introducción

Uno de los grandes debates¹⁰¹ que surgen en la actualidad alrededor de la protección de los derechos humanos consiste en la primacía que tienen las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos sobre los mandatos nacionales que se tienen al respecto. Esta aparente superioridad se justifica por la autonomía e independencia, características propias de los sistemas regionales y universales, con lo cual se cree que dichos sistemas prestan mayor garantía a los derechos de las personas, premisa que es debatible, pues hay un gran número de reglamentos constitucionales en los Estados que también perpetúan garantías igual de eficaces a las internacionales. Por ende, la presente investigación busca responder la siguiente pregunta: ¿es necesaria la existencia de sistemas regionales de protección de derechos humanos en el ámbito internacional, cuando en el interno se cuenta con disposiciones análogas —inclusive de rango constitucional, de carácter sustantivo y procesal que tutelan los derechos humanos—, para lograr su eficacia?

Con la finalidad de dar una adecuada solución al dilema presentado, se analizará el caso específico de los límites impuestos, tanto regional como internamente, a la jurisdicción penal militar en casos de violaciones a los derechos humanos, con el objeto de establecer la eficacia en dicho tema de los sistemas en mención y responder así al problema planteado.

.....
101 La aplicación del *control de convencionalidad* (CCV), que en el ámbito internacional no tiene ningún problema, se ha ejercido de manera continua, pero en el ámbito interno la situación no es igual; en muchos países, y más para el caso de los órganos judiciales, el derecho de origen internacional incorporado en sus sistemas jurídicos prácticamente no existe y mucho menos es observado; tal como lo afirma Jaime Cubides Cárdenas en *Ambiente Jurídico* "El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)", (2013) p. 120.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos.

Para el desarrollo de este capítulo se tendrá como fundamento el análisis de cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que versan sobre la jurisdicción castrense, en relación con los derechos humanos, el juez natural competente, independiente e imparcial, el acceso a la justicia y al debido proceso, especialmente en referencia a la aptitud de los ordenamientos internos para la protección efectiva de los derechos humanos.

Estándares internos de protección (México y Colombia)

La Constitución mexicana, sin haber perdido vigencia en la actualidad, data de 1917, periodo durante el cual ha sido objeto de infinidad de reformas, dado que con cada cambio en el poder Ejecutivo se presentaban nuevos lineamientos constitucionales que implicaban intrínsecas transformaciones en el ordenamiento nacional, sin importar el partido político del que fuera el presidente. Con todo esto, la actual Constitución mexicana ha sufrido más de quinientas reformas; por ende, es importante cuestionarse sobre la efectiva rigidez de dicha Constitución, pues se esperaba que con la prevención de procedimientos específicos para su reforma¹⁰², este tipo de Carta podría mantenerse sólida ante los cambios legislativos correspondientes.

Sin embargo, es necesario reconocer que con la existencia de un sinnúmero de reformas, también son grandes los avances y las bondades existentes en la Constitución mexicana, uno de los cuales fue el haberse constituido como la primera en el mundo que implementó en su texto derechos sociales, antes que la alemana de Weimar. Estos derechos son entendidos de manera general como “las prácticas legales que tipifican el Estado de Bienestar”¹⁰³.

En el caso colombiano, después de haber estado más de un siglo bajo las directrices de un Estado de derecho benevolente ante las múltiples violaciones que se cometieron en la nación, se logró la promulgación de un nuevo ordenamiento constitucional, que instituyó en el país un Estado social de derecho, que debía estar sujeto a:

- a. La separación de funciones de los órganos del poder.

102 Riccardo Guastini, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *Juridica*, 30 (2011): 175-194.

103 Rodolfo Sosa, *Concepto y contenido del derecho social* (La Plata: Universidad Nacional de la Plata, 2008. http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/conceptos_y_contenidos_de_la_seguridad_social.pdf), 1-18.

- b. El ejercicio de la autoridad sobre las personas conforme a disposiciones ya establecidas y no retroactivas.
- c. El respeto de los derechos y libertades individuales.
- d. La reivindicación y tutela de los grupos sociales económicamente débiles.¹⁰⁴

En síntesis, Colombia, por medio de la Constitución de 1991, estableció como prioridad para toda la sociedad el interés general, sin que esto fuera excusa para fomentar o justificar la violación a derechos y libertades individuales; antes bien, se fortalecían en función del cumplimiento estricto de los principios fundantes del nuevo ordenamiento jurídico, en los que la igualdad, la legalidad, la favorabilidad y demás principios se impregnaban en toda la nación.

Supremacía constitucional

Con los acercamientos teóricos anteriormente presentados, es claro que la Constitución de los Estados ya enunciados tienen grandes avances en materia de protección a los derechos humanos, dentro de los cuales está *la supremacía constitucional*. Supremacía que implica evitar que un acto u omisión de los poderes legislativo, ejecutivo, jurisdiccional y de órganos autónomos sea dictado en contra de lo previsto por la norma base del sistema nacional, y para constar su “fuerza” deben guardar lealtad y coherencia con los mandatos de la norma fundamental.

Hay que ligar a cada norma con una cadena de validez que entronca y desemboca en una norma común (o de base) “a” o “para” todas las demás; y esa norma es la Constitución, que en cuanto eficaz, confiere membresía en y dentro del sistema a las otras normas derivadas que guardan fidelidad con ella. Allí reside, entonces la importancia de la interpretación desde la Constitución.¹⁰⁵

Esta característica taxativamente se encuentra consagrada dentro del mismo articulado de las constituciones en mención; de esta manera, la Constitución

104 Diego Valadés, *El estado social de derecho, constitución y política* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994), 61-66.

105 German Bidart, *Teoría general de los derechos humanos* (México: Universidad Autónoma de México, 1993), 387.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

política de Colombia establece que “la constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”¹⁰⁶.

El derecho procesal constitucional, cuando se cuestione la inconstitucionalidad de un acto u omisión, y la queja sea fundada, deberá anularse o cumplir con los mandatos superiores, respectivamente. Así, hay una serie de procedimientos y procesos que deben ser garantía en el ámbito nacional para la eficacia plena de los derechos humanos plasmados en las constituciones.

No es que no existan medios de defensa de los derechos plasmados en las constituciones, ni instituciones encargadas para este fin; sino que, además, es necesario que tengan eficacia.

Para garantizar la protección de los derechos establecidos dentro del marco jurídico de la Constitución, cada país de América Latina ha establecido un modelo de control constitucional, órgano u organismo que debe velar por la guarda de los derechos de sus ciudadanos, por medio de acciones, procesos y procedimientos, que tienen como propósito impartir fallos o sentencias mediante las cuales se restablezca o reparen los derechos que hayan sido vulnerados o transgredidos¹⁰⁷.

En el caso de los derechos humanos, es evidente que el problema no está en la falta de normas, sino en su incumplimiento. Nuestro orden jurídico garantiza plenamente los derechos del hombre, y así lo ha hecho prácticamente desde el inicio de nuestra vida independiente. Las conductas que afectan esos derechos han sido tipificadas como delitos, y los instrumentos para su defensa siempre han existido. Uno de los problemas fundamentales que se plantea dentro de cualquier sistema democrático es garantizar a los ciudadanos el acceso oportuno y eficaz a la justicia. La concepción tradicional de la separación de poderes encuadraba al poder judicial y al sector Ejecutivo vinculado con el judicial, dentro de una perspectiva estática. En rigor, hoy se sabe que el fenómeno del control del poder es mucho más complejo que el apuntado por la vieja teoría de Montesquieu, y que el proceso de participación democrática de los individuos en la vida comunitaria

.....
106 Constitución Política de Colombia (1991), artículo 4.

107 Jaime Cubides, “El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)”, *Ambiente Jurídico* (2013): 104-25.

va mucho más allá de la simple intervención para designar a los titulares de los órganos del poder¹⁰⁸.

Marco constitucional en materia castrense

En el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia se reglamenta el fuero militar, al expresar:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario.¹⁰⁹

Al ser esta disposición de naturaleza macro y general, necesitó un desarrollo legislativo para reglamentar esos mandatos constitucionales, los cuales se materializaron en la Ley 1765 de 2015. Sin embargo, por la misma complejidad del tema, ha sido fundamental la jurisprudencia de la Corte Constitucional para delimitar teóricamente estas disposiciones militares y salvaguardar en todo momento la supremacía de la Constitución. De este modo, para esa corporación son dos los elementos esenciales del fuero militar: “el primero de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, y el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio”¹¹⁰; así mismo, esta corporación ha determinado el alcance de este fuero

108 Valadés, *El estado social de derecho*, 61-66.

109 *Constitución Política de Colombia*, artículo 221.

110 Sentencia de Constitucionalidad C-878/00, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos.

militar, al manifestar que es: “una regulación especial, y diferente, en atención a los sujetos, a los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que conforme a la Constitución corresponde cumplir a las fuerzas armadas”¹¹¹, por consiguiente “el fuero militar cobija única y exclusivamente los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio; es decir, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial”¹¹². Atribuidos constitucional y legalmente. Sin embargo, por la especificidad del mismo fuero, la Corte Constitucional establece: “En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código”¹¹³.

Ahora bien, el artículo 13 constitucional para el caso mexicano establece la competencia de la jurisdicción militar, al ordenar que:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.¹¹⁴

Pero esta “jurisdicción penal militar mexicana establece un fuero militar de casta contrario a la noción de fuero funcional, establecida por el derecho internacional e inherente a un Estado constitucional y democrático de derecho”¹¹⁵. No obstante que la última parte del artículo 13 constitucional veda a la jurisdicción

111 Sentencia de Constitucionalidad C-358/97, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

112 Eduardo Matyas, *Constitución, régimen penal militar y derechos humanos* (Bogotá: Universidad Republicana, 2014), 190.

113 Sentencia de Acción de Tutela T 677/00, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

114 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (México: Diario Oficial de la Federación, 1917), artículo 13.

115 José Guevara, *La incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (México: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y Comisión Internacional de Juristas, 2014), 34.

militar para conocer de un delito en el que un civil, no militar) estuviera involucrado, sea como víctima o cómplice, los tribunales nacionales garantes de las “garantías individuales”(antaño) y de custodiar la supremacía constitucional, de manera reiterada, interpretaron la ley secundaria en forma contraria a la Constitución, en detrimento de los derechos humanos, al otorgarle una ampliación a la jurisdicción militar con base en el artículo 57 del Código de Justicia Militar (CJM); así, en una simple interpretación gramatical, es evidente su inconstitucionalidad, por ir más allá del límite de la norma superior.

Un argumento para justificar la jurisdicción militar es la implementación de “sanciones ejemplares” en el Código de Justicia Militar para corregir a sus miembros, lo que *a priori* no deja de ser discutible; sin embargo, en los casos que veremos más adelante, el resultado es que genera impunidad a las violaciones graves a los derechos humanos. Al respecto, la SIC manifiesta:

Del análisis del artículo 57 del Código de Justicia Militar, que establece los delitos contra la disciplina militar, se deduce un origen diferenciado de ese tipo de conductas delictivas: 1) cuando se actualizan las hipótesis contenidas en el libro segundo del referido Código, y 2) los delitos del fuero común o federal cometidos por militares cuando se actualicen los supuestos previstos en los diversos incisos de su fracción II. Ahora bien, para acreditar los delitos contra la disciplina militar a que se refiere la fracción I del citado artículo 57 —los especificados en el libro segundo del ordenamiento señalado—, sólo se requiere que el agente del delito tenga la calidad de militar en activo, es decir, que pertenezca a la institución armada, con independencia de que en el momento de la comisión delictiva esté fuera de servicio o del horario normal de labores, o franco. Esta previsión tiene como finalidad conservar la disciplina militar, requisito indispensable para el debido funcionamiento del Ejército, lo que necesariamente justifica la tipificación de conductas específicas a las que se atribuyen sanciones ejemplares. De lo contrario, podría concluirse, que, aunque ciertas conductas se prevean en el Código de Justicia Militar no se sancionarían, o se llegaría al absurdo de no poder acreditar los delitos considerados como graves —a los que incluso se castiga con pena de muerte, como traición a la patria, espionaje o rebelión— por el hecho de que en ellos no se hace especificación alguna en el sentido de que pueden cometerse estando o no en servicio. Contradicción de tesis 105/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 28 de septiembre de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de jurisprudencia 148/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de octubre de dos mil cinco. Una de las cuestiones por resolver por parte de la Suprema Corte de Justicia

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

de la Nación (SACAN), que debería ser clara y sencilla para cualquier tribunal o juez del país, debido a la regulación constitucional desde el siglo pasado, es la referente a la jurisdicción militar, de esta forma el artículo 13 de nuestra carta magna ordena: “Subsiste el fuero [jurisdicción] de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.¹¹⁶

Otra forma de interpretarse y que no parece lógica es que, cuando un delito sea cometido por miembros del Ejército y civiles como sujetos activos del delito, cada quien tendrá una jurisdicción diferente.

