

**Influencia y Eficacia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en  
las Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana: Principio Non Bis In Ídem y  
Garantías en el Proceso Penal de Menores de Edad en el Conflicto Armado**

**Ana Karina Díaz Mercado**

**Trabajo de grado para optar el título de Abogada**

**Director**

**Eliberto Sierra Gutiérrez**

**Abogado Magister (c) Teoría del Derecho**

**Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

**División de Ciencias Jurídicas y Políticas**

**Derecho**

**2021**

### **Dedicatoria**

Este trabajo de grado es dedicado a:

Mis padres Maryori y René quienes me han apoyado con mucho amor y paciencia incondicional en mi caminar en este mundo y me criaron para ser una mujer crítica con la determinación de alcanzar sus metas pero, sobre todo, para ser feliz. Mi mamá con el ejemplo de su nobleza y perseverancia y mi papá que siempre me ha consentido y exigido para verme grande. Este es el primer escalón de nuestra promesa papá.

A mi hermano René Alexander quien desde que llegó a este mundo ha sido mi motor para hacer las cosas bien y ha sido mi compañero siempre.

### **Agradecimientos**

Quiero agradecer primero a Dios quien con su infinita gracia y bendiciones es guía de mi vida y nunca me abandona.

A mi familia por su inmenso entendimiento y paciencia, por acompañarme siempre con amor y ser mi fortaleza en los momentos difíciles.

A Eliberto Sierra por haber sido un faro académico en este camino, su dirección, conocimiento y confianza permitieron el desarrollo de este trabajo.

Y finalmente a todos quienes me brindaron su apoyo, confianza y compañía en los últimos meses.

## Contenido

	Pág.
Introducción .....	9
1. Influencia y Eficacia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana: Principio Non Bis In Ídem y Garantías en el Proceso Penal de Menores de Edad en el Conflicto Armado .....	11
1.1 Planteamiento del problema .....	11
1.2 Justificación.....	27
1.3 Objetivos .....	29
1.3.1 Objetivo general .....	29
1.3.2 Objetivos específicos.....	29
2. Marco referencial.....	30
2.1 Antecedentes .....	30
2.2 Estado del Arte .....	32
2.3 Marco conceptual .....	45
3. Método.....	48
4. Capítulo I: Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo De Derechos Humanos En Las Sentencias De La Corte Constitucional Colombiana. ....	52
5. Capítulo II: Judicial borrowing del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Colombia	68

6.    Capítulo III: Efectos e impacto socio jurídico de la incorporación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano: Non bis in ídem y garantías del proceso penal a menores.....	88
7.    Conclusiones.....	111
Referencias.....	116

**Lista de tablas**

	Pág.
<b>Tabla 1.</b> <i>Principios y Escenarios Constitucionales</i> .....	51

### **Resumen**

La Corte Constitucional Colombiana en sus sentencias recurre a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para entender el paradigma que supone la racionalización del derecho constitucional contemporáneo (especialmente el colombiano) respecto al dialogo entre tribunales, este trabajo estudia la influencia y eficacia que las sentencias del TEDH han tenido sobre el ordenamiento jurídico colombiano respecto del non bis in ídem y el proceso penal de los menores de edad en el conflicto armado.

*Palabras Clave:* Diálogo entre tribunales, Corte Constitucional colombiana, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Non Bis in ídem, responsabilidad penal juvenil, victimas.

### **Abstract**

The Colombian Constitutional Court in its sentences refers to the pronouncements of the European Court of Human Rights, to understand the paradigm that supposes the rationalization of contemporary constitutional law (especially the Colombian one) regarding the dialogue between courts, this work studies the influence and effectiveness that the ECHR rulings have had on the Colombian legal system regarding non bis in idem and the criminal process of minors in the armed conflict.

*Keywords:* Dialogue between courts, Colombian Constitutional Court, European Court of Human Rights, Non Bis in idem, juvenile criminal responsibility, victims.



## Introducción

La Corte Constitucional en sus casi treinta años de existencia ha logrado posicionarse por medio de sus sentencias y líneas jurisprudenciales garantistas como uno de los tribunales constitucionales más importantes del área andina, siendo así referente para otros tribunales latinoamericanos, además de que, por las características sociales, culturales, económicas y políticas de Colombia en sus sentencias se ve obligada a abordar gran variedad de temáticas.

En razón a lo anterior, es importante para los juristas el entender por medio de estudios sus sentencias, líneas jurisprudenciales y sus efectos en el ordenamiento jurídico colombiano; es que las dinámicas jurídicas que existen al interior de la Corte están directamente ligadas al funcionar del derecho constitucional contemporáneo y su racionalización, especialmente al fenómeno de los diálogos entre tribunales, precisamente la posibilidad de que existan procesos de dialogo o fertilización cruzada entre la Corte Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la razón de este estudio.

Si Colombia y por consiguiente su aparato judicial hace parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuyo órgano jurisdiccional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene múltiples pronunciamientos que involucran casos colombianos y que de una u otra forma implican jueces cercanos a la realidad colombiana, por lo que podrían leer mejor las problemáticas y ofrecer respuestas mucho más acertadas ¿Por qué la Corte Constitucional insiste en buscar respuestas en las sentencias del viejo mundo? En un inicio la respuesta puede parecer bastante sencilla: el ordenamiento jurídico colombiano y su sistema de

fuentes así lo permiten y la misma Corte ha determinado que los pronunciamientos de los tribunales de Derechos Humanos son criterio hermenéutico válido.

Sin embargo, una cuestión que va más allá y es importante su estudio, son los motivos y razones en los pronunciamientos, que no son lo mismo, los primeros las cuestiones psicológicas que encuentra el juez para tomar su decisión y las segundas, los fundamentos racionales en los que centra su decisión, así como los efectos que se dan después de la decisión, en el caso colombiano han sido leyes, políticas públicas y la formación de precedentes.

Este trabajo se centra en la sentencia C-434/13 sobre el principio del Non Bis in Ídem y la sentencia C-203 de 2005 sobre el proceso penal que deben seguir los menores de edad miembros de los grupos armados en conflicto armado colombiano, respecto del debido proceso y sus correspondientes efectos en el ordenamiento jurídico, pero también, las respuestas a estos pronunciamientos desde la academia, haciendo también una revisión de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo y las definiciones que ha dado sobre los principios en cuestión.

Este tipo de estudios teóricos permiten identificar las tendencias al interior del Derecho Constitucional colombiano y que se pueden replicar a toda América latina, de modo que se garantice la protección uniforme de los derechos humanos, que es uno de los objetivos en los cuales se fundamenta la existencia del Sistema Universal y de los Regionales de Protección de Derechos Humanos, además de que se constituye en una valiosa herramienta para quienes ejercen o se interesan por el derecho para entender sus funcionamientos tanto en la teoría como en la aplicación.

**1. Influencia y Eficacia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana: Principio Non Bis In Ídem y Garantías en el Proceso Penal de Menores de Edad en el Conflicto Armado**

**1.1 Planteamiento del problema**

El Derecho Internacional ha sido definido de diferentes formas, la mayoría de ellas coincide en acertar como lo enuncia el doctrinante Carlos Arellano

El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, las relaciones de los organismos internacionales entre sí, las relaciones de los órganos de los organismos internacionales entre sí y con los organismos internacionales, las relaciones de los hombres que rebasan las fronteras de un Estado y que interesan a la comunidad internacional (Arellano García, 2006)

De todas las definiciones que existen, se considera esta acertada en la medida en que realiza precisión sobre normas jurídicas, abarca las relaciones que este regula y además engloba las fuentes principales del derecho internacional.

Actualmente, es marco importante en las relaciones que regula el derecho internacional el sistema de Derechos Humanos, conocido como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, están íntimamente unidos, en el sentido que el origen y al evolución de los derechos humanos deviene del derecho internacional, desde la Carta de las Naciones Unidas en la cual se proclama la internacionalización de los mismos con el principio de dignidad de la persona y el

respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, fortalecida con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue redactada como un “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” (ONU: Asamblea General, 1948).

Para entender esta evolución, se debe hacer un repaso histórico de los mismos. En el derecho internacional, en la época de la conquista española en América, de acuerdo con lo estudiado por Mora Hernández (2014), el fraile Francisco de Vitoria (1483 – 1546) profesor de la Universidad de Salamanca, que teorizó sobre la guerra justa y dijo que las diferencias religiosas o los afanes expansionistas no eran un justo motivo para iniciar una guerra (pág. 45). Sobre esta misma línea, con la llegada de Colón a América según Vitoria se generaron una serie de problemas relacionados con la tierra y la riqueza, especialmente fue crítico sobre el trato que se les daba a los indígenas en el nuevo continente, escribió, inspirado en las enseñanzas de Tomás de Aquino, sobre la igualdad, racionalidad y libertad del hombre, declaró que los indígenas no eran seres inferiores, sino seres libres con igualdad de derechos. Sus ideas fueron escuchadas en las Cortes Españolas, pues en 1542 se promulgaron las leyes de Indias para proteger a los indígenas.

Además, fue uno de los primeros pensadores europeos que concibió la idea de una sociedad de naciones, idea que se hizo realidad casi 400 años más tarde con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, esta idea de una comunidad universal fundada en el derecho natural de cada hombre y de cada pueblo.

“El derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene por sí mismo fuerza de ley, y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho

de gentes. De donde se desprenden que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocantes a la Guerra. Y en los asuntos graves, como en la inviolabilidad de los legados, ninguna nación puede darse por no obligada por el derecho de gentes, pues este viene conferido por la autoridad de todo el orbe”

Otro momento histórico con gran importancia para el derecho internacional fue la Paz de Westfalia. Para poner fin a la guerra de los 30 años en Europa, se firmó en 1648 en la región alemana de Westfalia el tratado de paz que ponía fin a la contienda en la que se involucraron las potencias europeas, inicialmente por las rivalidades entre católicos y protestantes pero que con el tiempo se convirtió en un conflicto con tintes políticos. Según Galán Martín (2017), “la Paz de Westfalia constituye el primer intento de coordinación internacional de la Europa moderna”(pág.12) y es que su importancia, además de haber puesto fin a la guerra, radica en su carácter innovador: se modificaron estructura y organización tanto política como religiosa del Sacro Imperio Romano Germánico, esto implicó una reducción de las funciones tanto del Emperador así como del Papado ya que se conformaron Estados laicos y soberanos.