Schroeder Cordero al citar a Ignacio Burgoa, nos dice que el destacado jurista mexicano hace notar que la jurisprudencia de la SCJ ha limitado con claridad la extensión jurisdiccional de este fuero al interpretar al artículo 13 constitucional y en consecuencia, cuando en la comisión de un delito militar concurren soldados y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso por lo que toca a los civiles y los Tribunales del fuero de guerra al que se le instruya a los militares, indicando el tratadista *que la bifurcación o dualidad de competencias expresada no sólo no está fundada legalmente, sino que pugna con los términos claros e indudables del texto constitucional, debiendo ser vinculado el caso ante Tribunales Ordinarios que corresponda, es decir, ante jueces de distrito en materia penal o mixtos.*¹¹⁷ (Cursivas nuestras)

Jurisdicción penal militar

Esta jurisdicción tiene como sustento no solo las disposiciones constitucionales ya mencionadas, sino que están fundamentadas en los códigos correspondientes en Colombia; al ser un Estado de constantes cambios legislativos, la normatividad militar no se escapa de dicha realidad, pues para el segundo semestre del 2015 se promulgó una nueva disposición en materia de justicia penal militar y de policía, la Ley 1765 del 2015, que dejó sin vigencia la Ley 1407 del 2010, Código Penal Militar anterior, en el que se estipularon lineamientos sustanciales sobre la organización de la jurisdicción militar; pero lo más relevante en esta materia es lo estipulado en el artículo 1.º de dicha ley, que dice: “Las normas y principios rectores de la administración de justicia prevalecen y serán de obligatoria aplicación

116 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (México: Novena Época, Tomo XXIII, 2006), 2321.247.

117 *Ibid.*, 1489.

en la Jurisdicción Penal Militar y Policía¹¹⁸, de esta manera se espera limitar arbitrariedades. En el caso mexicano evidenciamos que Abelardo L. Rodríguez, presidente sustituto de México, en uso de la facultad que fue conferida por el Congreso de la Unión, decretó el Código de Justicia Militar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933. Esta disposición estableció en el artículo 57, en forma imprecisa, la competencia de la jurisdicción militar más allá de lo previsto en la norma constitucional.

Ahora bien, se define la *jurisdicción penal militar* como “la potestad de que están investidos los jueces, consejos de guerra, y demás Tribunales de fuero de guerra, para juzgar y sentenciar a los miembros de las fuerzas armadas, conforme a la legislación castrense, sustantiva y adjetiva”¹¹⁹. Por otra parte, en un Estado social de derecho en el que se respeten las garantías individuales, como el derecho a un juez natural, cabe cuestionarse sobre la confrontación entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción penal militar, ambas igualmente legitimadas en la Constitución y la ley, pero muy disimiles entre sí. La solución dada por la Corte Constitucional, que se ha pronunciado en la materia, dice:

La identidad entre la jurisdicción penal militar y la justicia penal ordinaria no es plena y que, en cambio, entre ambas jurisdicciones existen distinciones profundas que obligan al legislador a conferir un trato abiertamente diferenciado. Si bien entre la jurisdicción penal ordinaria y la penal militar no se concibe un trato diferenciado en tratándose de asuntos como el sometimiento del juez a la voluntad legal, el respeto por el debido proceso y los principios de imparcialidad, independencia y autonomía judiciales —dado que éstos son los fundamentos esenciales de la función de administrar justicia que ambas jurisdicciones comparten—, sí puede el legislador establecer diferencias relevantes en relación con la organización y estructura de cada jurisdicción, con el procedimiento que debe respetarse en los juicios correspondientes y con el juzgamiento de los delitos puestos a su consideración. En suma, aunque en los fundamentos esenciales de la administración de justicia las garantías constitucionales deben respetarse con la misma intensidad, nada impide que, en otros campos, en

118 Ley 1765/15, por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación (Congreso de Colombia: Diario Oficial 49582 [23 de julio, 2015]), artículo 1.

119 Francisco Schroeder, *Jurisdicción Militar* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992), 1988.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

donde las diferencias entre la Jurisdicción Penal Militar y la ordinaria son relevantes, el legislador disponga regulaciones diferentes.¹²⁰

Nuevamente, la Corte Constitucional tuvo la ocasión de establecer la inconstitucionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar, en cuanto a la regulación de la ampliación de la jurisdicción militar; sin embargo, la desaprovechó, como explica Eduardo Ferrer al hacer referencia al amparo en revisión 989/2009:

Promovido por Reynalda Morales Rodríguez, en el cual se impugnaba la inconstitucional del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, por extender la jurisdicción militar a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Este caso fue resuelto, por mayoría de seis votos contra cinco¹²¹, en el sentido que la víctima del proceso penal carece de “interés jurídico” para promover el juicio de amparo de conformidad con la Ley de Amparo. Así, la Suprema Corte de Justicia dejó pasar una oportunidad para pronunciarse sobre el fuero militar, previo a la condena del caso Radilla Pacheco, y resulta lamentable que sea la Corte IDH la que tuviera que establecer la convencionalidad de dicho precepto, cuando pudo haberlo realizado la Suprema Corte a la luz del artículo 13 constitucional y de los estándares internacionales en la materia. Sobre la evolución jurisprudencial de la Corte IDH en la temática de jurisdicción militar.¹²²

Ámbito internacional

Sistemas regionales de protección de derechos humanos

“Existen tratados elaborados y suscritos por bloques regionales de países, con el fin de promover los derechos humanos”¹²³. Actualmente se encuentran tres sistemas regionales de protección de derechos humanos¹²⁴: el sistema de la

120 Sentencia de Constitucionalidad C-171/04, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

121 El pleno de la SCJN se integra por 11 ministros.

122 Eduardo Ferrer, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad* (Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, 2011), 324.

123 Roberto Cuéllar y Gilda Pacheco, *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso* (Washington: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Women Law & Development International, Human Rights Watch Women’s Rights Project [2000]), 68.

124 En Asia y Oriente Medio se ha empezado a desarrollar un sistema regional de protección de derechos humanos, así lo señalan los profesores José Antonio Pastor y Paola Andrea Acosta “reseña los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Instituto de Estudios Constitucionales”, Carlos Restrepo Piedrahíta (*Colección Temas de Derecho Público* n° 90 [2014]), p. 126.

Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (Pacto de Roma), que creó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, Francia; el Sistema Interamericano de derechos humanos, que surgió dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), considerado el organismo regional más antiguo del mundo, pues su origen se ubica en la Primera Conferencia Internacional Americana, de 1889 a 1890, que también constituyó la Unión Internacional de Repúblicas Americanas; y el sistema africano, junto con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul), creó a la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, el Tribunal Africano de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, estos últimos fusionados en 2004¹²⁵.

Sistema Interamericano (latinoamericano) de derechos humanos

El Sistema Interamericano de derechos humanos (SIDH): “es un medio convencional de control regional supranacional de promoción y protección de derechos humanos a la población de los Estados de América que se han adherido de forma voluntaria a este régimen”¹²⁶, supervisado por dos instituciones regionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH, que para la actualidad también se encuentra salvaguardada en el plano interno por todos los jueces nacionales, con base en la figura pretoriana del control difuso de convencionalidad¹²⁷.

Para el profesor Pablo Villalba es pertinente precisar que: “A consecuencia de la necesidad del respeto de los derechos humanos, en 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero fue recién en 1969, con la Convención Americana de Derechos Humanos, que se consolidó el mecanismo de protección hasta hoy vigente”¹²⁸.

125 Estos sistemas regionales de protección de los derechos humanos se presentan como la opción internacional más viable para lograr una protección efectiva de los derechos humanos por regiones. Jaime Cubides Cárdenas, y Tania Giraldo Vivas, “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Entramado* (2013): 186.

126 Con este sistema regional se persigue la real universalización de la protección de los derechos humanos. *Ibid.*, 199.

127 *Ibid.*, 184-204.

128 Pablo Villalba, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Asunción, 2014), 13.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

Son 19 los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México¹²⁹, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay. Lo que equivale al 54 % del total de los países de América¹³⁰.

Las garantías y la práctica jurídica interna fueron inútiles para tutelar derechos humanos, una oportunidad procesal que al final se tuvo ante los órganos de supervisión del SIDH; así, México fue demandado por la Comisión IDH ante la Corte IDH por los casos Radilla Pacheco (desaparición forzada); Fernández Ortega y otros (violación sexual); Rosendo Cantú y otra (violación sexual¹³¹); Cabrera García y Montiel Flores (tortura); en los cuales se imputó a miembros del Ejército, caso del cual tuvo conocimiento la jurisdicción castrense nacional en los términos del artículo 57 del Código de Justicia Militar. Otra coincidencia de los asuntos descritos es que todo se desarrolla en el estado de Guerrero.

Límites regionales a la jurisdicción penal militar

Como se hizo alusión, en América existe un sistema regional de protección de los derechos humanos (el SIDH), que desde sus orígenes en 1948 ha venido desarrollándose con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de cada una de las personas sujetas a su protección. Este sistema no desconoce que uno de los grandes yugos para Latinoamérica han sido las incontables violaciones realizadas por miembros o agentes del Estado, dentro de los cuales se encuentran las fuerzas militares y de policía. Como medida de contingencia ante esta problemática, por medio de las disposiciones pretorianas de la Corte IDH, se han generado presentes que buscan limitar la jurisdicción militar, con el objetivo de lograr armonizar dichas disposiciones con los parámetros de la CADH, toda vez que “la incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar en este tipo de casos no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación”¹³².

129 México es Estado parte en la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 24 de marzo de 1981, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 16 de diciembre de 1998.

130 Alfonso Martínez, *Sistemas regionales de protección de derechos humanos* (Tuxtla Gutiérrez, México: Primera Instancia, 2014), 125.

131 Las acusaciones versan, además, por otras responsabilidades internacionales, lo que se anota en el paréntesis es para singularizar cada caso.

132 Caso Nadege Dorzema contra República Dominicana (Corte IDH, 2012), párrafo 198.

En cuatro casos mexicanos que ha conocido la Corte IDH se puede sintetizar que la jurisdicción militar no debe intervenir en asuntos que versen de forma general sobre violación a los derechos humanos, como casos en que los miembros de las Fuerzas Armadas sean imputados por los delitos de tortura, desaparición forzada de personas, violación sexual, aunque las víctimas sean militares, ya que ello transgrede el acceso a la justicia, el debido proceso y el principio de juez natural.

Derecho al acceso eficaz en la administración de justicia

Esta disposición tiene como base convencional el numeral primero del artículo octavo de la CADH, en el que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”¹³³, en especial sentido para las víctimas de las conductas cometidas por los agentes militares y de policía. A partir de esta premisa “La Corte ha establecido que los recursos ante el fuero militar no son efectivos para resolver casos de graves violaciones a los derechos humanos y mucho menos para establecer la verdad, juzgar a los responsables y reparar a las víctimas”¹³⁴. Así mismo, “la garantía del artículo 8.1 de la Convención en relación con la intervención del fuero militar no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación”¹³⁵. Toda esta ineficacia es denunciada por la Corte IDH y la misma CIDH en los siguientes casos:

a. Caso Radilla Pacheco¹³⁶

El 6 de septiembre de 2005 la señora Tita Radilla Martínez interpuso una demanda de amparo en contra de la resolución de incompetencia del Juzgado Segundo de Distrito. Esta demanda fue *desechada de plano* por el Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero (en adelante, Juzgado Sexto de Distrito).

133 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 8.1.

134 Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana (Corte IDH, 2012), párrafo 189.

135 Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia (Corte IDH, 2012), párrafo 238.

136 La Corte IDH determinó que se “estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una *disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado [...]*” y ordenó: “El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para *compatibilizar* el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”(cursivas mías). Caso Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos (Corte IDH, 2009), párrs. 262, 263, 264.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

El 6 de octubre de 2005 la señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de la resolución referida. Dicho recurso fue resuelto el 24 de noviembre de 2005 por el Primer Tribunal Colegiado, el cual decidió *confirmar el desecamiento de la demanda de amparo*.

De los hechos señalados anteriormente, se desprende que la competencia de la jurisdicción militar para conocer y resolver los hechos relativos a la detención y posterior desaparición forzada del señor Radilla Pacheco fue impugnada a través de dos vías. La primera de ellas, por medio de un recurso de revocación interpuesto por un agente del ministerio público militar en contra de un auto mediante el cual un juez militar aceptó la competencia para conocer de los hechos. Dicho recurso de revocación desembocó en una resolución de *un Tribunal colegiado de circuito que resolvió a favor de la competencia de la jurisdicción militar*. Por otro lado, la señora Tita Radilla interpuso un recurso de amparo en contra de la decisión de un juzgado de distrito a través del cual se declaró incompetente para conocer de los hechos de este caso y remitió el expediente a la justicia militar. Dicho recurso fue *desechado*, por lo que posteriormente la señora Tita Radilla interpuso un recurso de revisión, el cual fue *también desechado*. (Cursivas nuestras)

[...]

b. Caso Fernández Ortega¹³⁷

El 18 de marzo de 2003 la señora Fernández Ortega presentó un escrito mediante el cual se “o[uso] e impugnó[o] la competencia militar para la investigación de los hechos delictivos de que fu[e] objeto” y solicitó que el Ministerio Público Militar “[s]e abst[uviera] de seguir conociendo” el caso. Ese mismo día el Ministerio Público Militar rechazó la solicitud tomando en consideración que “[l]a competencia del fuero de guerra se encuentra debidamente fundada y motivada”. Contra esa decisión, el 10 de abril de 2003 la señora Fernández Ortega interpuso una demanda de amparo, la cual fue sobreseída por el Juzgado Primero de Distrito en el estado de Guerrero el 3 de septiembre de 2003. Dicha resolución fue impugnada por la señora Fernández Ortega y confirmada el 27 de noviembre de 2003 por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito del estado de Guerrero.

[...]

.....
137 Caso Fernández Ortega vs. Estados Unidos Mexicanos (Corte IDH, 2010), párrafo 168.

c. Caso Rosendo Cantú¹³⁸

El 7 de junio de 2002 la señora Rosendo Cantú presentó una demanda de amparo en contra de la declinación de competencia del fuero civil a favor del militar, la cual fue *sobresaida* por el Juzgado Primero de Distrito en el estado de Guerrero el 30 de agosto de 2002. Dicha resolución fue impugnada por la señora Rosendo Cantú mediante un recurso de revisión el 17 de septiembre de 2002, y *confirmada* el 12 de noviembre de 2002 por sentencia del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito del estado de Guerrero. El 28 de noviembre del mismo año, la señora Rosendo Cantú presentó un escrito en virtud del cual solicitó al Ministerio Público Militar que “[s]e abst[uviera] de seguir conociendo” el caso. Dicha solicitud fue *rechazada* el 20 de enero de 2003 mediante resolución de la Procuraduría Militar, la cual fue impugnada por la señora Rosendo Cantú a través de una segunda demanda de amparo, presentada el 11 de febrero de 2003. Este segundo juicio de amparo también le fue *denegado* el 29 de abril de 2003.¹³⁹ (Cursivas nuestras)

[...]

d. Caso Cabrera y Montiel¹⁴⁰

En el proceso penal llevado a cabo en contra de los señores Cabrera y Montiel, el 26 de agosto de 1999 su defensa solicitó al Juez Quinto de Distrito que ordenara al Ministerio Público investigar las denuncias de tortura, incomunicación y detención ilegal que habrían sufrido en las instalaciones del Ejército. Como consecuencia de la anterior solicitud, el 31 de agosto de 1999 el Juez Quinto de Distrito ordenó al Ministerio Público investigar los hechos denunciados. El 1 de octubre de 1999 el Ministerio Público Federal adscrito a Coyuca de Catalán, estado de Guerrero, dio entonces inicio a la Averiguación Previa por las denuncias presentadas por los señores Cabrera y Montiel. El 5 de noviembre de 1999 la Procuraduría General de la República (en adelante “PGR”) se declaró *incompetente* para investigar el delito de tortura y *cedió* la competencia a la Procuraduría General de Justicia Militar (en adelante “PGJM”), ya que se argumentó que los posibles responsables eran militares actuando en servicio. El 13 de junio de 2000 la Procuraduría Militar resolvió la inda-

.....
138 No obstante, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana. En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas.

139 Caso Rosendo Cantú vs. México (Corte IDH, 2010), párrafo 145.

140 En el caso Radilla Pacheco, el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la *jurisdicción militar para estar conforme con los estándares establecidos por esta Corte*. Al respecto, la Corte resalta que el cumplimiento de dichos estándares se da con la investigación de todas las vulneraciones de derechos humanos en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, *por lo que no puede limitar su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual*.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

gación sobre tortura con un “auto de reserva de archivo”, bajo el criterio del investigador militar de que no existían elementos que acreditaran la tortura. [...]

La Comisión [IDH] sostuvo que la jurisdicción militar “no era la autoridad competente para investigar los hechos, debido a que la justicia militar debe aplicarse únicamente cuando se atente contra bienes jurídicos castrenses [...]”. Así, consideró que la denuncia sobre tortura “sobrepas[a] cualquier función de defensa y seguridad [del Estado]”, y por lo tanto “no p[odría] ser considerada [como un] delito de función y [que] la investigación de estos hechos debió adelantarse [en el] fuero ordinario”. Los representantes concordaron con la Comisión y agregaron que “*el juicio de amparo, que por definición constituye el mecanismo de garantía jurídica de los derechos fundamentales en México, resulta ineficaz para impugnar la extensión del fuero militar; al establecer supuestos de legitimación sumamente limitados cuando las víctimas o los ofendidos del delito pretenden acudir a los Tribunales*”. Por otra parte, los representantes adujeron que la investigación de tortura no fue iniciada de oficio por las autoridades judiciales que recibieron la denuncia de los presuntos hechos.¹⁴¹ (Cursivas nuestras)

En este punto, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una noción jurisprudencial sobre este derecho, al determinar su alcance en el sentido de que “este derecho implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación”¹⁴². Este precepto “confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción”¹⁴³; de ello se desprenden tres claras obligaciones del Estado con las víctimas en referencia al acceso a medios adecuados de defensa, las cuales son: “a) El deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; b) El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y; c) El deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso”¹⁴⁴.

141 Caso Cabrera García y Montiel vs. México (Corte IDH, 2010), párrafos 74, 87.

142 Sentencia de Constitucionalidad C-616/14, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

143 Sentencia de Constitucionalidad C-370/06, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

144 Sentencia de Constitucionalidad C-616/14.

Derecho a un juez natural

Otra de las directrices emanadas de la CADH en esta materia es el derecho que tiene toda persona a un juez natural, establecido por ley con anterioridad al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de litigio. Cabe resaltar que dicho derecho no es solamente una disposición regional, sino, también, estipulada en el sistema universal de protección de los derechos humanos. La intervención del juez natural en el proceso es un derecho humano que implica la competencia del órgano jurisdiccional (presupuesto procesal), estar constituido previamente a los hechos materia de la litis, durante todo el procedimiento (primera y segunda instancia), de forma que se garantice la imparcialidad e independencia judicial. Así, el juez natural es un ingrediente fundamental del debido proceso. La Corte IDH ha emitido diversa jurisprudencia al respecto:

El concepto del juez natural rige a lo largo de las etapas del proceso. El concepto del juez natural se proyecta sobre las diversas instancias procesales. El principio del debido proceso legal rige, natural no es legítima la etapa procesal ante él, Si el juez de segunda instancia no satisface”¹⁴⁵. Para el tema de investigación es importante señalar que “el fuero no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el Poder Legislativo y atiende a una finalidad legítima, como antes se manifestó.¹⁴⁶

En Colombia, estas disposiciones regionales se materializan en el artículo 29 superior, en el que se consagran dichas garantías; estas también se encuentran en los principios que rigen cada uno de los procesos que se realizan en Colombia. Para el caso mexicano, los artículos 16 y 17 de la Constitución mexicana se refieren a la competencia y a la justicia pronta, expedita, imparcial, gratuita y completa, respectivamente; sin embargo, tampoco fueron considerados en el ámbito nacional, no obstante que en el juicio de amparo en materia penal existe una protección de oficio a los acusados.

.....
145 Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999). Se declaró: los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural, establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el Tribunal Superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo, 1999. Serie C No. 52), párrafo 161.

146 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (Corte IDH, 2009), párrafo 77.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos.

En el caso Radilla Pacheco, la Corte IDH relaciona el principio de juez natural con el derecho de acceso a la justicia, el debido proceso, que nada tiene que ver con la disciplinar militar cuando verse el proceso con la desaparición forzada de personas.

Juez natural integral. Disciplina militar:

[...] la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco no guarda relación con la disciplina militar y que, por lo tanto, están excluidos de la competencia de la jurisdicción castrense [...] la jurisdicción penal militar debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Establecer lo contrario atentaría contra el principio del juez natural, a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana [...].¹⁴⁷

Impunidad

Para el SIDH existe una premisa bajo la cual “el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad”¹⁴⁸; por ende, debe actuar cuando “falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”¹⁴⁹. Esta es la posición que se ha constituido como precedente de la Corte IDH en la materia¹⁵⁰, conceptos que son desconocidos por la Corte Constitucional colombiana, la cual reiteradamente expresa que, junto con el derecho a la justicia, de igual importancia está “el derecho a que no haya impunidad”¹⁵¹. Para México, actuar en forma contraria a la Constitución y a los derechos humanos provoca impunidad; en ninguno de los cuatro casos que se van a mostrar se sancionó, y es evidente que ni siquiera se investigó seriamente a los probables responsables, que

147 Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (Corte IDH, 2009), párrafo 300.

148 Caso 19 comerciantes vs. Colombia (Corte IDH, 2012), párrafo 175.

149 Caso Huilca Tecse vs. Perú (Corte IDH, 2005), párrafo 82.

150 Podemos encontrar estos conceptos referenciados en las siguientes sentencias: caso Vargas Areco (véase nota 3), párrafo 153; caso Almonacid Arellano y otros (véase nota 15), párrafo 111; caso Servellón García y otros (véase nota 3), párrafo 192; caso Goiburú y otros (véase nota 5), párrafo 131.

151 Derecho promulgado en las sentencias: Corte Constitucional de Colombia, C-871 (2003), magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional de Colombia, C-1033 (2006), magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis y Corte Constitucional de Colombia, C-209 (2007), magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

se presume pertenecen a la milicia; por ello, en parte de las sentencias en estos procesos la Corte IDH condena, entre otros puntos:

a. Caso Radilla Pacheco

El Estado deberá conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación y, en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea.¹⁵²

Además, en relación con las víctimas indirectas, durante los procedimientos nacionales después de la desaparición de la víctima directa, la Corte IDH vincula la impunidad con la violación a la integridad personal de los familiares:

[...] este Tribunal concluye que la violación de la integridad personal de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco se ha configurado por las situaciones y circunstancias vividas por ellos durante la desaparición de aquél. Estas afectaciones, comprendidas integralmente en la complejidad de la desaparición forzada, subsisten mientras persistan los factores de impunidad verificados. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal de Tita, Andrea y Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez, reconocido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.¹⁵³

b. Caso Cabrera García y Montiel Flores

A la luz de lo anterior este Tribunal reitera que, en todo caso en que existan indicios de la ocurrencia de tortura, el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una *investigación imparcial, independiente y minuciosa* que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, *identificar a los responsables e iniciar su procesamiento*. Es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar alegados actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos. Asimismo, a las autoridades judiciales corresponde el deber de garantizar los derechos del detenido, lo que implica *la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar alegados actos de tortura. El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los detenidos de manera que puedan practicar libremente las evalua-*

152 Caso Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos (Corte IDH, 2009), párrafo. 8.

153 *Ibid.*, párrafo 172.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos.

ciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión.¹⁵⁴ (Cursivas nuestras)

[...]

c. Caso Rosendo Cantú y otra

Pese a las deficiencias estructurales y normativas que presenta el Código de Justicia Militar que data de 1933, debe observarse que existió voluntad del Estado Mexicano de investigar institucionalmente el caso, pero también es evidente que no fue más allá de realizar diligencias de rutina *a sabiendas que de esa manera no se aclararían los hechos ni se fincarían responsabilidades a los agentes del Estado involucrados*, sin considerar además la máxima en procuración de justicia “conforme el tiempo pasa la verdad se aleja.”¹⁵⁵ (Cursivas nuestras)

Control difuso de convencionalidad

El control difuso de convencionalidad de manera genérica es factible definirlo como la confrontación oficiosa que los operadores jurídicos deben realizar entre la norma convencional, incluida su interpretación auténtica ante un caso concreto por resolver, y la norma interna; se incluye aquí la norma constitucional e interpretación nacional para determinar si esta es compatible o no, y en el supuesto de que no lo sea, de manera inicial se debe dejar de aplicar la norma interna y, posteriormente, hacer una interpretación conforme con el *corpus iuris latinoamericano*, que sirva para fundar la decisión correspondiente.