La paz de Westfalia sembró el precedente y a partir de esta, en palabras Galán Martín (2017) “La resolución de conflictos internacionales se llevaría a cabo a través de una serie de acuerdos multilaterales fundamentados en los principios de soberanía, igualdad y equilibrio entre las potencias”(pág. 15).

Según De la Torre del Rio, (2015), en 1814 se desarrolló otro evento significativo cuando tras la derrota de Napoleón, en Austria se organizó el Congreso de Viena con el objetivo de definir las relaciones entre los países europeos y evitar que un nuevo intento expansionista como el francés

liderado por Napoleón volviese a suceder y restaurar las monarquías absolutas en Europa, en este congreso se planificó un sistema de equilibrio de poder y se redefinió el mapa político del continente. El Zar ruso propuso la creación de la Santa Alianza con el fin de reprimir revoluciones liberales y volver a la legitimidad monárquica. Como resultado se da la Cuádruple alianza (Prusia, Rusia, Austria e Inglaterra), que en 1818 pasa a Pentarquía con el ingreso de Francia. Además, se decidió que estos congresos europeos se celebrarían con cierta periodicidad, de donde surge el periodo conocido como La Europa de los Congresos, con las potencias que compartieron unos mismos valores absolutistas y conservadores no hubo ninguna gran guerra durante cuarenta años.

A partir de los congresos internacionales periódicos que se realizaban en Europa surgen diversos tratados de derecho internacional como las normas de Ginebra de 1864 y las Convenciones de la Haya de 1889 y 1907 esbozaron los principios contenidos en el derecho internacional contemporáneo, llama la atención que estos tratados regulaban la guerra y algunos crímenes trasnacionales, empero, lo pactado fue irrespetado.

La paz en Europa se logró mantener a partir del Congreso de Viena de 1814 hasta el estallido de la primera Guerra Mundial. Las guerras mundiales han marcado y cambiado fuertemente lo que hoy se conoce como derecho internacional. Como consecuencia jurídica de la Gran Guerra, los Estados vencidos y sus dirigentes, asumieron responsabilidad internacional por los daños y pérdidas tanto materiales, humanas como económicas producidas en la guerra. Muestra de esto es el artículo 231 del Tratado de Versalles en el cual Alemania aceptó responsabilidad sobre la guerra y por todos los daños y pérdidas causadas sobre el bando vencedor, Tratado de Versalles, (1919).

Luego de la primera Guerra Mundial los principales países del mundo, con el objetivo de frenar otra guerra, se unieron y decidieron crear la Sociedad de las Naciones de modo que se garantizara una paz duradera. Sin embargo, tan solo 19 años después de su fundación estalló la segunda guerra mundial, al finalizar la guerra, la justicia quedó en manos de los vencedores, esta vez acudieron a crear tribunales *ad hoc* para enjuiciar en la ciudad Bávara de Nuremberg a los responsables y ser juzgados por los delitos y arbitrariedades del régimen Nazi frente a la población judía y su participación en la guerra. Estos tribunales fueron autorizados por el Acuerdo de Londres y la Ley 10 promulgada por el Consejo Aliado en Berlín. En este Tribunal Internacional Militar, los crímenes se clasificaban en tres bloques:

1. *Crímenes contra la paz. Relacionados con la planificación, inicio y desarrollo de la guerra.*
2. *Crímenes de guerra. Atinente a las violaciones de las leyes de la guerra, contenidas en la Convención de Viena y reconocidas por los ejércitos de las naciones civilizadas.*
3. *Crímenes contra la humanidad. Tales como el exterminio de grupos étnicos o religiosos, así como otras atrocidades cometidas contra la población civil.* (Azüero, 2019)

Se acusaron a 24 personas y a siete organizaciones que formaban parte del gobierno Nazi, los tribunales tuvieron lugar entre 1945 y 1948. Llama la atención que en este tribunal no se aceptó el argumento de la defensa que estos actos por los que eran acusados no habían sido definidos con anterioridad como crímenes ante el Derecho Internacional, por lo que exigían que se respetara el principio de no retroactividad de la ley penal. Tres de las organizaciones acusadas, fueron encontradas culpables, 12 de los acusados fueron encontrados culpables y condenados a pena

capital ahorcados, 7 condenados a penas privativas de la libertad que iban desde los 10 años hasta la cadena perpetua, los demás acusados fueron absueltos. Después de este primer gran juicio se celebraron alrededor de 12 juicios más.

Según (Barbosa Castillo, 2016) la selección de los líderes del nazismo en los juicios de Nuremberg fue simbólica, ya que no podía un solo tribunal encargarse de castigar a todos los responsables, estos juicios se dieron con un objetivo de prevención general, la comunidad internacional estaba decidida a que una guerra de esa magnitud no podía suceder de nuevo.

Paralelamente, entre 1946 y 1948 se conformó el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, también conocido como Tribunal de Tokio, con el objetivo de juzgar a las personas acusadas individualmente o a doble título de crímenes contra la paz en el Extremo Oriente. El estatuto de este tribunal contemplaba las mismas categorías de crímenes que el Estatuto del Tribunal de Núremberg, con mínimas diferencias conceptuales. Se acusaron a 28 personas, de las cuales 14 tenían el rango de generales, sin embargo, se le concedió inmunidad al emperador Hiro-Hito.

En este tribunal varios jueces de distintas nacionalidades manifestaron sus diferencias en varios puntos importantes en los juicios, Gómez Robledo (2003) recogió en su texto la manifestación del juez francés Henri Bernard que sostuvo que el Estatuto de Tribunal no estaba fundado en ninguna regla de derecho previa a la comisión de los actos, por lo que esto significaba la violación a principios de derecho y este mismo sería el motivo por el que estas sentencias serían anuladas en países civilizados.



Estos tribunales cambiaron muchas de las concepciones de derecho internacional contemporáneo, lo transformaron desde su estructura como en su dogmática, tanto así que, los criterios que se fijaron en estos tribunales para definir y juzgar los llamados crímenes de lesa humanidad fueron utilizados como base para los estatutos de los tribunales ad hoc que se establecieron en los años noventa. Del mismo modo, en los juicios de Nuremberg se establecieron los principios que hoy rigen a los Tribunales Internacionales, siendo estos:

Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituye un delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción.

Principio II. El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

Principio III. El hecho de que la persona haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado, como autoridad del Estado, no eximen de responsabilidad conforme el derecho internacional.

Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tendido la posibilidad moral de otra opción.

Principio V. Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial en que se refiera a los hechos y al derecho.

Principio VI. Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos en el derecho internacional... Delitos contra la paz: agresión y conspiración. Delitos de guerra y delitos contra la humanidad.

Principio VII. La complicidad en la comisión de alguno de los delitos prescritos en el principio VI constituye así mismo delito contra el derecho internacional. (Azüero, 2019)

Otra consecuencia de la Segunda Guerra Mundial fue el compromiso y carácter de universalidad que se le concedió a los Derechos Humanos por medio de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas con 48 votos a favor y la abstención de los seis países del bloque soviético, el de Arabia Saudita y el de Sudáfrica en donde existía el apartheid; mediante este documento los Estados y los organismos internacionales se comprometían ética y jurídicamente a aceptar el principio de la dignidad humana y los derechos que de esta emanan. A raíz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se han firmado muchas más Convenciones y Tratados dando origen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esa primera declaración han emanado pactos que contienen compromisos jurídicos por parte de los Estados, entre estos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, a niveles regionales se firmaron la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 entre otros. Con el paso de los años, se crearon además distintos instrumentos internacionales que se encargan de proteger la humanidad de las personas, entre estos las cuatro Convenciones de Ginebra sobre el Derecho Internacional Humanitario (1949),

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer ( 1979) y otras, con esto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ido convirtiendo en un nuevo orden jurídico internacional que trasciende a un nuevo derecho sin fronteras que ha logrado penetrar y transformar ordenamientos jurídicos locales y principalmente al derecho constitucional.

Por esto, en el mundo se han conformado entidades supranacionales que están encargadas de la guarda y protección de los derechos humanos. En el Sistema Universal está conformado por distintos órganos pertenecientes a la ONU tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la eliminación de la Discriminación Racial, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Trabajadores Migratorios.

Regionalmente, también existen sistemas de derechos humanos, que a diferencia del Sistema Universal sí cuentan con tribunales internacionales de Derechos Humanos, de ahora en adelante TTIIDDHH. Cuando los TTIIDDHH aparecieron se encargaban principalmente de judicializar a los responsables de las peores formas de violación de los Derechos Humanos, tales como los genocidios, las desapariciones forzadas y el apartheid racial, sin embargo, con el paso del tiempo y a casusa de la misma concepción de la humanidad hacia los derechos humanos, estos tribunales internacionales han empezado a resolver otras cuestiones más “sutiles” tales como, el uso del velo islámico en lugares públicos, libertades sindicales, libertad de expresión y otras. Este proceso se ha venido dando con un especial desarrollo en Europa gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y un poco más tardío en América Latina gracias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo expresa Santiago (2009) (pág. 102).

En el caso americano, está el Sistema Interamericano de Derechos Humanos conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos y los órganos de protección de esta son: la Comisión Interamericana de Derechos humanos constituida en 1959 por medio de la Declaración de Santiago y la Corte Interamericana de Derechos Humanos instalada en 1979.

El sistema africano es el más reciente del mundo, inicia con la aprobación de Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en 1981 y cuenta como organismo de protección con Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que está vigente desde 2006. Mientras que en Asia llama la atención que no existe un sistema integral de derechos humanos ya que los pueblos asiáticos carecen de un convenio internacional común sobre la materia (Carvajal Contreras, 2016).