El Control de convencionalidad constituye una noción que se ha puesto de moda en el derecho interamericano, marcando un sendero a seguir en la estela de la armonización del orden jurídico interno con el orden internacional de los derechos humanos, dos estamentos que necesitaban sintonizar la misma frecuencia, y que por medio del control de convencionalidad, si bien no podría asegurar su compenetración irrestricta se abren surcos para que así sea en el futuro.¹⁵⁶

Se puede estructurar el camino que deben observar los jueces al ejercer el control difuso de convencionalidad de la siguiente manera:

.....
154 Caso Cabrera García y Montiel vs. México (Corte IDH, 2010), párrafo 135.

155 Caso Rosendo Cantú vs. México (Corte IDH, 2010), párrafo 4. Punto 4, voto concurrente del juez *ad hoc* Alejandro Carlos Espinosa.

156 Villalba, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 225.

1. Obligación de ejercer el control difuso.
2. Hacer sin que medie petición de las partes (oficio).
3. Confrontar las normas internas con las internacionales correspondientes al caso concreto.
4. Decidir por el catálogo que más beneficie o menos restrinja derechos humanos.
5. Dejar de aplicar normas e interpretaciones que menos beneficien o más restrinjan los derechos humanos.

Aplicación del control de convencionalidad difuso

México fue condenado por la Corte IDH en los casos Radilla Pacheco (23 de noviembre de 2009), Fernández Ortega y otros (30 de agosto de 2010), Rosendo Cantú y otra (31 de agosto de 2010) y Cabrera García y Montiel Flores (26 de noviembre de 2010), sentencias en las que sus sanciones tienen factores comunes, los cuales pueden sintetizarse así:

1. Adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares convencionales e internacionales en materia de garantía del juez natural en relación con la jurisdicción penal militar.
2. Adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de la competencia de esa jurisdicción.

De estas sentencias de la Corte IDH, la que representaría un hito para el ordenamiento jurídico mexicano sería la sentencia Radilla Pacheco contra México, no solo en temas sobre la jurisdicción militar, sino al trascender hacia la propia relación entre el Estado y las demandas supranacionales de protección a los derechos humanos. En dicha jurisprudencia, la corporación estableció:

No sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁵⁷

Ahora bien, como consecuencia de esta sentencia, la SCJ analizó su alcance y determinó, entre otros puntos, la exigencia de los jueces mexicanos de ejercer el control difuso de convencionalidad de oficio, lo que permitió temporalmente y a partir del siguiente criterio la desaplicación del artículo 57 del Código de Justicia Militar, que ampliaba la jurisdicción castrense, pero sin perder la vigencia, lo cual le corresponde al poder legislativo. Además, en la misma tesis se aprecia que el artículo 13 de la Constitución es adecuado, pero no era así su interpretación.

Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que *su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que *no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales del debido proceso y acceso a la justicia*, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe

.....
157 Caso Radilla Pacheco contra Estados Mexicanos (Corte IDH, 2009), párrafos 337-338-340-341.

ser en el sentido de que *frente a situaciones que vulneren Derechos Humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar*, porque cuando los Tribunales Militares conocen de actos constitutivos de violaciones a Derechos Humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de diez votos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales y Guillermo I. Ortiz Maya Goitia. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: “Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: ‘CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.’ Y ‘CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN’”, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁵⁸ (Cursivas nuestras)

Reforma al Código de Justicia Militar

Por Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, el 13 de junio de 2014, fue reformado el artículo 57, en cumplimiento a las múltiples sentencias de la Corte IDH (tabla 3.1).

Tabla 3.1. Comparativo sobre la reforma militar

Artículo 57	Artículo 57
Antes de la reforma	Reforma
I. Los especificados en el Libro Segundo de este Código	I. Los especificados en el Libro Segundo de este Código, con las excepciones previas en el artículo 337 Bis
II. Los de orden común o federal cuando en su comisión haya	II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico o tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito, en los siguientes supuestos:
a)...	a)...
b)...	b)...
c) Que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio en un lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra	c) Derogado
d)...	d)...
e)...	e)...
... concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.	En todos los casos, cuando concurren militares y civiles como sujetos activos, solo los primeros podrán ser juzgados por la justicia militar.

.....
158 "Restricción interpretativa de fuero militar. Incompatibilidad de la actual redacción del artículo 57, fracción ii, del Código de Justicia Militar, con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (2011). <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=160488&Tipo=1>

Declaración de cumplimiento

La Corte IDH, el 17 de abril de 2015 emitió resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, todos contra México¹⁵⁹; así, declaró que el Estado ha dado *cumplimiento parcial* a su obligación de adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que el Estado ha dado *cumplimiento total* a su obligación de adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia.

Cumplimiento parcial

En cuanto a la reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar, la Corte IDH manifestó que la iniciativa presentada es insuficiente, pues no cumple plenamente con los estándares indicados, debido a que “dicha reforma sólo establece que la jurisdicción militar no será competente tratándose, únicamente, de la desaparición forzada de personas, la tortura y la violación sexual cometidas por militares”. Adicionalmente, agregó que en “el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

Así, la omisión en el cumplimiento estriba en que el artículo 57, II. a) del Código de Justicia Militar reformado aún autoriza la intervención del fuero militar en los delitos en que el imputado y la víctima sean militares, y en los delitos en que el imputado sea militar y el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico no sea un civil; la Corte estima que la actual legislación continúa sin adaptarse parcialmente a los siguientes estándares jurisprudenciales:

.....
159 La Corte IDH hace notar en esta sentencia que también fueron ordenadas en la sentencia emitida en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, y se pronuncia sobre el cumplimiento de esas reparaciones en una resolución independiente a la presente, debido a que el juez Ferrer Mac-Gregor participa en la resolución de supervisión de cumplimiento de dicho caso.

•Criterios vinculantes a la jurisdicción militar en los casos mexicanos•

- a. La jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, aun cuando los sujetos activo y pasivo sean militares.
- b. En el fuero militar solo se puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

Conclusiones

En cuatro casos mexicanos que ha conocido la Corte IDH se puede sintetizar que la jurisdicción militar no debe intervenir en asuntos que versen de forma general sobre violación a los derechos humanos; por ejemplo, cuando los miembros de las Fuerzas Armadas sean imputados por los delitos de tortura, desaparición forzada de personas, violación sexual, aunque las víctimas sean militares, ya que ello transgrede el acceso a la justicia, el debido proceso y el principio de juez natural.

Los conflictos de intereses en sede interna hacen inoperantes los derechos humanos, máximo si los órganos jurisdiccionales y los procesos de tutela son neutralizados por falta de independencia efectiva del poder judicial, de ahí la importancia de los derechos humanos y su interpretación de índole internacional.

El hecho de que los miembros castrenses sean juzgados por una jurisdicción especial de carácter militar en la práctica evidencia la impunidad y encubrimiento, ya que en ningún caso se determinó responsabilidad penal alguna, a pesar de la gravedad de los delitos cometidos, lo que transgrede el debido proceso y el acceso a la justicia.

Tampoco es garantía inmediata la condena internacional si el Estado no cambia las prácticas arbitrarias, ya que en los cuatro casos presentados, la Corte IDH determinó que este debe conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación, y en su caso, el proceso penal que tramite en relación con los delitos de violación sexual, otro referente a la tortura y, finalmente, la desaparición de personas, con el fin de determinar las correspondientes

responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea, cuestión que a la fecha no se ha cumplido¹⁶⁰.

A priori, que se argumente que las sanciones previstas en las leyes militares son más severas no garantiza el debido proceso. Los casos expuestos presentan en común, entre otras situaciones, la violación a la garantía de un juez natural y la garantía a un recurso eficaz, establecidas por los artículos 8.1 y 25 de la CADH.

El concepto del juez natural y el principio del debido proceso deben regir a lo largo de todas las etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de primera o el de segunda instancia no satisfacen los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida una u otra etapa procesal que se desarrolle ante estos.

El planteamiento inicial se responde con un rotundo sí: los hechos evidencian que no son suficientes los derechos sustantivos y procesales en los regímenes internos para tutelar eficazmente los derechos humanos, y requieren la constitución de sistemas regionales de protección.

Es adecuado y necesario el modelo del control difuso de convencionalidad para acelerar el cambio cultural de una tutela efectiva de protección de derechos humanos.

.....
160 Inclusive, en el caso Rosendo Cantú y otras, la Corte IDH, a pesar de que ya se dictó sentencia de fondo, decretó medidas provisionales el 23 de junio de 2015.

ELEMENTOS JURÍDICOS Y DE LEGITIMACIÓN PARA ACUERDOS DE PAZ CON MIRAS AL POSCONFLICTO¹⁶¹

Sandra Montoya Ruiz

John Castro Ortiz

Jaime Cubides Cárdenas

Resumen

Este capítulo brinda una delimitación conceptual de elementos jurídicos del orden nacional e internacional, y de legitimación para las distintas etapas que se desarrollan en acuerdos de paz con miras al posconflicto en Colombia; también resalta algunas garantías necesarias para las partes del conflicto colombiano, la sociedad civil y la comunidad internacional. Adicionalmente, se abordarán conceptos relacionados con el cumplimiento de exigencias de un sistema jurídico integral de derechos humanos.

.....
161 Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación “Fundamentación e implementación de los derechos humanos”, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo B por Colciencias y registrado con el código COL0120899. El grupo está vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Introducción

Los cambios de las políticas públicas en términos sociales, económicos y jurídicos en Colombia, desde la expedición de la Constitución Política de 1991, se han caracterizado por la búsqueda de amplias garantías y protección de derechos humanos; estos cambios han propendido por la construcción y la consolidación de una sociedad más justa, igualitaria e incluyente, por medio de principios, derechos y deberes de todos los ciudadanos en Colombia. Los principios derivados de la Constitución son, en gran medida, una consecuencia directa de la exigencia del marco constitucional de un Estado social de derecho, el cual demanda de toda la sociedad y de las instituciones gubernamentales un trabajo en conjunto hacia el logro de unos fines estatales que aseguren, para la población colombiana, mejores condiciones de vida y la consolidación de un modelo de Estado democrático justo y participativo¹⁶².

Entre los principios transversales que se plasman a modo de mandatos de optimización en el preámbulo de la Constitución Política de 1991, se encuentran: la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Considerado así el asunto, es precisamente ante el logro del alcance y la sostenibilidad del principio y derecho a la paz que la democracia y la institucionalidad en Colombia tienen grandes desafíos, por medio de las negociaciones de paz y la implementación de los acuerdos.

En este orden de ideas, y dada la coyuntura de los actuales diálogos de paz entre el Gobierno nacional y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), y la implementación de los acuerdos logrados con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), se hace necesario dar lugar a reflexiones en torno a la ineludible legitimidad del orden interno e internacional, que debería traer consigo la implementación del Acuerdo Final de paz con las FARC en una etapa de

.....
162 Al referirse a un Estado participativo en Colombia se requiere revisar la participación ciudadana y la incidencia de esta en decisiones de alta trascendencia para las políticas públicas en los últimos años, en particular entre 1996 y 2013. Como lo evidencia la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia, en estos años han sido radicadas alrededor de 268 solicitudes de mecanismos de participación ciudadana, de las cuales 126 han sido tramitadas para el 2013. El mecanismo de mayor popularidad en Colombia es el cabildo abierto; en los últimos tres años se han radicado al menos 109 solicitudes en todo el país. La Registraduría muestra que luego de la promulgación de la Constitución de 1991 no se ha solicitado ningún plebiscito ni ha prosperado ninguna de estas circunstancias: revocatoria de mandato, iniciativa popular, ni tampoco ningún referendo. Para profundizar, véase Registraduría Nacional del Estado Civil I, "Mecanismos de participación" (2016. <http://www.registraduria.gov.co/128-mecanismos-de-participacion.html>)

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

posconflicto y la eventual firma e implementación de unos posibles acuerdos con el ELN.

Cabe resaltar que, al hablar de legitimidad en este capítulo, se tendrá como aproximación conceptual una perspectiva desde la aceptación y el respaldo, tanto en lo legal como en lo político¹⁶³, para los acuerdos de paz y su implementación desde la sociedad civil y la comunidad internacional. En este sentido, resulta propicio resaltar que la aceptación y el respaldo a los procesos de paz, y a una etapa de implementación de estos, garantizan la comunicación asertiva de lo pactado, así como la coherencia y el cumplimiento de los tratados internacionales a los cuales se ha comprometido el Estado colombiano en términos convencionales.

En este capítulo serán abordados tres elementos esenciales para el estudio de la legitimación en los siguientes términos: (i) implementación del Acuerdo Final con las FARC¹⁶⁴ bajo un escenario de posconflicto y (ii) la eventual firma de un acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y el ELN. A modo esquemático, en un primer punto se realizará, entonces, una aproximación conceptual de algunos elementos jurídicos del orden nacional e internacional que configurarían la necesaria exigencia de legitimación de los acuerdos; entre los elementos jurídicos para el análisis se tiene, entonces: el margen de apreciación nacional, el bloque de constitucionalidad y el principio de proporcionalidad.

En un segundo punto el capítulo analizará si estos elementos en conjunto, o de forma separada, serían conducentes para la legitimación de los acuerdos de paz y si aportan elementos pertinentes hacia la construcción de la etapa de posconflicto en Colombia, de cara a la observancia y entendimiento de estos por parte de la comunidad internacional. Finalmente, en el tercer punto será brindada una aproximación conceptual de la importancia que tiene para los intereses nacionales de Colombia y su posicionamiento en el plano internacional la existencia de un proceso de legitimación que integre la participación de la comunidad nacional e internacional en una etapa de posconflicto.

163 José Hierro, "Legitimidad y legalidad", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 4 (2013): 179-186.

164 El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera es el resultado final del proceso de negociaciones para la resolución de una parte del conflicto armado colombiano llevado a cabo desde 2012 entre el Gobierno de Colombia y las FARC.

Margen de apreciación nacional y bloque de constitucionalidad

Respecto al concepto del *margen de apreciación nacional*, se puede comenzar por señalar que este resulta un tanto desconocido e inclusive en ocasiones es sujeto de malas interpretaciones, dado el significado directo que suscitan las palabras con que se suele definir esta doctrina propia del derecho público internacional. Lo cierto es que el margen de apreciación nacional, como doctrina judicial en el derecho internacional para los tribunales de derechos humanos, ha sido concebido como una “herramienta judicial que pretende imponer límites al alcance de la actividad de los tribunales internacionales, con base en el reconocimiento del poder estatal en torno a la determinación (contenido y alcance) de los derechos humanos”¹⁶⁵.

Esta herramienta judicial también tiene una aplicación para los alegatos de los Estados ante instancias internacionales de derechos humanos, o como un instrumento judicial por tribunales internos, y se sustenta en componentes de soberanía y de discrecionalidad de los Estados, en particular para la toma de decisiones en relación con la defensa de derechos humanos, siempre y cuando, “dentro de su contenido y alcance [de estas decisiones] no impliquen el poner en riesgo la subsistencia misma de los individuos o sus condiciones más básicas de existencia”¹⁶⁶. Esto supondría que la aplicación del margen de apreciación nacional como herramienta de decisión judicial, en principio, no es procedente cuando se trata de graves situaciones de violencia o ante las violaciones más atroces de la dignidad humana, como ha ocurrido en Colombia en las últimas cinco décadas, con: (i) crímenes de genocidio, (ii) crímenes de lesa humanidad y (iii) crímenes de guerra, entre otros, que se encuentran tipificados dentro del marco jurídico brindado por el Estatuto de Roma de 1998, que da lugar a la competencia de la Corte Penal Internacional para el caso colombiano.

De esta forma, el margen de apreciación nacional es una doctrina que permite a los tribunales internacionales de derechos humanos abrir la posibilidad a las autoridades de un Estado para que sean estas las que tomen decisiones de fondo

.....
165 Paola Acosta, “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?” En *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, ed. por Paola Acosta y Manuel Núñez (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 183.

166 *Ibid.*, 187

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

sobre un asunto determinado de derechos humanos, en los casos en que estas autoridades pueden acceder a más información o a más recursos que el mismo tribunal internacional. No obstante lo anterior, el margen de apreciación nacional no puede ser abordado o entendido sin limitación alguna, pues existen límites intrínsecos y extrínsecos para su aplicación; en otras palabras: “Los límites [intrínsecos que] surgen a través de las obligaciones adquiridas por los [E]stados al momento de ratificar los tratados de derechos humanos y los otros [es decir los extrínsecos] aparecen cuando los derechos son controlados materialmente por los tribunales regionales de protección de derechos humanos en los alcances que éstos les otorgan a los derechos en virtud del principio de proporcionalidad.”¹⁶⁷

Teniendo en cuenta los componentes básicos de la aplicación y limitaciones que presenta la doctrina del margen de apreciación nacional, se debe resaltar que el único caso público, de acuerdo con Acosta, en que el Estado colombiano intentó defender su soberanía, autoridad y discrecionalidad en la toma de decisiones ante el Sistema Interamericano de derechos humanos (SIDH) se presentó en el informe núm. 71/79 de 1999, con el caso de Marta Lucía Álvarez Giraldo¹⁶⁸, de la siguiente manera:

En este asunto los peticionarios alegaban la violación de los derechos de la señorita Álvarez Giraldo a la integridad personal, honra e igualdad como consecuencia de la negativa de las autoridades carcelarias a aceptar la visita conyugal entre ésta y su pareja del mismo sexo. En los argumentos de defensa presentados por el Estado durante la etapa de admisibilidad se aprecia un intento por defender tal prohibición, ya que: [...] el Estado justifica su negativa [para no] permitir la visita íntima por razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias [...] Luego reiteró sus alegatos iniciales en cuanto a que la prohibición atiende a razones arraigadas en la cultura latinoamericana[,] la cual, sostiene, sería poco tolerante respecto de las prácticas homosexuales.¹⁶⁹

Con lo anterior en mente y al considerar lo señalado por Acosta, en relación con el único caso en el que Colombia ha invocado la figura del margen de apreciación nacional, desde una concepción externa como herramienta de defensa hacia

167 Francisco Barbosa, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, 26 (2011): 109.

168 Caso de la CIDH (<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/admisible/colombia11656.htm>)

169 Acosta, “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano”, 188.

el SIDH, se puede observar que esta figura de discrecionalidad para el Estado colombiano es relevante y legítima, si se invoca bajo el principio de favorabilidad y proporcionalidad, y de manera armónica en el marco de las garantías de protección y el cumplimiento de derechos humanos. Un buen ejemplo de conducencia para esta doctrina lo cita también Acosta, quien indica lo siguiente frente a un caso particular:

En lo que respecta al nivel de enseñanza, de conformidad con el artículo 67 de la Constitución [Política de Colombia], la educación obligatoria ‘comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica’. Esta disposición constitucional, según la jurisprudencia de esta Corporación, se traduce en que si bien el Estado tiene la obligación de disponibilidad respecto de todas las etapas de la educación (preescolar, primaria, secundaria y superior), se prioriza la consecución de un mínimo: un año de preescolar y nueve de educación básica, correspondiendo esto último a cinco años de primaria y cuatro de secundaria. La priorización referida no coincide completamente con la estipulada en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13, limita la obligatoriedad de la educación a la primaria, lo que deja por fuera al nivel preescolar y a los cuatro años de secundaria que están contemplados en la Carta [Constitución Política] del 1991. Idéntica disposición contiene el Pacto de San Salvador en el artículo 13 y la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 28.¹⁷⁰

Ahora bien, si se toma en cuenta que el alcance del margen de apreciación nacional para su aplicación en el orden interno plantea como requisitos para su aplicación la transversalidad del principio de favorabilidad¹⁷¹, se tiene que las reflexiones con base en elementos jurídicos idóneos que se desprenden frente a procesos de legitimación del proceso de paz y construcción del posconflicto en Colombia pasarán por establecer si estos mecanismos son procedentes, pertinentes y útiles, dados los hechos del conflicto armado colombiano con las FARC y el ELN. Este desafío, en relación con la doctrina del margen de apreciación nacional y su aplicación, implica, por un lado, que los tratados suscritos y ratificados

.....
170 *Ibid.*, 197.

171 “Según la jurisprudencia constitucional, la contradicción entre una norma constitucional y una norma internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad se debe resolver de acuerdo con el principio de la favorabilidad, bajo el cual ‘el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos’, en este caso la norma constitucional”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-306 (2011), magistrado ponente Humberto A. Sierra Porto.

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

por Colombia en materia de derechos humanos, conforme con esta doctrina, tienen en apariencia un punto de discrecionalidad, que bien puede ser empleado como herramienta judicial de alegatos frente a tribunales de derechos humanos o como elemento jurídico de fundamento para decisiones internas de un Estado que se aparta de tratados internacionales, bajo el componente de la soberanía y bajo esquemas condicionados que no vulneren derechos fundamentales, siempre y cuando se apliquen los principios de favorabilidad y proporcionalidad.

Por otro lado, en relación con el punto de discrecionalidad que tienen los Estados con base en su soberanía, se debe decir que dentro del contexto del derecho internacional, el Estado colombiano está limitado a los presupuestos normativos de tratados o convenios que ha suscrito; un buen ejemplo de la limitación en un sentido que tiene Colombia como Estado para la aplicación del margen de apreciación en el contexto convencional de los derechos humanos lo estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷², que dentro de su artículo 27 señala lo siguiente: “un Estado Parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”.

En este punto cabe resaltar que el margen de apreciación nacional ha tenido poco desarrollo por parte de Colombia en los casos que se han adelantado ante el SIDH¹⁷³ por dos razones: “el tipo de violaciones —y el contexto en el que ellas se configuran— que llegan al sistema, [y] la forma como se tejen las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”¹⁷⁴. Bajo este contexto, y en el marco de los acuerdos de paz en Colombia, esta doctrina puede ser analizada desde dos orillas en términos de su aplicabilidad; por un lado, la que considera que no tendría una justificación legal ni tampoco legitimación, si se quisiera invocar por parte de las autoridades colombianas para acuerdos de paz y etapas de posconflicto con grupos armados insurgentes, dados los hechos criminales de los que estarían precedidos dentro del contexto de un conflicto

.....
172 La Ley 406 de 1997 aprueba la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales o entre organizaciones internacionales; esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional de Colombia por medio de la Sentencia C-400-98 de 10 de agosto, 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

173 Acosta, “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano”.

174 Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia* (Colombia: Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente, 2005), 20.

armado interno por delitos que representan una violación flagrante del derecho internacional humanitario.

En este sentido, el margen de apreciación nacional como figura de legitimación de acuerdos de paz y de una etapa de posconflicto entre el Gobierno colombiano y las FARC y el ELN no sería aplicable, dado que ello representaría un desconocimiento expreso de lo pactado por Colombia en el marco de los sistemas internacional y regional de protección de los derechos humanos, lo cual desencadenaría inestabilidad e inseguridad jurídica para el Estado con implicaciones internacionales, y con ello, la percepción internacional de debilidad institucional del Estado colombiano como garante de derechos humanos a escala nacional.

Desde otra orilla se interpreta que la doctrina del margen de apreciación nacional, de ser aplicada por las autoridades colombianas bajo los derroteros de la protección y garantías de derechos humanos y dentro del marco de las obligaciones del derecho internacional que tiene el Estado colombiano, es conducente como una alternativa para la legitimidad y la legalidad de los acuerdos de paz dentro del contexto de un bloque de constitucionalidad en un sentido estricto, pues este permite la armonía de lo pactado entre los acuerdos de paz y el amplio derecho convencional en derechos humanos vigente para Colombia en el marco de una justicia transicional. La postura de análisis jurídico por adoptar entre las dos orillas dependerá del marco de actuación esperado para Colombia y del alcance de la responsabilidad asumida internacional y nacionalmente por el Estado, en términos de protección de los derechos humanos y su efectivo desempeño en este campo, y el papel otorgado al bloque de constitucionalidad en la construcción de escenarios de un posconflicto.

Por otra parte, frente al bloque de constitucionalidad, de amplio desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional colombiana desde la década de 1990, cabe resaltar que este concepto “hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional”¹⁷⁵, pero que, si se quiere denominar jerárquicamente el nivel de una norma constitucional, están situadas como:

Convenios de derecho internacional humanitario, que tienen jerarquía y fuerza constitucional, y aquellas otras disposiciones que no tienen rango constitucional pero que

.....
175 *Ibid.*, 20.