El sistema europeo existe desde 1953, cobró vigencia con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales también conocido como la Convención Europea de los Derechos Humanos y desde 1998 su organismo de protección es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también llamado Corte Europea de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo, al ser este el tema de estudio del presente texto se profundizará al respecto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en más TEDH), nace a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos que se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor en 1953, pero no fue sino hasta enero de 1959 que el Tribunal fue conformado y en septiembre de este mismo año aprueba su reglamento. El Tribunal se encuentra reglado en el Título II desde el artículo 19 hasta el artículo 51 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Sistema Europeo de Derechos Humanos fue el primero en el mundo, es por esto que sirvió de guía para la creación de sistemas como el Americano, que si bien se parecen mucho, tienen bastantes diferencias, coincide Pastor Ridruejo (2007) en que actualmente en Europa no existe una comisión a la que se deba acudir previamente antes de acudir a la Corte, mientras que en el Sistema Interamericano sí la hay y sin que la comisión autorice no se puede acudir a la corte, así que es posible afirmar que hay menos burocracia en el primero, además de la cantidad de jueces en cada Corte y su dedicación a la misma, por no mencionar que el tema de la financiación también es diferente, pues tiene apoyo financiero por parte del Consejo de Europa el TEDH no tan fuerte como el que la CIDH recibe por parte de la OEA (pág.67).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (de aquí en adelante CEDDHH) es un tratado internacional a razón del cual únicamente los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos se comprometen a garantizar los derechos fundamentales, civiles y políticos de sus nacionales y de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. En este convenio se garantiza especialmente el derecho a la vida, a un proceso equitativo, al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y el derecho a la propiedad; asimismo prohíbe la tortura o tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud, los trabajos forzados, la pena de muerte, las discriminaciones en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio.

El TEDH es competente para conocer las demandas individuales o estatales fundamentadas en violaciones de los derechos enunciados en el Convenio. A partir de 1998 el Tribunal empezó a operar de forma permanente y tiene funciones tanto consultivas como contenciosas. Sus sentencias

tienen un carácter obligatorio para los Estados concernidos tal como lo expresa el artículo 53 del CEDDHH, sin embargo, ese carácter vinculante, ha enfrentado ciertos inconvenientes y ha sido cuestionado en virtud del carácter declarativo que se le ha atribuido, en especial por parte de España, quien, por ejemplo, en el caso Ruiz Mateos en la sentencia del TEDH, A.262, se negó la ejecución de la sentencia internacional por razones formales y materiales al alegarse la supremacía de la Constitución española (Ayala Corao, 2007).

Indudablemente, a pesar de los cuestionamientos que se le puedan presentar alrededor de las sentencias del TEDH a raíz de su carácter vinculante o de su ejecutoriedad, esta jurisprudencia como fuente de derecho (primaria o secundaria, ya dependerá del Estado al que hagamos referencia) ha influido en las sentencias y leyes al interno de los distintos Estados tanto en Europa como en América, como por ejemplo sucedió con el derecho a la vida (prohibición de pena de muerte y desaparición forzada de personas), el desarrollo normativo al respecto comienza en 1950 “es reflejo de la legislación y la práctica de los países europeos que contemplaban la pena de muerte. En este sentido la jurisprudencia del TEDH ha sido un factor decisivo para el desarrollo que se ha indicado” (Silva & Moscato, 2008)

En el caso particular de Colombia es menester primero entender la posición del ordenamiento jurídico colombiano frente al Derecho internacional y su jurisprudencia. Es importante partir por entender el bloque de constitucionalidad, que como asegura Ramelli (2004), “cambió las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, desde la Constitución Política colombiana y como respuesta al debate teórico que existía frente a la prevalencia y jerarquía de las normas y principios de derecho internacional contenido en el artículo 93 de la

misma (primacía del derecho internacional), frente a la supremacía de la Constitución colombiana consagrado en el artículo 4 de la misma, la Corte Constitucional por medio de la sentencia del 18 de mayo de 1995 introdujo la teoría francesa del *bloc de constitutionalité*, de modo que concluyó que los tratados internacionales de Derechos Humanos integran junto con todo el texto constitucional el bloque de constitucionalidad que tiene prevalencia sobre el resto del ordenamiento jurídico colombiano, siempre y cuando estos tratados versen sobre Derechos Humanos que no sean susceptibles de ser limitados bajo estados de excepción, además, deben tener fundamento expreso en la Carta.

Ahora bien, en relación con otras fuentes de derecho, tales como las normas consuetudinarias, la Corte Constitucional ha manifestado que integran el bloque de forma automática las pertenecientes al DIH. También se tiene que los principios generales de derecho internacional tales como la proporcionalidad, razonabilidad, necesidad e idoneidad han sido utilizados por los jueces para adelantar controles de constitucionalidad, sobre todo de las disposiciones emanadas bajo estados de excepción.<sup>1</sup>

Referente a la jurisprudencia, vale la pena hacer mención de que, dentro del ordenamiento jurídico, según el artículo 230 de la Constitución Política esta tiene valor de fuente auxiliar de derecho, sin embargo, desde 1995 la Corte Constitucional a través de sus sentencias y en desarrollo del artículo 13 de la Constitución dio un cambio a esa teoría. Diego López Medina (2015) lo explica de la siguiente forma:

---

<sup>1</sup> (Ramelli, 2004) hace un estudio más profundo sobre la integración de las fuentes de derecho al bloque de constitucionalidad colombiano en el texto Sistema de fuentes de derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia

La Corte Constitucional empezó a abrir una innovadora tendencia entre los años 1995 a 2001, según la cual, en virtud del principio de igualdad, las personas tenían un derecho subjetivo público de rango constitucional (y, hoy en día, de hecho, un “derecho fundamental” reconocido) a que sus casos fueran resueltos de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubiesen expedido con respecto a los mismos temas. A la Corte Constitucional le interesaba la construcción de esta doctrina porque de esta manera podía amplificar el impacto social de sus decisiones de protección de derechos fundamentales, vinculando así a otros jueces y actores sociales al contenido obligatorio de sus fallos. Al hacer esta exigencia, la Corte Constitucional se sintió también en la obligación de mantener mayores niveles de coherencia interna (precedente horizontal) entre sus fallos, para poder generar un magisterio constitucional que fuera replicado por otros actores estatales y no estatales mediante el precedente vertical y el efecto horizontal de los derechos.... A la altura del año 2001, pues, las sentencias de la Corte Constitucional estaban acabando de construir una doctrina del precedente judicial a la colombiana, basada especialmente en el principio de igualdad del artículo 13 de la C.P. El punto final de esta construcción se dio en la sentencia C-836/01: en ella se hacía una elaboración y síntesis completa de la doctrina del precedente judicial tal y como la había delineado la Corte en los años anteriores; y, al mismo tiempo, se terminó de alinear los textos legales. (López Medina, *Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho*, 2015)



En el mismo sentido, se ha manifestado la Corte Constitucional para indicar que las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando no condenen o vinculen a Colombia, no son una simple opinión doctrinal disponible para el juez que quiera consultarla, sino, que deben ser tenidas en cuenta en el sentido de que es la CIDH la autorizada para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos y al ser Colombia un Estado parte y estar obligado a su cumplimiento, pues serán dichas interpretaciones que la Corte haga en sus sentencias importantes para el cumplimiento de la Convención. Es por esto por lo que, según Córdoba Triviño, (2007) (pág. 89) la Corte Constitucional había citado para ese año a la CIDH en alrededor de 170 decisiones y el mismo autor señala que para la Corte colombiana la jurisprudencia de la CIDH resulta doctrina relevante.

La sentencia C-010/2000 que reconoce como criterio hermenéutico relevante la jurisprudencia de instancias internacionales, en el sentido de que estas permitan establecer pautas sobre derechos humanos. Esta incorporación de jurisprudencia internacional radica en la universalidad, de la que se ha hecho mención con anterioridad, con la que cuentan los Derechos Humanos, al respecto ha dicho Uprimmy, (2005) cuando se cuestiona sobre la universalidad en relación con la diversidad de los derechos humanos: “que si bien estos pueden ser fórmulas integrales diseñadas para coexistencia universal, los valores que incorporan podrían desconocer algunos aspectos culturales, es por esto que se vuelve necesario realizar una interpretación responsable de los mismos en su aplicación.”

Es claro, que al ser Colombia suscriptor del sistema Interamericano de Derechos Humanos, deba acogerse a las decisiones de sus órganos y adopte las interpretaciones que sobre los Derechos

Humanos estos realicen. Sin embargo, en repetidas ocasiones ha tomado en consideración la Corte Constitucional, las decisiones y distintas interpretaciones judiciales que ha realizado el TEDH en sus sentencias al momento de resolver un caso.

Muestra de esto son las sentencias que ha emitido la Corte Constitucional, a en materia del alcance de algunos de los componentes del debido proceso en Colombia como lo son el principio Non bis in ídem y el proceso penal de menores de edad.

El siguiente texto, busca indagar por los efectos jurídicos al interior del ordenamiento jurídico y de la realidad colombiana, que tienen las sentencias de la Corte Constitucional cuyo trasfondo se encuentra influenciado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la óptica de la transformación sistema de fuentes en el Estado colombiano. Desde este punto de vista es válido preguntar *¿Cuál ha sido el impacto socio jurídico que tienen las sentencias de la Corte Constitucional que guardan profunda relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico y la realidad colombiana?*

### ***1.1.1. Formulación de la pregunta de investigación***

*¿Cuál ha sido el impacto socio jurídico que tienen las sentencias de la Corte Constitucional que guardan profunda relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico y la realidad colombiana referentes al principio Non bis in Ídem y las garantías del proceso penal de los menores de edad en el conflicto armado?*

## 1.2 Justificación

Es importante realizar este tipo de estudios ya que la integración de esta jurisprudencia al ordenamiento jurídico colombiano se ha realizado desde hace varios años, no obstante, sus efectos en el tiempo no han sido estudiados a profundidad y esto puede aportar nuevos elementos jurídicos que contribuyen a la protección judicial de los derechos humanos y al cumplimiento de la pretensión de universalidad de los derechos humanos como principio rector de su aplicación.

En la actualidad existen investigaciones que estudian la manera en que la jurisprudencia de la CIDH influencia a Estados que hacen parte de la OEA, de igual forma existen investigaciones que estudian la influencia y el impacto que tiene el TEDH al interno de los países europeos que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha estudiado el dialogo que ha existido entre estas Cortes regionales, sin embargo, el estudio del impacto y la influencia del TEDH al interno de un Estado que no hace parte de su mismo sistema de protección no ha sido realmente analizado y los estudios de este tipo permiten identificar que tan uniforme es la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos y su principio rector de aplicación: la universalidad.

Bajo esta misma lógica, los estudios teóricos de este tipo permiten identificar las tendencias al interior del Derecho Constitucional colombiano y que se pueden replicar a toda América latina, de modo que se garantice la protección uniforme de los derechos humanos, cuestión que al interno de los Estados que han concebido la constitución como una norma superior que va más allá de gobiernos al ser el pacto del pueblo, es importante entender cómo este texto se mantiene vigente en su sistema de fuentes, el derecho debe modernizarse en conformidad con la realidad social del

mundo y esta modernización se logra por medio de la jurisprudencia, de modo que el papel que esta juegue en el sistema de fuentes se convierte un punto clave en la protección de los derechos.