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

la propia Carta [Constitución Política] ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.¹⁷⁶

Al concepto de bloque de constitucionalidad sugerido por Uprimny se debe agregar que “la Constitución colombiana no se agota en los 380 artículos de su texto, sino que abarca otros componentes, preferentemente de Derecho Internacional, que son también normas constitucionales”¹⁷⁷. De hecho, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el bloque de constitucionalidad tiene un sentido estricto y un sentido lato en su contenido, del cual el primero —el estricto *sensu*— “se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los cuales se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos”¹⁷⁸; mientras el segundo —noción *lato sensu*—, del bloque de constitucionalidad:

Estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.¹⁷⁹

Incluso, la Corte Constitucional de Colombia, en una de las sentencias¹⁸⁰ de mayor desarrollo jurisprudencial para el articulado de la Constitución en relación con el bloque de constitucionalidad y su alcance, ha dicho que está compuesto por:

.....
176 *Ibid.*, 20.

177 Manuel Quinche, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n.º (2009): 163-190. 169.

178 Sentencia de Constitucionalidad C-191/98, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

179 *Ibid.*

180 Dentro de las sentencias se encuentra la C-225/95, la cual tiene como ponente al magistrado Alejandro Martínez Caballero. Esta sentencia tiene por temas relevantes: (i) la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad. (ii) La aplicabilidad del Protocolo II y la soberanía del Estado colombiano. (iii) La humanización de la guerra y derecho a la paz. (iv) La protección de la población no combatiente y las obligaciones de las partes en conflicto, y, por supuesto, un primer avance para el desarrollo que tendrá el alcance del bloque de constitucionalidad para el ordenamiento jurídico colombiano.

Aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.¹⁸¹

Ahora bien, al retomar las consideraciones revisadas anteriormente en torno al concepto del margen de apreciación nacional como doctrina jurídica, que ocasionalmente pueda brindar o no fundamento para los acuerdos de paz y etapas de posconflicto a la orilla jurídica del análisis que se adopte, debe resaltarse que de manera simultánea el bloque de constitucionalidad en un sentido estricto —conforme con los postulados del artículo 93 de la Constitución y parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional— constituye otro de los elementos jurídicos por tener en cuenta para la consolidación y legitimación de los acuerdos de paz alcanzados, pues el bloque de constitucionalidad permite reconocer la debida observancia de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en materia de derechos humanos; así, esta es la primera de las bases para que la legitimidad de los acuerdos de paz sea la esperada por la comunidad nacional e internacional.

Conducencia de elementos jurídicos: elementos de análisis

De acuerdo con las precisiones o aproximaciones conceptuales que se presentaron anteriormente, es necesario revisar ahora qué tanto de lo planteado en términos jurídicos y doctrinales permitiría que los acuerdos de paz con miras al posconflicto estén revestidos de garantías en un sentido amplio para las partes y la sociedad civil, en lo que respecta a la legitimidad. Esta aproximación parte del reconocimiento de la legitimidad de los acuerdos como uno de los elementos más importantes para la sostenibilidad y efectiva materialización de lo pactado, en cuanto invita a ir más allá de la indispensable e innegociable legalidad frente al ordenamiento jurídico interno y en concordancia con el derecho convencional, pues, en términos generales, la legitimidad que se tenga en un sentido amplio será

.....
181 Sentencia de Constitucionalidad C-225/95, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

un elemento clave que represente la significativa trascendencia en lo político, jurídico y social de los acuerdos de paz a mediano y largo plazos en el escenario de un posconflicto.

De esta forma, para revisar la idoneidad del margen de apreciación nacional y del bloque de constitucionalidad en un sentido estricto, en cuanto a la legalidad y legitimación de los acuerdos de paz con las FARC y el ELN, es imprescindible que existan otras herramientas que medien operativamente hacia el logro de este mandato constitucional, pues las limitaciones para la aplicación de decisiones discrecionales del Estado en términos de justicia dentro del contexto de los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos —en cuyo marco Colombia tiene obligaciones de dar lugar a la reparación, a la justicia y a la verdad para las víctimas por violación de derechos humanos derivadas del conflicto armado—, se tiene por máxima que bajo ninguna circunstancia estos derechos pueden estar en riesgo de no cumplirse o no garantizarse. Además, vía control de convencionalidad, el Estado colombiano está en la obligación de observar y garantizar derechos humanos, con base en presupuestos normativos del derecho convencional, que obligan a la adecuación del derecho interno con lo pactado en tratados internacionales relativos a la protección de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. Más aún y de manera expresa, el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con el deber de los Estados parte —como Colombia— señala que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Este artículo de la Convención ha sido fuente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el desarrollo de precedentes jurisprudenciales para la garantía de derechos, el acceso a la administración de justicia y su correspondiente tutela judicial efectiva; y por tanto, para brindar verdad, justicia y reparación integral para víctimas de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, entre otros. Para ilustrar lo anterior y como complemento del concepto de control de convencionalidad, se tiene en las consideraciones del caso Almonacid

Arellano vs. Chile¹⁸², adelantado ante la Corte IDH, el siguiente contexto que se adecua a lo planteado:

La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁸³

Ahora bien, en el caso hipotético de lograr políticas públicas derivadas de los acuerdos de paz encaminadas bajo un principio de proporcionalidad¹⁸⁴ como

182 Para el control de convencionalidad, la Corte IDH indica en las consideraciones del caso referenciado que esta figura “aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. [No obstante lo anterior], el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en Almonacid Arellano la Corte precisa sus principales elementos”. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, 2016. <http://www.corteidh.or.cr>: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>.)

183 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Corte IDH, 2006), párrafo 124.

Como complemento de las consideraciones de la Corte IDH, para el concepto de *control de convencionalidad* se tienen las siguientes observaciones sobre el particular: “Los órganos judiciales de cada país latinoamericano firmante de la CADH tienen una doble tarea: por un lado, ejercer el llamado control de constitucionalidad y, por el otro, un CCV. El primero consiste en hacer una comparación entre su Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella y darle prioridad a la primera (Hitters, 2009). El segundo, de acuerdo con Bazán (2011), consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de Derecho interno resulta incompatible con la CADH y disponer, en consecuencia, la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. El CCV es más complejo de lo que se piensa. Además de hacer un parangón de normas internas respecto a la CADH, el juez local debe tener conocimientos sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, así como conocer el corpus iuris del SIDH. La información actualizada de lo que acontece en el SIDH es requisito indispensable para cada juez local que quiera hacer valer los DH.” Alfonso Martínez y Jaime Cubides, “Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de convencionalidad; análisis de dos casos paradigmáticos”. En *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 97.

184 El concepto de *proporcionalidad*, para los fines de este escrito, se entenderá bajo las consideraciones del derecho constitucional como ese “punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada a la luz de la importancia del

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

eje transversal y que contemplen garantías para las partes en conflicto y para las víctimas en una etapa de posconflicto, bajo la premisa general de que existe un fin loable que consiste en buscar la transición de la guerra a la paz como objetivo superior; en este escenario hipotético se pueden observar, en el margen de apreciación nacional y el bloque de constitucionalidad, herramientas operativas que, de la mano con los principios de proporcionalidad y ponderación, permitirían que los acuerdos de paz y las etapas de posconflicto, a la luz del derecho internacional, se adecúen a las exigencias y desafíos de un sistema de derechos humanos que está revestido de estándares, que giren en torno a las víctimas y al restablecimiento de sus derechos.

Dentro del contexto y la aplicación de los principios de ponderación y proporcionalidad para estos casos de una justicia transicional como el colombiano, con la colisión que implican los derechos a la paz y a la justicia para las víctimas del conflicto armado, la Corte Constitucional, en las consideraciones de la Sentencia C-370/06, señaló lo siguiente sobre este particular:

El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso [Demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 975 de 2005, también conocida como Ley de Justicia y Paz], por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que, de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás de-

principio afectado. Este concepto comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes". Véase Sentencia C-022 de 1996, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

rechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado.¹⁸⁵

En ese sentido y en lo que respecta específicamente al margen de apreciación nacional y su correspondiente aplicación, desde una concepción interna y desde el principio de ponderación, para un punto clave como la justicia en los acuerdos de paz del Gobierno nacional con las FARC, se encuentran algunas consideraciones frente al Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto¹⁸⁶ y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz, como las siguientes:

En primer término, para su construcción se tuvo en cuenta la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos denominada “el margen nacional de apreciación”, en la medida en que se le permite al Estado apreciar la dimensión de su conflicto armado en sus diferentes niveles para construir el sistema de justicia. Esta doctrina es tremendamente útil por dos razones. La primera porque evita que las jurisdicciones internacionales concluyan que el sistema de justicia concebido es un artificio de la soberanía del Estado colombiano. En segundo término, dimensiona los delitos conexos a la luz de la historia del conflicto. Por ejemplo, el secuestro y la extorsión fueron el motor de la financiación de las Farc durante varias décadas. Su mecanismo de remplazo fue el narcotráfico.

[...]

Un segundo aspecto tiene relación con la idea de investigar y juzgar los delitos de lesa humanidad, genocidio y graves crímenes de guerra, como toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. En ese sentido, el acuerdo sería compatible con el derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que se cumple con la obligación de investigar y sancionar, entendiendo que la sanción debe ser ponderada a favor de la paz como “derecho síntesis”. Esta postura es inédita en el Sistema Interamericano, toda vez que no existe precedente

.....
185 Sentencia de Constitucionalidad C-370/06, magistrado ponente Manuel José Cepeda y otros (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

186 El borrador conjunto entre el Gobierno nacional y las FARC-EP que tiene por fecha el 15 de diciembre de 2015, sobre el Acuerdo de Víctimas con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz, y el Compromiso sobre Derechos Humanos, puede ser consultado en <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/acuerdos/Documents/acuerdo-punto-victimas.pdf>

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

que defina un proceso de paz en América Latina que aborde la justicia transicional, donde las víctimas sean el eje central de los acuerdos de justicia.¹⁸⁷

A lo anterior es necesario agregar, conforme con lo sugerido por Barbosa, que la doctrina del margen de apreciación nacional aparece de modo más claro dentro del Acuerdo sobre Víctimas, en el numeral 5.1.2 de justicia¹⁸⁸, con la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, con los principios 4.º y 5.º, de la siguiente manera:

4º. El Estado tiene autonomía para conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales, derivado de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas sobre la soberanía y libre autodeterminación de las naciones, y de lo establecido en los Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

5º. En el ejercicio de dicha autonomía, aceptada y reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado interno[,] con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de los derechos humanos.¹⁸⁹

Con los principios¹⁹⁰ 4.º y 5.º, que dan lugar a la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, la cual “cumplirá con el *deber del Estado colombiano de investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar* las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto

187 Francisco Barbosa, “Blindaje internacional del acuerdo de justicia en La Habana” (*El Tiempo* [2015]. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdo-de-justicia-logrado-en-la-habana/16392491>).

188 El aparte 5.1.2 de *justicia* que acordó la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz se encuentra disponible en el acuerdo del 24 de noviembre de 2016, firmado y modificado posteriormente a la etapa del plebiscito del 02 de octubre de 2016. El Acuerdo Final modificado de la fecha referenciada contiene los mismos elementos en términos de principios para el estudio conceptual del margen de apreciación nacional. El Acuerdo Final se puede consultar en www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf.

189 Francisco Barbosa, “Los acuerdos de La Habana y su naturaleza jurídica” (*El Tiempo* [2016]. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdos-del-proceso-de-paz/16590732>).

190 Para un mejor contexto de los principios 4.º y 5.º citados, se puede consultar en las páginas 143 y subsiguientes del Acuerdo Final (www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf).

armado”¹⁹¹ (cursivas nuestras), se puede observar la búsqueda de legitimación a la luz de los estándares del derecho internacional para la protección de los derechos humanos. De acuerdo con la doctrina del margen de apreciación nacional y sus presupuestos de aplicación, se observa que la finalidad de este punto en lo relacionado con la justicia establece, entre otros puntos: (i) que la consolidación de la paz se logra con el reconocimiento y cumplimiento de los derechos de las víctimas en lo relacionado con la verdad, justicia, reparación y expectativas de unas garantías de no repetición; (ii) que los delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura y ejecuciones extrajudiciales, entre otros delitos, no serán objeto de amnistía ni indulto o de beneficios equivalentes; (iii) que dentro del contexto de la justicia retributiva, restaurativa y transicional, se tendrán penas privativas de la libertad para quienes reconozcan responsabilidades; y (iv) mecanismos de reparación para las víctimas¹⁹².

Los principios que dan lugar a la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz cumplen su objetivo o finalidad en correlación con un instrumento de gran relevancia en el ordenamiento jurídico: el *control de convencionalidad*; esto, debido a que el Estado, al reglamentar la Jurisdicción Especial para la Paz, debe realizar una confrontación normativa de este particular con un cuerpo de DD. HH. y DIH, para que estos no violen los principios del Estado de derecho y de sociedad democrática¹⁹³.

.....
191 Jaime Cubides, *Hacia una paz estable y duradera en Colombia: construcción a partir de estándares de DIH Y DICA aplicables a la Fuerza Pública* (Colombia: Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”, 2016), 6.

192 Para un contexto más amplio desde estándares internacionales que implique el concepto de reparación integral para las víctimas de violaciones de derechos humanos del conflicto armado en Colombia, se tienen las siguientes consideraciones conceptuales sobre el particular: “la reparación integral es un derecho con tres ejes: derecho a la verdad, derecho a la justicia y derecho a la reparación. Respecto al derecho a la reparación, precisa: i) la caracterización del derecho, entendida como la necesidad de abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima y los componentes: restitución, rehabilitación e indemnización como compensación dineraria, satisfacción y garantías de no repetición; ii) las dimensiones individual y colectiva; iii) los deberes del Estado para una reparación suficiente, efectiva, rápida y proporcional —castigar a los autores intelectuales y materiales de las violaciones de derechos humanos por las que el Estado ha sido condenado—, y iv) los mecanismos por medio de los cuales se ejecuta la reparación (Becerra, 2007).” Tania Vivas, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. En: *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 13.

193 Ibid.

Conclusiones

Bajo una perspectiva que se enfoque en algunas de las finalidades en justicia que tiene el acuerdo de paz alcanzado y que pone como centro a las víctimas del conflicto armado, se encuentra que el sustento jurídico brindado por el margen de apreciación nacional, junto con el bloque de constitucionalidad para la efectiva protección de derechos humanos, se adecúa y se armoniza con las obligaciones del Estado colombiano internacionalmente para el ámbito de los derechos humanos. En términos de ponderación para el derecho a la justicia y la paz, se observa, desde la perspectiva garantista de las víctimas, que los acuerdos de paz no ponen en riesgo la protección de los derechos humanos que exige el derecho convencional ni pone en riesgo tampoco el cumplimiento de las obligaciones del Estado, siempre y cuando se mantenga el cumplimiento de estándares internacionales y del ordenamiento normativo interno. Más aún, y para reforzar lo anterior, frente a las obligaciones que tienen los Estados con las víctimas del conflicto armado y la consolidación de la paz por vía negociada en este escenario:

Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla.¹⁹⁴

Por otra parte, se debe resaltar que hace seis o siete años la terminación del conflicto armado con las guerrillas de las FARC y el ELN bajo una vía negociada era impensable e incluso inconducente, a pesar de los intentos consecutivos de las administraciones presidenciales previas a la administración de Santos Calderón y el despliegue institucional que de una u otra manera incidió para el logro del actual punto en el cual se encuentra el conflicto armado con las FARC; así, se tiene que hoy el lenguaje de los voceros de las FARC y del ELN ha cambiado al punto de reconocer discursivamente un Estado de derecho y su institucionalidad en Colombia, y un sistema internacional de protección de derechos humanos, lo

.....
194 Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Corte IDH, 2012). Para profundizar: véase voto concurrente en el párrafo 37 del juez Diego García-Sayán.

cual representa un paso importante, pero no suficiente, para blindar la sostenibilidad del proceso de construcción del posconflicto.

Es necesario que con la protección del bloque de constitucionalidad y su observancia bajo procesos jurídicos, políticos y democráticos se geste una legitimación externa e interna a dicho acuerdo, de forma que se brinde seguridad jurídica. Adicional a ello, los acuerdos, en términos de construcción para la paz, deben traer una imprescindible y necesaria participación ciudadana y de la comunidad internacional, para así representar simultáneamente un mecanismo de blindaje para el Estado colombiano en los casos del ejercicio de controles de tipo convencional o judicial que se puedan adelantar en el futuro, vía solicitud de parte o de oficio, por parte de cualquier persona, ante jurisdicciones locales o ante el Sistema Interamericano de derechos humanos, o incluso ante la misma Corte Penal Internacional, por la inobservancia o violación de tratados y convenios internacionales, o por el desconocimiento de las víctimas y sus derechos.

Instrumentos jurídicos como el margen de apreciación nacional, el bloque de constitucionalidad y los principios de ponderación y proporcionalidad, son medidas propicias en una justicia de transición para la efectiva: (i) reconstrucción de la confianza dentro de la sociedad; en particular, entre la sociedad y el Estado; (ii) el fortalecimiento del Estado social de derecho y el Estado de derecho; (iii) la reconciliación y (iv) la restauración del tejido social, entre otros objetivos; si son adecuadamente utilizadas y no desvirtúa su carácter fundacional.

En el proceso de legitimación resulta necesario resaltar, también, la creación de un *sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición*, integrado por una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, como mecanismo independiente e imparcial de carácter extrajudicial, que permita, en casos de recomendaciones de organismos internacionales como la ACNDUH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) o la Corte Penal Internacional, ser tenido en cuenta como compromiso estatal de la búsqueda de la verdad, la convivencia y la no repetición de la violación de los derechos humanos que protagonizó el conflicto armado interno colombiano, para la construcción de un efectivo posconflicto.

CONCLUSIÓN GENERAL. A MANERA DE EXORDIO

Con la lectura de los párrafos que integran este libro se vislumbró la presencia de un hilo conductor que une cada uno de los capítulos que lo integran; a pesar de evidenciar temáticas distintas, los objetos de investigación que fueron tratados por los autores dentro de sus capítulos tienen una estrecha vinculación, consistente en la exposición y análisis de un sistema regional basado en la protección universal que se ha instituido para salvaguardar los derechos humanos. Sin discriminación del plazo razonable reparativo, la protección de los NNA, la regulación del fuero militar y la evaluación de la justicia transicional, cada uno de los investigadores que intervino en estas páginas exhibió la presencia de todo un ordenamiento jurídico que propende por el amparo efectivo de los derechos que le son atribuibles a cada una de las personas que han nacido o están sujetas a la jurisdicción de los Estados parte de la CADH.

Esta relación tiene su origen en el campo de aplicación que en la actualidad ha obtenido el SIDH, debido a que, por su relación directa con las directrices universales consignadas desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se ha fortalecido una empresa que busca alejar a la humanidad de su propia extinción. De esta manera, tomando los insumos dados desde 1948, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, junto con la Carta de la OEA de ese mismo año, sin olvidar la creación de la CIDH, son baluartes que, por medio de la CADH de 1969, se unificaron en la consolidación de un solo sistema que trata premisas y principios generales aplicables a todos los ordenamientos

jurídicos de la región de Latinoamérica, y que, por su generalidad, trascienden no solo a la totalidad del ordenamiento, sino a cada uno de los ámbitos en los cuales se desarrollan las relaciones interpersonales entre los individuos de la sociedad, e igualmente entre las que se susciten entre el Estado y sus asociados.

Dentro de este sistema, los mayores avances que se han proferido para la protección de los derechos humanos sin desconocer el valor de los mismos tratados y demás elementos que lo integran son los pronunciamientos de la Corte IDH, como desarrollos pretorianos enfocados a crear estándares mínimos de garantías que no puedan ser violentados. En este orden de ideas, la presencia de la jurisprudencia que emana de esta corporación regional ha trascendido en el alcance de los derechos humanos, al dotar a los Estados de directrices y elementos capaces de identificar y solucionar problemas respecto a la garantía de los derechos humanos.

Se encuentra, adicionalmente, que la evolución del precedente de este tribunal regional no se sintetiza en pronunciamientos genéricos o macro, sino que, también, se inmiscuye en temáticas procesales que deben ser atendidas por los Estados parte, con el objeto de no vulnerar derechos sustanciales protegidos por la CADH. Este es el caso del plazo razonable, según el contexto descriptivo que se dio a través de las dimensiones que fueron sustentadas en el primer capítulo de este texto; de las cuales se razona la negativa a creer en límites netamente penales para la aplicación de este precepto, al expandir su espacio de influencia mediante su presencia en lo referente a la ejecución de las condenas de los Estados parte, denominado por los autores como el *plazo razonable reparativo*. Este último se profesa con el objeto de proteger los intereses de las víctimas, dado que no solo serían víctimas por las circunstancias fácticas que determinaron la responsabilidad del Estado, sino que incluso serían víctimas por la demora del Estado en la reparación y mejoramiento de su situación actual.

Esta perspectiva garantista de la Corte IDH simpatiza por el efectivo cumplimiento de la CADH, discurso del cual se desprende la presencia de grupos sociales que ameritan un mayor apoyo institucional por parte de la región, pues los mencionados estándares mínimos en determinados contextos y sobre diferentes clases de personas resultan ser insuficientes, como es el caso de los NNA, quienes por su temprana edad necesitan el acompañamiento no solo del Estado, sino de la misma sociedad. Dicha vulnerabilidad fue retratada en el capítulo segundo

•Conclusión general. A manera de exordio.

de este libro, en el que se denuncia la grave probabilidad que tienen estos NNA de ver vulnerados sus derechos fundamentales en un contexto de conflicto armado, que de por sí es altamente riesgoso y que para el caso colombiano se degenera aún más cuando la delincuencia común los toma como objeto de sus planes delictuales.

Por otra parte, la evolución jurisprudencial de la Corte IDH es fructífera, en cuanto a los retos con los que debe mediar la protección de los derechos humanos; pero no es la Corte la encargada de proteger, es el Estado quien debe velar por el bienestar y el respeto de la población, con miras a no provocar ningún daño o afectación a los derechos humanos. Esta misma responsabilidad queda en cabeza también de los grupos alzados en armas, ya que el derecho a la revolución también tiene garantías, pero esta debe estar acorde con el respeto de los derechos humanos de toda la población. Por ello deben existir unos límites bastante detallados respecto a la jurisdicción penal militar y la identificación del juez natural en cada caso, que logren establecer la forma de juzgar a los miembros de la fuerza pública por sus actuaciones contrarias a sus funciones o en la extralimitación de estas.

Los Estados deben desplegar toda operación funcional y administrativa tendiente a garantizar los derechos humanos, y dentro de ellos está la búsqueda de una paz estable y duradera, que permita un espacio sano para la crianza de las nuevas generaciones; es allí donde se construyen los cimientos de la convivencia en el posconflicto. Por ello, México y Colombia deben a toda costa buscar la forma de desintegrar las organizaciones que de forma sistemática han venido menoscabando los derechos humanos de la población; esto debe hacerse con el respeto de los mismos derechos, con el fin de que los acuerdos que se desarrollen no sean más perjudiciales que el conflicto que debe soportar la población del Estado.

En concordancia, esto no solamente se ve evidenciado en la contextualización del conflicto armado, ya que la jurisprudencia de la Corte IDH evidencia que, aparte de esta situación, también se vulneran los derechos humanos en los Estados de Colombia y México, por lo cual es necesario implementar mecanismos y medidas mucho más rigurosos, con el propósito de disminuir o erradicar completamente la vulneración que se establece en las sentencias en relación con los derechos humanos.

Como se evidenció a lo largo del libro, el análisis se llevó a cabo acerca de instrumentos, características y situaciones con gran relevancia en relación con los derechos humanos, como los instrumentos de *plazo razonable* y elementos jurídicos de legitimación en acuerdos de paz, la situación de reclutamiento ilícito de los NNA en Colombia y los límites de la jurisdicción militar en casos mexicanos; esto llevó a que se realizara un análisis amplio desde diferentes perspectivas, con la solución de los desafíos contemporáneos que se revelaron en cada uno de los capítulos.

Jaime Cubides Cárdenas

Carlos Eduardo Castro

Universidad Católica de Colombia

BIBLIOGRAFÍA

Del orden normativo

- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Consejo de Europa. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma: 4 de noviembre, 1950.
- Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial de la Federación, 1917.
- Decreto 1385 de 1994. Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas. Colombia: Diario Oficial 45420 de 5 de julio, 1994.
- Decreto 4690 de 2007. Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley. Colombia: Diario Oficial 46831 del 3 de diciembre, 2007.
- Decreto 4800 de 2011. Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones. Colombia: Diario Oficial 48289 de 20 de diciembre, 2011.
- Ley 12 de 1991. Convención internacional sobre los derechos del niño. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Colombia: Diario Oficial 39640 del 22 de enero, 1991.