La Constitución Política colombiana le otorga al juez una amplia paleta de fuentes en las que se puede basar para conceder o no el amparo de un derecho y que hacer efectivo el catálogo de derechos contenidos en la misma Constitución Política, sin embargo, dentro de este abanico de posibilidades el juez es discrecional en su elección, la jurisprudencia tiene un rol fundamental en el sistema de fuentes, pero poco se ha estudiado sobre los efectos que la jurisprudencia internacional ha tenido en el ordenamiento jurídico colombiano y como se ha manifestado anteriormente, conocer el impacto que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha tenido en el interior del ordenamiento jurídico y la realidad social colombiana es importante para determinar qué tan inmerso se encuentra Colombia en la aplicación universal de los derechos humanos y con qué garantías y herramientas cuentan los ciudadanos para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales.

El mundo camina en aras de la consecución de un sistema de derecho internacional de los Derechos Humanos universal, es por esto por lo que los tribunales regionales están en constante dialogo, pero la tarea no es solo de los tribunales sino de los Estados parte, por lo mismo los ciudadanos deben conocer las tendencias, las fuentes de derecho aplicables y su verdadero impacto en el ordenamiento jurídico surgido del dialogo horizontal entre sistemas de protección de Derechos Humanos.

## **1.3 Objetivos**

### ***1.3.1 Objetivo general***

Analizar el impacto social y jurídico de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que tratan sobre el alcance del principio del Non bis in Ídem y las garantías en el proceso penal de los menores de edad en el marco del conflicto armado y que guardan relación con el derecho convencional del sistema de Derechos Humanos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre 2003 y 2020

### ***1.3.2 Objetivos específicos***

- Identificar los escenarios y líneas jurisprudenciales que ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana bajo la influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el periodo 2003 - 2020.
- Describir el contenido teórico-conceptual de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el non bis in ídem y el procedimiento penal de menores que ha influido al interior del Ordenamiento jurídico y la realidad colombiana.
- Determinar los efectos y el impacto socio jurídico de las sentencias de la Corte Constitucional que han tenido influencia por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la doctrina y el precedente judicial en Colombia.

## 2. Marco referencial

### 2.1 Antecedentes

El llamado dialogo vertical-horizontal, el *judicial borrowing*, o situaciones de *cross-fertilization* entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales de sistemas distintos ha sido un tema poco estudiado por la academia, sin embargo, estas son las aproximaciones que se pueden encontrar:

**Chile:** El caso chileno llama la atención ya que si bien el Tribunal Constitucional Chileno ha hecho mención de los contenidos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos directa e indirectamente (cuando llama a consideración al Tribunal Español que a su vez en la protección de algunos derechos, como se evidencia en Liliana Galdámez Zelada en su artículo El Uso Del Derecho Y Jurisprudencia Extranjera En Los Fallos Del Tribunal Constitucional De Chile: 2006-2010 En 2012, según el Doctor Humberto Nogueira Alcalá en su escrito El Bloque Constitucional De Derechos En Chile, El Parámetro De Control Y Consideraciones Comparativas Con Colombia Y México: Doctrina Y Jurisprudencia en 2015, el Tribunal Constitucional chileno no empezó a hablar del bloque de constitucionalidad sino hasta 2014 y lo ha hecho muy tímidamente, no fue sino hasta hace muy poco que se aceptó la obligatoriedad de las jurisprudencia de la CIDH que es el tribunal internacional regional, por lo que es muy pronto para considerar la influencia del TEDH al ser de un sistema de protección distinto.

**Argentina:** Con respecto a la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Argentina Teresa Dolores Silva y Claudia Beatriz Moscato en 2008 publicaron el artículo titulado

Los Sistemas De Protección De Los Derechos Humanos En Europa Y América; Su Interrelación E Influencia En La Jurisprudencia Latinoamericana: Argentina, en el que se concluyó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es la encargada de la salvaguarda de la Constitución Política Argentina ha recurrido en distintas ocasiones a la jurisprudencia del TEDH e incluso ha señalado que

Aun cuando esta Corte Suprema debe extrapolar con mesura lo emanado de contextos culturales (y presupuestarios) diferentes a los locales, ha sido un socorro constante para la interpretación del principio de imparcialidad lo decidido por la jurisprudencia del tribunal que, ante los estándares mínimos comunes a los que obliga la universalización de los derechos humanos, es legítimo tomar como instrumento auxiliar para resolver... (Fallo de la CSJN del 28 de marzo de 2006, 2006)

**México:** Si bien no se encuentran investigaciones que estudien la influencia de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo en sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 2017 los Doctores Eduardo López Betancourt y Roberto Fonseca Luján en su artículo Jurisprudencia de Estrasburgo Sobre El Derecho a Un Proceso Equitativo: Sentencias Contra España de Interés para México, analizan sentencias en las que el TEDH ha fallado contra España en temas de derecho a un juez imparcial, alcances de la presunción de inocencia, el acceso a la segunda instancia entre otras y que pueden ser beneficiosos para México al no haberlos desarrollado antes y en el marco de la transición hacía la oralidad en el proceso penal.

**Canadá:** en Canadá aunque no hay estudios concretos en los que se analice la influencia o la incorporación de jurisprudencia europea por parte de la Corte Suprema de Canadá, como en el caso de México, se han realizado diversos estudios en los que se contrasta la legislación o las posturas judiciales canadienses con las del tribunales europeo de derechos humanos, muestra de esto es el artículo publicado por la Doctora María Elósegui Itxaso en 2014 titulado El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público y la publicación de Santiago Cañamares Arribas en 2016 titulado La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal Supremo de Canadá en relación con el derecho a la muerte digna.

En Europa no se tiene registro de investigaciones que estudien el dialogo que pueda existir entre la CIDH y los tribunales nacionales europeos.

Sin embargo, en ambas regiones se puede encontrar un amplio catálogo de investigaciones que estudian el dialogo vertical entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales de un mismo sistema de protección regional de derechos humanos.

## **2.2 Estado del Arte**

La revisión de literatura muestra que la mayoría de los estudios que se han hecho sobre relaciones entre tribunales han sido sobre tribunales internacionales entre sí o entre tribunales internacionales y los tribunales constitucionales de un mismo sistema de protección de derechos humanos, a saber:



En el texto “ ” publicada en el año 2019, el Doctor Guillermo Cambero, en relación a las interacciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que las relaciones entre estos han sido constantes, que estos sistemas no están aislados y por lo mismo no son autosuficientes.

Ambos sistemas jurisdiccionales no están aislados ni son autosuficientes. En los últimos años, el TEDH se ha visto obligado con mayor frecuencia a decidir sobre cuestiones concernientes a violaciones graves de derechos humanos, un ámbito en el cual la Corte Interamericana había adquirido un patrimonio de precedentes más rico y avanzado. La jurisprudencia interamericana es citada ampliamente por el TEDH en el ámbito del debido proceso, de los tratos inhumanos y degradantes y de otras violaciones graves, especialmente en los casos contra Rusia o Turquía. En particular, el TEDH no recurre con frecuencia a citas explícitas de la jurisprudencia interamericana; sin embargo, las influencias implícitas son notables, ya que en muchos ámbitos es apreciable una verdadera y propia convergencia interpretativa entre las jurisprudencias de las dos cortes. (Cambero Quezada, 2019)

En el artículo mencionado el Doctor Cambero asegura que existen un dialogo transcontinental extendido y que cuenta con influencias recíprocas, por ejemplo, el TEDH se basó en el caso Durand y Ugarte vs. Perú de la CIDH para promover la importancia de la imposibilidad de que los civiles fuesen juzgados por tribunales militares, entre otros ejemplos. De modo que concluye que en la reflexión sobre el universalismo o particularismo de los derechos humanos las Cortes han realizado un gran trabajo en el sentido de mantener un sistema universal de derechos

humanos, salvaguardando la diversidad y el pluralismo, de modo que se valoriza la especificación de cada uno en el área de influencia.

De hecho, en 2015 se publicó un libro llamado *Dialogo trasatlántico* con una selección de sentencias de la CIDH y el TEDH, esta cercanía es posible debido a la similitud en los derechos que cada una protege, así como la existencia de criterios semejantes de admisibilidad y principios de interpretación. Al respecto el Mg. Bruno Rodríguez Reveggino, en su artículo *Espacios de diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2017* afirmó que

En el ámbito del diálogo jurisprudencial, más allá de ser una tendencia de la literatura jurídica, éste es una herramienta valiosa, creciente y recíproca al servicio de los jueces internacionales y las víctimas. Desde la perspectiva de las cortes, esta herramienta incorpora un legítimo recurso argumentativo, que facilita la predictibilidad y coherencia en las decisiones. Por el lado de las víctimas, y en virtud del principio *pro hominem*, el dialogo jurisprudencial permite la ampliación del contenido de los derechos protegidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con el fin de una más adecuada y efectiva protección de sus derechos. (Rodríguez reveggino, 2017)

En el texto el Mg. Rodríguez pone de presente los distintos espacios de dialogo y que los Magistrados de ambos tribunales regionales han hecho visitas y estudios en las Cortes, y asegura que en el caso de la Corte Interamericana este dialogo ha sido un instrumento importante para mantenerse legitima y vigente, ya que permite adecuar la jurisprudencia de manera constante y dinámica a la realidad.

Finalmente afirma que los espacios de diálogo entre los tribunales son sólidos y bastos.