- Ley 48 de 1993. Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. Colombia: Diario Oficial 40777 del 4 de marzo, 1993.
- Ley 406 de 1997. Por medio de la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales o entre organizaciones internacionales. Colombia: Diario Oficial 43161 del 29 de octubre, 1997.
- 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, Colombia: Diario Oficial 43201 del 26 de diciembre, 1997.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Colombia: Diario Oficial 44097 del 24 de julio, 2000.
- Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Colombia: Diario Oficial 46446, 2006.
- Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Colombia: Diario Oficial 48096 de 10 de junio, 2011.
- Ley 1577 de 2012. Por medio de la cual se establecen estímulos tributarios y otros, con el fin de adoptar medidas especiales para la rehabilitación e inclusión social de jóvenes con alto grado de emergencia social, pandillismo y violencia juvenil. Colombia: Diario Oficial 48559 de 20 de septiembre, 2012.
- Ley 1765 de 2015. Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones. Colombia: Diario Oficial 49582 del 23 de julio, 2015.
- Ley 704 de 2017. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”. Colombia: Diario Oficial 44628 del 27 de noviembre, 2001.
- Ley 833 de 2003. Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000”. Colombia: Diario Oficial 45248 del 14 de julio, 2003.
- Ley 890 de 2004. Por la cual se adiciona y modifica el Código Penal. Colombia: Diario Oficial 45602 del 7 de julio, 2004. 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, Colombia: Diario Oficial 45980, 2005.
- Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966.

•Bibliografía•

Del orden jurisprudencial

- Auto 251/08. Colombia: Corte Constitucional, 2008. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/A251-08.htm>
- Caso 19 comerciantes *vs.* Colombia, Corte IDH, 2012.
- Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, Corte IDH, 2006.
- Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam, Corte IDH, 1993.
- Caso Anzualdo Castro contra Perú, 2009.
- Caso Atala Riffo y niñas contra Chile, 2012.
- Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, 2000.
- Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, Corte IDH, 2009.
- Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Corte IDH, 2004.
- Caso Blanco Romero y otros contra Venezuela, 2005.
- Caso Bulacio contra Argentina, 2003.
- Caso Cabrera García y Montiel *vs.* México, Corte IDH, 2010.
- Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo, 1999. Serie C No. 52.
- Caso Cepeda Vargas *vs.* Colombia, Corte IDH, 2010.
- Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela, 2011.
- Caso Claude Reyes y otros contra Chile, 2006.
- Caso de la Comunidad moiwana *vs.* Surinam, Corte IDH, 2005.
- Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, Corte IDH, 2005.
- Caso del Penal Miguel Castro contra Perú, 2006.
- Caso Familia Barrios contra Venezuela, 2011.
- Caso Fernández Ortega *vs.* Estados Unidos Mexicanos, Corte IDH, 2010.
- Caso Fleury y otros contra Haití, 2011.
- Caso Gelman contra Uruguay, 2011.
- Caso Genie Lacayo *vs.* Nicaragua, Caso Genie Lacayo *vs.* Nicaragua, 1997.
- Caso Goiburú y otros contra Paraguay, 2006.
- Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil, 2010.
- Caso González y otras (“campo algodonero”) contra México, 2009.

- Caso Guincho vs. Portugal, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1984.
- Caso Gutiérrez y familia contra Argentina, 2013.
- Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, 2004.
- Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, 2002.
- Caso Huilca Tecse vs. Perú, Corte IDH, 2005.
- Caso Julio Rolando Salazar Monroe vs. Primera, Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Tribunal Constitucional de Lima, 2010
- Caso Kimel contra Argentina, 2008.
- Caso La Cantuta contra Perú, 2006.
- Caso López Álvarez contra Honduras, 2006.
- Caso López Mendoza contra Venezuela, 2011.
- Caso Luna López vs. Honduras, Corte IDH, 2013.
- Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs. El Salvador, Corte IDH, 2012.
- Caso Masacre de La Rochela contra Montero Aranguren y otros (retén de Catia) contra Venezuela, 2006)
- Caso Masacre de Las Dos Erres contra Guatemala, 2009.
- Caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, 2006.
- Caso Masacres de Ituango contra Colombia, 2006.
- Caso Mendoza y otros contra Argentina, 2013.
- Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela, 2006.
- Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana, Corte IDH, 2012.
- Caso Niños de la Calle vs. Guatemala, Corte IDH, 2001.
- Caso Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos, Corte IDH, 2009.
- Caso Reverón Trujillo contra Venezuela, 2009.
- Caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador, 2014.
- Caso Rosendo Cantú vs. México, Corte IDH, 2010.
- Caso Servellón García y otros contra Honduras, 2006.
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Corte IDH, 1997.
- Caso Torres Millacura y otros contra Argentina, 2011.
- Caso Uzcategui vs. Venezuela, Corte IDH, 2012.

•Bibliografía•

Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Corte IDH, 2008.

Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, Corte IDH, 2012.

Caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador, 2007.

Corte Constitucional de Colombia, C-1033, 2006, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional de Colombia, C-209, 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia, C-871, 2003, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-306, 2011, magistrado ponente Humberto A. Sierra Porto.

Directiva 013 de 2004, expedida por la Procuraduría General de la Nación.

Opinión Consultiva. OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Corte IDH, 2002.

Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia. OEA/Ser/L/V/II.125. Párr. 20.

Sentencia de Acción de Tutela T-314/14, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos. Colombia: Corte Constitucional, 2014.

Sentencia de Acción de Tutela T-677/00, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería. Colombia: Corte Constitucional, 2000.

Sentencia de inconstitucionalidad C-022/96, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Colombia: Corte Constitucional, 1996.

Sentencia de inconstitucionalidad C-055/10, magistrado ponente Juan Carlos Henao López. Colombia: Corte Constitucional, 2010.

Sentencia de inconstitucionalidad C-058/94, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. Colombia: Corte Constitucional, 1994.

Sentencia de inconstitucionalidad C-171/04, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Colombia: Corte Constitucional, 2004.

Sentencia de inconstitucionalidad C-172/04, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Colombia: Corte Constitucional, 2004.

Sentencia de inconstitucionalidad C-191/98, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia: Corte Constitucional, 1998.

Sentencia de inconstitucionalidad C-225/95, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. Colombia: Corte Constitucional, 1995.

Sentencia de inconstitucionalidad C-358/97, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia: Corte Constitucional, 1997.

- Sentencia de inconstitucionalidad C-370/06, magistrado ponente Manuel José Cepeda y otros. Colombia: Corte Constitucional, 2006.
- Sentencia de inconstitucionalidad C-616/14, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Colombia: Corte Constitucional, 2014.
- Sentencia de inconstitucionalidad C-878/00, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. Colombia: Corte Constitucional, 2000.
- Sentencia T-653/12. Corte Constitucional Colombiana, 2012.

Del orden doctrinal y documental

- Abuchaibe, Heidi. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Justicia transicional en Colombia”. *Revista Zero*, (2011): 24-29.
- Acosta, Juana y Diana Bravo. “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la corte interamericana de derechos humanos: énfasis en la experiencia colombiana”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 6, n.º 13 (2008): 330.
- Acosta, Paola. “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?” En *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, ed. Por Paola Acosta y Manuel Núñez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Agudelo, Óscar. *Fundamentación de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Barbosa, Francisco. “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”. *Revista Derecho del Estado* (2011): 26.
- Barbosa, Francisco. “Blindaje internacional del acuerdo de justicia en La Habana”. *El Tiempo*, 2015. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdo-de-justicia-logrado-en-la-habana/16392491>.
- Barbosa, Francisco. “Los acuerdos de la Habana y su naturaleza jurídica”. *El Tiempo*, 2016. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdos-del-proceso-de-paz/16590732>.
- Bidart, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma de México, 1993.
- Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, Los principios de París, principios y guía sobre niñez vinculada con fuerzas o grupos armados, Colombia: COALICO (febrero, 2007). <http://www.coalico.org/archivo/PRINCIPIOS%20DE%20PARIS%20PDF.pdf>

•Bibliografía•

- Colombia, Fiscalía General de la Nación. *Manual de procedimientos de fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2005.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley y de los grupos delictivos organizados. Bogotá: Documento Conpes, 2010. http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3509_documento.pdf
- Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH, 2016. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>
- Cubides, Jaime. “Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la Sentencia Radilla Pacheco versus México y el caso de la masacre de Santo Domingo versus Colombia”, *Revista General José María Córdova*, 13, n.º 15 (2012): 115-41.
- Cubides, Jaime. “El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)”. *Ambiente Jurídico* 15 (2013): 104-25.
- Cubides, Jaime y Vivas, Tania. “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”. *Entramado* (2013): 186.
- Cubides, Jaime. *Hacia una paz estable y duradera en Colombia: construcción a partir de estándares de DIH Y DICA aplicables a la Fuerza Pública*. Colombia: Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”, 2016.
- Cuéllar, Roberto y Gilda Pacheco. *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso*. Washington: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Women Law & Development International, Human Rights Watch Women’s Rights Project, 2000.
- De Preux, Jean. Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra. *Revista Internacional de la Cruz Roja* (28 de febrero, 1989). <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdm4r.htm>
- Ferrer, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, 2011.
- Guastini, Riccardo. “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”. *Jurídica*, 30 (2011): 175-194.
- Guevara, José. *La incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y Comisión internacional de Juristas, 2014.
- Hazen, Jennifer. “Análisis de las pandillas desde la perspectiva de los grupos armados”. *International Review of the Red Cross* n.º 878 [de la versión original] (2010).

- Henao, María. *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos*. Bogotá: Ministerio del Interior Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2012.
- Hierro, José. “Legitimidad y legalidad.” *Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 4, (2013): 179-186.
- Martínez, Alfonso y Jaime Cubides. “Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de convencionalidad; análisis de dos casos paradigmáticos”. En *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Martínez, Alfonso. *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*. Tuxtla Gutiérrez, México: Primera Instancia, 2014.
- Matyas, Eduardo. *Constitución, régimen penal militar y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Republicana, 2014.
- Pastor, José y Paola Acosta. “Reseña de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Instituto de Estudios Constitucionales”. Carlos Restrepo Piedrahíta *Colección Temas de Derecho Público* n° 90. Bogotá: 2014.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- Puentes, July. *La incidencia del programa de atención especializada a niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares de ICBF en el proceso de reintegración social en Colombia*. México: FLACSO, 2012.
- Quinche, Manuel. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (2009): 163-90.
- Redacción Judicial. “Fiscalía investiga 2.134 casos de reclutamiento forzado por grupos armados ilegales”. *El Espectador* (13 de febrero, 2015). <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/fiscalia-investiga-2134-casos-de-reclutamiento-forzado-articulo-543894>.
- Registraduría Nacional del Estado Civil. “Mecanismos de Participación”. 2016. <http://www.registraduria.gov.co/128-mecanismos-de-participacion.html>
- Rodríguez, Carolina y Deiner Andrade. El plazo razonable en el marco de las garantías judiciales en Colombia. *Memorando de Derecho*, 2, n.º 2 (2011): 117.
- Schroeder, Francisco. *Jurisdicción Militar*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2321. 247. México: Novena Época, Tomo XXIII, 2006.
- “Restricción interpretativa de fuero militar. Incompatibilidad de la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, a la luz de los artículos 2º y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos

•Bibliografía•

- Humanos”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 2011. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=160488&Tipo=1>
- Sosa, Rodolfo. *Concepto y contenido del derecho social*. La Plata, Argentina: Universidad Nacional de La Plata, 2008. http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/conceptos_y_contenidos_de_la_seguridad_social.pdf
- Springer, Natalia. *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia* (2012). https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informe_comoCorderosEntreLobos.pdf.
- Uprimny, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Colombia: Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente, 2005.
- Valadez, Diego. *El estado social de derecho, constitución y política*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- Villalba, Pablo. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Asunción, Paraguay: Editorial La Ley, 2014.
- Vivas, Tania. (Ed.). *Derechos Humanos, paz y posconflicto en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Vivas, Tania. “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos”. En *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vinculada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en marzo de 2017, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

DESAFÍOS
CONTEMPORÁNEOS
DE LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO

20

Esta obra busca desarrollar algunos de los desafíos que tienen los Estados que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la sociedad civil en general, para la observancia y cumplimiento de estándares internacionales que se aproximen a una protección real y una garantía integral para los derechos humanos.

Con el título que se presenta para el libro, se aspira a que esos desafíos referenciados sean premisas de marcos medulares y de una suerte de criterios orientadores, para dar a conocer al lector algunos de los elementos fundamentales y, a su vez, necesarios, que los Estados y la sociedad civil deben tener en cuenta para la construcción de escenarios que propicien una protección real para los derechos humanos. Dichos desafíos son abordados desde distintas perspectivas y desde algunas de las problemáticas sociales, como causa eficiente, que en la actualidad transgreden los derechos humanos en Colombia y la región. Tales problemáticas se resumen en: (i) el reclutamiento de menores por parte de grupos armados ilegales prosistémicos y asistémicos; (ii) los excesos de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de sus funciones y la extralimitación de sus competencias; (iii) los excesos del conflicto armado colombiano en términos generales.



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**
de Colombia

Vigilada Mineducación