Institucionalmente las relaciones entre ambas cortes son fluidas a través de intercambios de personal, visitas mutuas y seminarios académicos. Esto permite que ambas cortes se nutran de las experiencias de los jueces en cada una de sus respectivas jurisdicciones, contribuyendo, así, a una mejor y más eficiente administración de justicia en sendas regiones (Rodríguez reveggino, 2017)

Sobre estos espacios de diálogos entre tribunales internacionales, en los que las Cortes se nutren con la jurisprudencia de su homóloga, a pesar de su autonomía funcional y orgánica, el Doctor Miguel Arenas Meza, en su artículo El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos, escrito en 2018 refiere que

No se trata simplemente de tomar prestado (*judicial borrowing*) o de “importar” la jurisprudencia externa, como ha sido hasta ahora lo habitual, sino de la búsqueda de formas más articuladas de interacción jurisprudencial de tipo “dialógico”, que pueda conducir, en algunos casos, a una verdadera fertilización cruzada (*cross-fertilization*) entre tribunales. Es decir, un fenómeno en virtud del cual los tribunales internacionales se inspiran y tienen en cuenta las experiencias de otros tribunales, incluso haciendo mención de los precedentes de dichos tribunales en sus sentencias; estableciendo, de este modo, un diálogo judicial entre ellos. (Arenas Meza, 2018)

El dialogo en los tribunales ha avanzado y se ha modernizado, en un inicio el TEDH no hacía mención de las sentencias de la CIDH, mientras que esta última constantemente volcaba la

vista a los desarrollos jurisprudenciales del tribunal europeo como mecanismo de modernización judicial. Sin embargo, debido a la realidad social de los continentes los tribunales tienen enfoques diversos y existe un mayor desarrollo en el estudio de algunas instituciones jurídicas, de modo que en la actualidad según el Doctor Arenas se han identificado tres situaciones en las que el TEDH toma en cuenta las sentencias de la CIDH en sus fallos

En primer lugar, dicha información puede ser introducida como una simple referencia sin mayor relevancia para la resolución del caso. Ello ocurre cuando el Tribunal desea mostrar su amplio conocimiento de la jurisprudencia interamericana y decide incluir algún asunto del *case law* americano en el apartado de la sentencia dedicado al “Derecho internacional”, pero luego no lo alude expresamente en el fundamento de su *ratio decidendi*. La segunda situación se produce cuando el Tribunal, teniendo pleno conocimiento de la solución adoptada en el sistema interamericano, no se muestra dispuesto o no está preparado para adoptar un enfoque similar y así lo hace notar expresamente en la sentencia, precisando que su enfoque es distinto al de su contraparte interamericana. Y por último, aunque no por ello menos importante, el Tribunal se ha referido a la jurisprudencia interamericana como un argumento para legitimar una nueva interpretación de un determinado tema y el consiguiente cambio de orientación en su jurisprudencia. (Arenas Meza, 2018)

Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenga en cuenta las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra que esta cuenta con una reputada autoridad y que las decisiones que esta toma hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, favoreciendo así la unidad en el sistema universal de protección.

Un ejemplo de *cross-fertilization* es evidente en el estudio realizado por la Doctora Ana Cristina Gallego en el año 2018 sobre El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se evidencia que en temas relativos al derecho a la salud hay un dialogo entre los tribunales en la lucha por la garantía efectiva de este derecho.

De acuerdo con los casos más relevantes y llamativos de la última década, las preocupaciones y las controversias en cuestiones de salud entre América y Europa comienzan a equipararse...Todo ello pone de relieve que los Estados americanos evolucionan favorablemente y que los contratiempos (entre ellos también los sanitarios) se ven igualmente afectados por el fenómeno de la globalización, lo cual acaba impulsando a que exista una más fácil homogenización de las causas que vulneran el derecho a la salud. Por tanto, considero que esa relativa semejanza irá demostrando que cada vez es más fácil y sencilla la retroalimentación entre los dos sistemas regionales que ocupan este estudio. (Gallego Hernández, 2018)

El derecho a la salud no está consagrado en la Convención Europea, sin embargo el tedh ha procurado garantizar su protección desde las indicaciones que para esto ha dado la OMS y ha conectado la garantía del derecho a la salud con la protección otros derechos que sí están contemplados en la Convención, para esto ha tenido en cuenta casos de la CIDH como el conocido caso de los “Niños de la Calle” en el que la Corte interpreta el derecho a la salud en conexión con el derecho a una vida digna, en términos de que sea considerado un derecho fundamental que es además prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos Humanos.

Si los tribunales internacionales se impactan los sistemas de protección de derechos humanos internos de cada país que se encuentra suscrito al sistema de protección y a su vez se impactan entre sí, tiene sentido pensar que los Tribunales Internacionales impactan la jurisprudencia de los países que no hacen parte de su mismo sistema de protección, es decir que la CIDH puede impactar al Tribunal Constitucional Español y el TEDH a la Corte Constitucional Colombiana.

La Doctora María Díaz Crego en su artículo El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre libertad religiosa en 2015, estudia el impacto que el TEDH ha podido tener en el Estado de la Ciudad de Vaticano, Estado que no ha suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por lo tanto el TEDH no tiene jurisdicción sobre este territorio, sin embargo, la República Italiana sí hace parte de dicho Convenio, en este sentido Italia ha interpretado conforme al TEDH los acuerdos firmados con la Santa Sede.

La Corte Suprema de Casación Italiana, en la Sentencia de 17-VII-2014, núm. 16380/2014, decidió no reconocer las declaraciones de nulidad de los tribunales canónicos a pesar de que sean ejecutivas y se ajusten a lo previsto en el Acuerdo de Villa Madama entre la Santa Sede y la República Italiana (1984), cuando hay convivencia conyugal dotada de exterioridad y estabilidad durante tres años, alegando la relevancia constitucional y comunitaria del matrimonio-relación. Si se reconociera la sentencia canónica de nulidad, después de diez años de convivencia, ello iría en contra del orden público interno italiano (Perlingieri, 2006; y García Roca, 2012: 183). Para alcanzar esta interpretación de los

acuerdos con la Santa Sede, contraria a lo previsto en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Corte Italiana se funda en la Sentencia del TEDH [GC] Vallianatos *et al.* vs. Grecia, 7-XI-2013, a tenor de la cual, el art. 8, 1 garantiza que no hay un solo modo o elección para conducir la vida familiar o privada (apdo. 3. 6 de la sentencia de la Corte Italiana). (Díaz Crego, 2015)

La pretensión de universalidad en el sistema de protección de los derechos humanos implica que sea necesario el dialogo entre tribunales y en aras de comprender hasta qué punto esta pretensión se ha materializado, la Doctora Marcela Ortiz Torricos en 2014 en su tesis doctoral titulada El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hacia un derecho americano y global de los Derechos Humanos, más exactamente en su capítulo 5 habla del dialogo entre la CIDH y el TEDH y empieza al hacer un análisis del convenio que da origen a los tribunales

El Convenio crea por encima y por debajo, toda una red mutua de compromisos bilaterales y obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se beneficia de una protección efectiva (*collective enforcement*); de ahí que las sentencias sirven para resolver no solo el asunto que le somete, sino para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos como partes contratantes; es decir que las sentencias que emiten los tribunales sirven para interpretar, aclarar o desarrollar las normas del Convenio, en defensa y mayor protección como respeto de los derechos humanos.

La interacción entre los convenios (europeo y americano) de protección de Derechos Humanos, se ha dado, a partir del momento en que existen similares contenidos en su preámbulo y de tipo normativo, igualmente, el diálogo entre los tribunales internacionales se ha ido dando de manera paulatina y con distintas tonalidades entre el TEDH y la Corte IDH y viceversa, unas veces con la recepción de jurisprudencia para reforzar sus argumentaciones, otras complementando las construcciones en las interpretaciones de los derechos que con analogía van tomando una mejor forma o ajustándose a realidades determinadas, lo que permite caminar hacia la construcción de un derecho universal de los derechos humanos (Ortíz Torricos, 2014)

Según la autora, los espacios de diálogo entre estos tribunales internacionales fomentan el aprendizaje e intercambio de jurisprudencia entre ellos mismos, pero además con los respectivos tribunales de protección de derechos humanos de los Estados que conforman el sistema interamericano, haciendo que estos últimos “tengan presentes las observaciones o discordias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano (como por el TEDH) para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional” (Ortíz Torricos, 2014)

Esto es positivo bajo el entendido de que el derecho constitucional de los estados debe propender por la protección de los derechos humanos, al respecto la Dr. Díaz señala que

Considerando que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de cada uno de los Estados, deben formar uno solo, integrado y articulado, entre fuentes extra e intra del Estado, en busca de una protección real del ser humano,



dentro de un sistema universal, regional y estatal, al ser medular (la) cuestión de los derechos humanos (que) es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional. (Ortíz Torricos, 2014)

La Dr. Díaz Torricos en su tesis doctoral delimitó la investigación al estudio de ciertos derechos y sobre los mismos analizó si los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de diferentes Estados (los cuales fueron seleccionados por su influencia en la región) habían hecho referencia a la jurisprudencia del TEDH en sus sentencias, para el caso de Colombia analizó que en cuanto al análisis global del procedimiento

En países de la región andina como en Colombia, la Corte Constitucional el 2004 se pronunció sobre el análisis global del procedimiento, como parte de los parámetros fijados por el Tribunal Europeo, asumidos por la Corte IDH, pero no se precisa la sentencia del TEDH ni de la Corte IDH<sup>1</sup>; situación que igualmente se reconoce en otro caso del 2005, en el que al referirse a la posibilidad de un análisis global del procedimiento (utilizado de manera alternativa a otros criterios), se menciona expresamente tanto Sentencias de la Corte IDH (casos *Genie Lacayo Vs. Nicaragua* y *Suárez Rosero Vs. Ecuador*) como del TEDH (Caso *Motta Vs. Italia* de 1991 o el Caso *Vernillo Vs. Francia* de 1991).

La Corte Constitucional de Colombia, los años 2004 y 2005 sin realizar ninguna referencia a la jurisprudencia del TEDH ni de la Corte IDH, mencionan la existencia de los cuatro criterios que ayudan a determinar la razonabilidad del caso (complejidad del asunto, etc.); el 2007 la referencia es mucho más precisa, pues de manera expresa se asumen estos cuatro

criterios, que inicialmente tres de ellos se recogieron en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua<sup>1826</sup>. (Ortíz Torricos, 2014)

Sobre la libertad de expresión como opinión pública en referencia a la prensa, dice

La obligación de la prensa de informar cuestiones de interés público: “no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”<sup>1916</sup>, como reconoció en diversos casos la Corte IDH el 2001 y otros años, remitiéndose de manera específica y expresa a fallos del TEDH. Tribunales estatales como el de la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Bolivia, hacen mención expresa al caso Handyside resuelto por el TEDH, como a casos resueltos por la Corte IDH (Ortíz Torricos, 2014)

A partir de esos párrafos se entiende que la influencia de la jurisprudencia del TEDH en Colombia va más allá de las sentencias en la que se hace referencia explícita al tribunal, ya que, en muchos casos, se siguen sus directrices e interpretaciones sin hacer mención de este.

El abogado Carlos Hernández Téllez en su trabajo investigativo, realizado en 2017 sobre La incidencia de la comunicación entre el tribunal europeo de derechos humanos y el CIDH en el avance jurisprudencial colombiano, analiza en distintas sentencias de la Corte Constitucional la posible influencia que ha tenido el TEDH y la CIDH en aras del avance en la protección de los derechos humanos dentro del sistema de protección colombiano. De su investigación hace tres conclusiones a manera general:

1. La comunicación efectiva del CIDH con el tribunal europeo de derechos humanos y posterior inclusión de conceptos por parte de la Corte Constitucional ha significado un progreso a nuestra jurisprudencia, ya que los instrumentos normativos actuales no permiten en primera instancia incluir tales interpretaciones, por lo que este instrumento constitucional permite enriquecer el ordenamiento jurídico colombiano.
2. La inclusión de los conceptos por parte de la Corte a su vez también constituye una base para una línea jurisprudencial que den posteriores decisiones de acuerdo a lo preceptuado en ellas, es importante este aspecto ya que no solo es incluir conceptos para engrosar una sentencia o moldearla a favor de un cierto asunto si no que sirve para manejar posteriores asuntos de la misma o similar naturaleza.
3. Los pronunciamientos constitucionales constituyen gran parte del desarrollo jurisprudencial colombiano donde las demás ramas rara vez utilizan instrumentos no disponibles en el ordenamiento, siendo un punto en contra del avance de estos principios en materia constitucional. (Hernández Téllez, 2017)

En la misma línea de análisis destaca el artículo de las abogadas Silvana Insignares Cera y Viridiana Molineros Hassan escrito en 2011 y titulado La Dignidad Humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana, que como bien indica su nombre, estudia la influencia que ha tenido la jurisprudencia del TEDH en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, puntualmente en la que amparan la dignidad humana. Las autoras señalan que el sistema europeo ha sentado precedentes en sus sentencias que sirven como fundamento a otros sistemas regionales en sus fallos.

Y tal como lo señala el Dr. Arenas Meza cuando hace referencia a que con *judicial borrowing* se tiene al sistema europeo ejerciendo influencia en los sistemas de protección nacionales en América por medio de la influencia que este ejerce sobre la CIDH, las abogadas lo concluyen en el sentido de que

El Sistema de Protección de Derechos se ve influenciado directamente por el europeo no solo por tomar apartes de la jurisprudencia del Tribunal sino que desde sus orígenes el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual hace parte Colombia, tuvo como inspiración la estructura establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El desarrollo constitucional colombiano ha dado cuenta de un interés evidente en afianzar el papel que cumple la jurisdicción constitucional; sin que se haga alusión expresa a los postulados del garantismo judicial de Luigi Ferrajoli, es posible confirmar que la Corte Constitucional viene cumpliendo con esta función de manera ejemplar por cuanto ha logrado imprimir en sus sentencias los principios y valores constitucionales consagrados implícita y explícitamente en la Carta, relacionándolos con los desarrollos jurisprudenciales de organismos internacionales dedicados a la protección de los Derechos Humanos e integrándolos con los más recientes desarrollos doctrinales sobre el tema, lo cual distingue a Colombia como un Estado con una consolidada jurisdicción constitucional. (Cera S. I. & Hassan, 2011)

Las sentencias que las autoras analizaron dan cuenta de que las referencias a la dignidad humana sustraídas del TEDH han sido utilizadas para otorgar protección a la población carcelaria.

En el caso de las sentencias analizadas, resulta evidente que el principio de la dignidad humana es la vía efectiva para la protección de los derechos de la población carcelaria frente a la vulneración por parte de las autoridades del Estado, que hacen igualmente evidente cómo desde estas pareciera que la privación de la libertad acarrearía la privación de otros derechos que pudieron protegerse a partir de la dignidad, por ser precisamente esta: principio, fundamento del Estado social de derecho y fuente del ordenamiento jurídico. (Cera S. I. & Hassan, 2011)

Existen diversas investigaciones que dan cuenta sobre los espacios de diálogo entre tribunales que se han dado entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero muy pocas que analizan los espacios de diálogo o incluso el *judicial borrowing* que se puede dar entre el tribunal regional europeo y un tribunal nacional americano por ser de distintos sistemas de protección, pero si la intención es cumplir con la pretensión de universalidad que tienen los derechos humanos desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es necesario estudiar qué tanto ha influido un tribunal en el otro de modo que se pueda dar cuenta si la aplicación de los mismos -por medio de sentencias- es universal.

### **2.3 Marco conceptual**

Es imperativo definir ciertos conceptos claves para la correcta comprensión de la investigación, ya que marcan el sentido de esta, como lo son:

La expresión “diálogo entre tribunales” tiene un origen anglosajón (*jurisdictional dialogue*) y ha sido definida como un “proceso de influencias y relaciones recíprocas entre

tribunales” (Lopez Guerra, 2013) en esta definición es posible incluir los espacios de influencias que surgen de obligaciones como las del TEDH con el Tribunal Constitucional Español o como los espacios de influencias que pueden surgir sin que medie obligación alguna como la que hay entre el TEDH y la CIDH.

Giuseppe de Vergotini (2011) hace la observación de que solo las situaciones de interacción – que implica reciprocidad- pueden ser consideradas diálogos, cuando es unidireccional se refiere a la influencia jurisprudencial de un tribunal sobre otro.

El dialogo entre tribunales se puede dar de forma vertical u horizontal, entre la distintas definiciones que se le da a esta tipología de dialogo para efectos de esta investigación será tenida en cuenta la dada por Slaughter (1994) quien define al dialogo horizontal como aquel que se daba entre los tribunales de un mismo nivel, tanto a nivel nacional (Corte Suprema de Justicia Colombiana y la Corte Constitucional colombiana), como a nivel internacional (Corte de Estrasburgo y Corte Interamericana de Derechos Humanos); define al dialogo vertical como el que se da entre tribunales de distinto nivel como tribunales internacionales y tribunales nacionales y por ultimo define el dialogo vertical-horizontal como el que produce, por ejemplo, cuando la actuación de un tribunal internacional motiva a tribunales nacionales a tener en cuenta esta actuación en sus jurisprudencias y como lo entiende Luis Jimena Quesada, con estas comunicaciones entre tribunales, no se pretende “multiplicar la “guerra de cortes”, sino de reducirla, de aspirar a paliarla y, en suma, de generar sinergias y convergencias interpretativas y aplicativas entre todas esas jurisdicciones (ordinarias, constitucionales y supranacionales)” (Quesada, 2014).

De modo que se entiende que si el dialogo es unidireccional no se habla realmente de dialogo entre tribunales sino de influencia jurisprudencial, la RAE define a la influencia como al acción de influir, y al verbo influir como “Producir sobre otra ciertos efectos” o “Contribuir con más o menos eficacia al éxito de un negocio” (Real Academia Española, 2001). De modo que, para los efectos, se entenderá que una sentencia influye en la otra cuando por medio de su incorporación se producen efectos que contribuyen al amparo de un derecho o a la construcción de un sistema de protección frente a una figura jurídica.

También es importante añadir la definición de jurisprudencia, que en palabras del Dr. Aníbal Torres Vázquez

La jurisprudencia, denominada también precedente judicial, *stare decises*, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. Así se entiende a la jurisprudencia tanto en el sistema romano germánico como en el anglosajón. (Torres vázquez, 2008)

Hoy en día se habla de una cultura legal en todo el mundo y es por esto que, sobre todo en temas de derechos humanos que poseen pretensión de universalidad, se permite y es una práctica común la práctica del *judicial borrowing* que traducido al español es algo como “importar jurisprudencia” Justice Julia Laffranque lo define como “*to broaden one’s vision; it does not necessarily need to result in copying foreign examples, but can result from learning from them and*

*using international, European, and comparative law as tools in domestic legal adjudication*” [ampliar la visión de uno; no necesariamente tiene que resultar en copiar ejemplos extranjeros, pero puede resultar de aprender de ellos y usar el derecho internacional, europeo y comparativo como herramientas en la adjudicación legal nacional] (Laffranque, 2008)

Otro término que se suele usar en temas de jurisprudencia importada es el también anglosajón “*cross-fertilization*” que traducido al español es fertilización cruzada, Miguel Arenas Meza al referirse al que se ha dado entre el TEDH y la CIDH lo define como un “fenómeno en virtud del cual los tribunales internacionales se inspiran y tienen en cuenta las experiencias de otros tribunales, incluso haciendo mención a los precedentes de dichos tribunales en sus sentencias; estableciendo, de este modo, un diálogo judicial entre ellos” (Arenas Meza, 2018).

La Doctora María Díaz Crego en su artículo El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre libertad religiosa en 2015, definió el impacto de las sentencias de un tribunal en el sentido de que “la aplicación más conforme” es la genera el impacto, de modo que “El impacto es un concepto jurídico indeterminado, y no resulta fácil delimitar con precisión qué es *ejecución* y qué es *impacto*. Puede haber impacto sin que haya sentencia (y, por tanto, sin ejecución)” (Díaz Crego, 2015)

### 3. Método

La siguiente investigación es socio-jurídica definida por Javier Díaz Díaz de la siguiente forma “la investigación socio-jurídica al integrar al integrar “Derecho” y “Realidad social” busca estudiar dicha realidad para mejorarla a través del orden jurídico, o para corroborar si el orden



jurídico es apto para la realidad en la cual se origina” (Díaz Díaz, 2008) en el sentido de que en la presente se realiza el estudio del impacto que ha tenido en la realidad social un fenómeno jurídico como lo son las sentencias y la jurisprudencia, esta investigación sale del mundo jurídico para enfrentarse con la realidad social colombiana.

La investigación es de clase cualitativa ya que como la define Rojas de Escalona “La investigación cualitativa es fundamentalmente interpretativa; su foco de interés está en la descripción, análisis e interpretación que conducen a la comprensión de la realidad en estudio.” (Rojas de Escalona, 2010), esta investigación está dirigida a la comprensión del impacto que la incorporación de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo tiene en la realidad social colombiana.

Es de tipo inductiva, que “consiste en estudiar u observar hechos o experiencias particulares con el fin de llegar a conclusiones que puedan inducir, o permitir derivar de ello los fundamentos de una teoría” (Bernal Torres, 2006), ya que parte de la incorporación de conceptos e interpretaciones del TEDH en las sentencias sobre cuestiones particulares que se estudian en las sentencias, se estudian las instituciones jurídicas y de eso se parte para determinar el impacto que esta incorporación ha tenido en la realidad social.

Además, esta investigación tiene un enfoque exploratorio, ya que este tipo de enfoque se usa para examinar un tema que poco se ha estudiado, como es esta situación de dialogo horizontal entre tribunales, también tiene un enfoque descriptivo al buscar caracterizar y especificar las propiedades de las instituciones jurídicas o interpretaciones que se incorporan desde el TEDH a la jurisprudencia colombiana y al analizar el tercer objetivo específico se hace evidente que tiene un

enfoque explicativo ya que responde a lo que sucede en la realidad colombiana respecto a la jurisprudencia incorporada.

#### Fuentes de información

En la realización de la propuesta y posterior desarrollo de la investigación se usan las siguientes fuentes:

- a). Fuentes primarias
  - Sentencias
  - Convenios Internacionales
  - Resoluciones y pronunciamientos de organismos internacionales.
  - Leyes
  - Archivos judiciales
  - Archivos administrativos
  
- b). Fuentes secundarias
  - Doctrina.
  - Datos publicados por organismos públicos.
  - Investigaciones publicadas en revistas.
  - Conferencias.

#### Procedimientos

Se llevarán a cabo los siguientes pasos

1. Selección y delimitación de la información, esto bajo el criterio de que las sentencias tenidas en cuenta deberán citar o hacer referencia directa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.Sistematización de la información: por medio de fichas bibliográficas y tablas de recolección de Excel.

3.Análisis y entrega de resultados, organizados en la investigación de la siguiente forma:

- Capítulo I: Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.
- Capítulo II: Judicial borrowing del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Colombia
- Capítulo III: Efectos e impacto socio jurídico de la incorporación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Conclusiones.

#### **4. Capítulo I: Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo De Derechos Humanos En Las Sentencias De La Corte Constitucional Colombiana.**

La influencia que ha podido tener el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia en los escenarios y las líneas jurisprudenciales que han sido desarrolladas en uso de la jurisprudencia europea. Es entonces necesario identificar lo que una línea y un escenario jurisprudencial le significan al Derecho.

Una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto a posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia haya dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisonal (López Medina, El Derecho de los Jueces , 2004)

Este autor refiere a que con base en las líneas jurisprudenciales se crea un “balance constitucional” es decir, una doctrina jurisprudencial vigente que sirve como regla y estándar de conducta a los operadores judiciales. Así mismo para Diego López Medina (2004) los problemas jurídicos son preguntas que encabezan las distintas líneas jurisprudenciales y que, para resolverlos, los investigadores deben identificar e interpretar las dinámicas de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto (las líneas jurisprudenciales) (pág. 137).

En la teoría conceptualista se cree que los problemas constitucionales se sitúan al nivel de los derechos abstractos o de los conceptos jurídicos abstractos, un ejemplo de esto es cuando se hace la pregunta por el significado y desarrollo jurisprudencial de una entidad conceptual abstracta como el “ derecho a la libertad de conciencia”, sin embargo, la realidad es que la jurisprudencia

no hace interpretación de un artículo constitucional ya que estos son excesivamente generales como para que se desarrolle una línea jurisprudencial y esta sea clara.

En una revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana es posible observar distintas líneas jurisprudenciales que desarrollan un mismo derecho constitucional, pero se diferencian de sus patrones fácticos y son precisamente estos patrones facticos los que López Medina conoce como “escenarios constitucionales”.

Un “escenario constitucional” es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto. Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de “escenarios constitucionales” en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido. (López Medina, *El Derecho de los Jueces*, 2004)

Bajo esta lógica debe entenderse que existen líneas jurisprudenciales sobre escenarios constitucionales y que estos a su vez representan partes de un principio jurídico abstracto que a nivel constitucional se presenta como un derecho, por ejemplo, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (derecho constitucional) se presenta el escenario de los individuos que luchan para que su orientación sexual sea respetada y como desarrollo de ese escenario existe un línea jurisprudencial conformada por pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia.

Las altas Cortes Nacionales y los Tribunales Internacionales han desarrollado por medio de sus sentencias líneas jurisprudenciales sobre los distintos escenarios que se presentan en el ejercicio de los derechos por parte de las personas. En esta ocasión se utilizarán las sentencias del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos para identificar la influencia que ha tenido en las líneas jurisprudenciales que ha desarrollado la Corte Constitucional Colombiana.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos (de ahora en más TEDH), también conocido como Corte de Estrasburgo es creado por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y desde 1998 cumple funciones como organismo de protección del Convenio. El TEDH es competente para conocer sobre las demandas individuales o estatales sobre violaciones a los derechos que se encuentran enunciados en el Convenio Europeo, pero, además, cuenta con funciones consultivas.

Las sentencias del TEDH son de obligatorio cumplimiento para los Estados concernidos (artículo 53 del CEDDHH), pero, además, las sentencias de este tribunal regional han tenido influencia e impacto en distintos tribunales en el mundo, sobre todo en su homóloga americana, la Corte IDH, con la cual ha llevado a cabo procesos de *cross fertilization* que ha sido definido como un “fenómeno en virtud del cual los tribunales internacionales se inspiran y tienen en cuenta las experiencias de otros tribunales, incluso haciendo mención a los precedentes de dichos tribunales en sus sentencias; estableciendo, de este modo, un diálogo judicial entre ellos” (Arenas Meza, 2018). Este dialogo es horizontal ya que se da entre tribunales del mismo nivel.

Se le puede llamar dialogo judicial entre los tribunales porque ambos se citan y hay una marcada influencia de las teorías del uno sobre las sentencias del otro. Cuando esta influencia no es reciproca sino unidireccional, se le conoce como influencia jurisprudencial, tal como sucede con el TEDH sobre la jurisprudencia constitucional colombiana.

Es importante señalar que doctrinalmente, como lo explica Ortiz Torricos, 2014, en los espacios de influencia jurisprudencial a la que anteriormente se hace mención la influencia se ejerce de forma directa, es decir, la Corte colombiana directamente hace referencia de la jurisprudencia del Tribunal europeo en busca de fundamentos y estos son incluidos en la ratio decidendi de las sentencias.

Así mismo refiere que la influencia puede observarse se forma indirecta, este fenómeno sucede cuando en razón a un dialogo judicial horizontal los tribunales regionales reciben una nueva teoría, concepto o precisión del alcance de un derecho y a su vez esta nueva teoría se aplica a un tribunal nacional. Una ejemplificación sería: El TEDH desarrolla una nueva teoría sobre el alcance del derecho a la libertad religiosa y la Corte IDH la adopta en su jurisprudencia, más adelante, la Corte Constitucional colombiana cita la jurisprudencia de la Corte IDH en esta teoría que ha sido adaptada para precisar el alcance de este derecho, así se ve el flujo de la influencia indirecta.

Es un hecho que actualmente en el derecho entre las Cortes se viven procesos de fertilización cruzada y cada vez es más común ver que los tribunales se citen unos a otros o que importen teorías provenientes de otros países. De hecho, desde la presidencia del Corte Suprema de Noruega se ha manifestado que para las cortes nacionales consiste en un deber el introducir nuevas ideas legales del mundo extranjero en las decisiones judiciales nacionales, ya que estas interacciones mejoran la calidad de las decisiones nacionales cuando se tienen en cuenta los enfoques culturales, históricos y políticos.

En el mismo sentido la jueza de la Corte Suprema de Justicia canadiense Claire L'Heureux-Dubé manifestó que *“more and more courts, particularly within the common law world, are*

*looking to the judgments of other jurisdictions, particularly when making decisions on human rights issues.*” (Knight v. Florida, 1999).

Como es de suponerse, sobre los procesos de fertilización cruzada entre tribunales y el derecho comparado existen tantas posturas a favor, muestra de ello las anteriormente mencionadas y otras que están lejos de defenderlo. Somma insiste en que existe una comparación que una y otra que divide. Como ejemplo de la unificadora, hace alusión a lo que sucede con la jurisprudencia en la Unión Europea en cuanto a derecho privado cuando los jueces hacen referencia de las decisiones (que no tienen un carácter vinculante) que han proferido jueces nacionales de otros países de la UE y manifiesta que de un lado esto promueve la unificación del derecho europeo, pero por el otro “el uso del derecho foráneo operaría como instrumento de rechazo de “la evolución de un derecho nacional en sentido unificador, para promover la distinción de otros derechos y justificar así la persistencia de su alteridad”” (Moreno Cruz, 2017)

De modo que en los procesos de cross fertilization se debe tener cuidado, asegurándose de que el importe de jurisprudencia, teorías y conceptos construya una red jurídica diversa por lo que cada contexto nacional o regional tenga para ofrecer y no, por el contrario, ponga una traba en la producción y frene el avance jurídico de cada país.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la inclusión e influencia directa de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, se pueden observar desarrollos en los siguientes escenarios constitucionales:



**Tabla 1.** *Principios y Escenarios Constitucionales*

Principio Constitucional <sup>2</sup>	Escenarios Constitucionales
Debido proceso	Non bis in idem
	Detención del menor de edad

**Fuente:** Análisis del autor.

La Corte Constitucional colombiana ha invocado los pronunciamientos del TEDH en otras circunstancias, para en los escenarios arriba descritos, el pronunciamiento extranjero ha servido de sustento (*ratio decidendi*) en la decisión del tribunal constitucional.

#### 4.1. Debido Proceso

La doctrina define el debido proceso como un derecho que busca confirmar la legalidad y debida aplicación de las leyes en un marco de respeto por la dignidad humana al interior de un proceso legal.

En Colombia el debido proceso es un derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la constitución. De él hacen parte el *non bis in ídem*, la presunción de inocencia, la doble instancia judicial, el derecho a ser juzgado por autoridad competente, entre muchos otros subprincipios. La Corte Constitucional lo ha definido como

El derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la

---

<sup>2</sup> Entendidos los principios con las definiciones que ofrecen autores como Dworkin y Robert Alexy.

aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (C-341/14, 2014)

La Convención Europea de Derechos Humanos contempla en el artículo sexto en derecho a un proceso equitativo, en el que incluye el derecho a la presunción de inocencia, a conocer sobre el proceso y la acusación que se formula en su contra, una defensa efectiva, tiene derecho a que su causa sea pública y escuchada equitativamente dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial.

#### ***4.1.1. Escenario Non bis in idem***

El artículo 4 del protocolo N° 7 de la Convención Europea impide que una persona sea procesada o castigada dos veces por la misma conducta tipificada como delito, en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo este principio está integrado por la prohibición de la duplicidad de sanciones incluso cuando provienen de distintos regímenes de responsabilidad. Pero no se prohíbe que los sistemas jurídicos adopten enfoques integrados de la infracción, que implique etapas paralelas de respuesta jurídica.

Sin embargo, la dualidad per sé no compromete ningún derecho fundamental, lo que lo viola es el perseguir o juzgar a una persona por una segunda infracción en la medida en que esta tenga su origen en hechos idénticos o que son esencialmente iguales, como en el caso *Zolotoukhine vs. Rusia* en 2007 cuando el Tribunal aclara que se viola el artículo del protocolo cuando se abren nuevas diligencias y la sentencia del primer proceso ya se encuentra en firme, ya que la garantía es contra un nuevo enjuiciamiento y no la prohibición de una segunda condena o una segunda absolución.

En el caso *A and B vs. Noruega* en 2016, el TEDH refiere que el artículo 4 del protocolo 7 no excluye la posibilidad de que juzguen ilícitos en diversos niveles por distintas autoridades y con distintas finalidades siempre y cuando esto no suponga duplicidad y para esto se deben cumplir con requisitos de conexión temporal y material, si alguno de estos requisitos falta se entiende superado la prueba de la duplicidad y no hay violación al *non bis in ídem*, los diversos procedimientos deben, entonces, estar combinados de forma integrada, formando un todo coherente.

En esta misma decisión el TEDH insiste en que para que no sea considerada la duplicidad, los procedimientos deberán suplir requisitos de conexión temporal y material, y que la falta de un de estos implica una violación al *Non bis in ídem*, sin embargo aclara que en lo que concierne a la conexión temporal, no es necesario que los procedimientos sean llevados a cabo al mismo tiempo para que sean compatibles, pero la proximidad temporal de los mismos sí protege la certeza en el juzgamiento del individuo.

En lo concerniente a la conexidad material, como lo sintetiza Gómez Tomillo (2020), se deben considerar: si los procedimientos persiguen fines complementarios, si estos son una consecuencia previsible en la ley y en la práctica, si en el desarrollo de los procedimientos hay diferencia en la práctica de pruebas, de modo que no se usen las mismas y que en la segunda sanción se tenga en cuenta la que se impuso primeramente.

Este desarrollo de interpretación del principio del *Non bis in ídem* se puede observar en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, en el caso *Maszni v. Rumania* en el que se le suspendió la licencia de conducir a un hombre, por haber sido encontrado manejando con una licencia

falsificada, además, se le condenó a prisión un año y cuatro meses, él consideraba que el que se hubiesen dado dos tipos de sanciones a un mismo hecho punible era una violación a la no duplicidad. Sin embargo el TEDH consideró que ambas sanciones hacían parte integral de una sola pena impuesta al sujeto, por lo cual determinó que no había violación al artículo cuarto del protocolo No. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el mismo sentido en el caso *Kurdov and Ivanov v. Bulgaria* sobre unos señores que se encontraban empleados en la *Bulgarian national railway company* y mientras se encontraban laborando un vagón se incendió, por procedimientos administrativos el primer aplicante fue sancionado con el pago de 150 levs búlgaros, además se iniciaron investigaciones de índole penal por haber prendido fuego a elementos de la compañía deliberadamente. La Corte de Estrasburgo estimó que no hubo violación del debido proceso y del *Non bis in idem* ya que

El procedimiento administrativo que culminó en una multa de 150 levs búlgaros contra el primer demandante no cumplía los criterios para ser clasificado como un cargo criminal. En consecuencia, la apertura de un proceso penal contra el mismo demandante después de que la imposición de dicha multa no hubiera infringido el principio de *non bis in idem* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2020)

Es importante para la CEDH la definición de *idem* para la aplicación del principio. En el caso *Gradinger v. Austria* que refiere a sanciones penales y administrativas por la muerte de un ciclista a manos del aplicante cuando se encontraba bajo los efectos del alcohol, se le sancionó administrativamente por conducir embriagado y ese mismo estado de embriaguez fue considerado un agravante en el proceso penal por la muerte del ciclista. El actor alega que, entre otras cosas,

hubo una violación al artículo 4 del protocolo No. 7 de la Convención por cuanto la naturaleza y el propósito de la sanción en ambos procedimientos, fue la misma.

La Corte era plenamente consciente de que las disposiciones en cuestión diferían no solo en lo que respecta a la designación de los delitos, pero también, lo que es más importante, en naturaleza y finalidad. Observó además que el delito previsto en el artículo 5 de la ley de tráfico representaba solo un aspecto del delito sancionado en virtud del artículo 81 del Código Penal. Sin embargo, ambas decisiones impugnadas se basaron en la misma conducta. En consecuencia, la Corte sostuvo que se había producido una violación del artículo 4 del Protocolo No. 7. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2020)

El non bis in ídem en Colombia ha tenido una construcción completa a los largo de los años que comprende varias sentencias de la Corte Constitucional, en la que se conserva la misma línea y sentencia a sentencia se va ampliando en complejidad y precisando el alcance de esta protección.

La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-434/13 que trata sobre el deber de información sobre ocurrencia de actos de corrupción tipificados como delitos por el ordenamiento penal, reconoce que en la jurisprudencia del TEDH el concepto del non bis in ídem se ha entendido integrado por la prohibición de la duplicidad de las sanciones aun cuando provienen de regímenes de responsabilidad distintos, además refiere la Corte que la interpretación constitucional de la no duplicidad de la consecuencia por el mismo hecho que ha estado presente en el país y es ese el contexto de los lineamientos que la Corte de Estrasburgo ha proporcionado en el que se fundamenta la decisión del caso.

Asimismo se entiende la no duplicidad y el principio de proporcionalidad en la sentencia C-233 de 2002 en la que se concluyó

Que imponer sanciones como consecuencia de la responsabilidad fiscal independientemente que éstas, por el mismo hecho, ya estuvieran previstas como consecuencia de regímenes penal, disciplinario o fiscal, implicaba un desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción, razón por la cual dichas sanciones fueron declaradas inexecutable en el régimen de responsabilidad de acción de repetición. (C-434/13, 2013)

En la sentencia C-434/13 considera que

El principio de proporcionalidad, en cuanto no duplicidad de la consecuencia por el mismo hecho, ha estado presente en la legislación disciplinaria, está presente en la legislación penal, es un elemento integrante del non bis in ídem para el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y ha sido utilizado por la Corte Constitucional –sentencia C-233 de 2002- en el análisis de exequibilidad de leyes que imponían sanciones. (C-434/13, 2013)

Y continúa

Con base en las anteriores consideraciones se declarará executable la disposición acusada, en el entendido que, cuando los mismos hechos hayan motivado una sanción de naturaleza disciplinaria, que también implique inhabilidad para contratar con el Estado, sólo podrá aplicarse la sanción más gravosa, es decir, la que imponga un término de inhabilidad más largo. (C-434/13, 2013)

Se muestra entonces con claridad que los presupuestos que el TEDH ha desarrollado para evaluar la violación o garantía del Non bis in ídem han resultado para la Corte Constitucional en una guía en el análisis de la exequibilidad de las leyes que imponen sanciones. No es de extrañar, teniendo en cuenta que la Corte de Estrasburgo ha desarrollado una línea jurisprudencial extensa y completa respecto del Non bis in ídem, que además se ha mantenido en el tiempo lo que da certeza en el juzgamiento y le permite al accionante tener cierta claridad sobre su aplicación. La Corte Constitucional ha intentado entonces entender y reforzar el planteamiento desde las sentencias del TEDH en el derecho interno, de modo que esa certeza cobije las leyes colombianas.

#### ***4.1.2. Escenario Detención del Menor de Edad***

El artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos en su literal d incluye la detención de menores de edad como una excepción a la prohibición de la privación de la libertad siempre y cuando se respete el procedimiento establecido por la ley y sea “con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente” (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950)

La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-203/05 refiere expresamente a que si bien los instrumentos regionales como la Convención Europea de derechos Humanos y la Carta Africana sobre Derechos y Bienestar del Niño no son de obligatoria observación para Colombia estos

Proporcionan indicaciones adicionales sobre la existencia de un consenso internacional sobre el tema de las características específicas y diferentes de la responsabilidad penal de



los menores de edad, así como el pleno respeto de los derechos y garantías que han de hacerse efectivos durante todo proceso orientado a determinar tal responsabilidad. (C-203/05, 2005)

Por lo que estima de gran valor los pronunciamientos que la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido sobre el procesamiento jurídico-penal de los menores de edad, de modo que se precise el alcance de las garantías que deben permear las actuaciones que las autoridades colombianas desplieguen.

En este sentido, se realiza el análisis de lo que la Corte de Estrasburgo ha preceptuado sobre el particular, primeramente en el caso *Bouamar vs. Bélgica* en el que un ciudadano marroquí que siendo menor de edad fue sometido por las autoridades en Bélgica a medidas privativas de la libertad en razón a comportamientos antisociales y manifestaba que dichas lesivas habían sido lesivas de su derecho convencional. La Corte de Estrasburgo, determinó que en efecto se habían lesionado los derechos contemplados en el artículo 5-1-d de la Convención, pero dejando en claro que la detención a menores de edad en razón a su comportamiento antisocial no es en sí mismo violatorio de dicho derecho siempre y cuando se respeten las garantías mínimas.

Así mismo, en los casos de *V. vs. Reino Unido* y *T. vs. Reino Unido*, que fue el caso de unos niños de 10 años que asesinaron violentamente a un niño de 2 años, por lo cual fueron detenidos y juzgados bajo las regañas de un proceso penal contra adultos. Los accionantes alegaron incluso la violación del artículo 3 de la Convención al considerar que habían sido sometidos a tratos degradantes teniendo en cuenta la edad de ellos y las características del proceso al que fueron sometidos, así como la exposición que tuvieron ante los medios de comunicación, al respecto, la

Corte consideró que no hubo violación a este artículo por el sometimiento de los niños a un procedimiento penal ya que los acuerdos internacionales no establecen una edad mínima de responsabilidad penal, solo se condiciona que esta no debe ser muy baja y se consideró que los 10 años no lo era, así mismo, manifestó que la exposición de los niños a los medios de comunicación no tuvo un impacto psicológico en ellos más allá de lo que el propio proceso implicaba, al punto de que se considerara este como un trato inhumano o degradante.

Los accionantes en el mismo sentido argumentaron una violación al debido proceso y consecuentemente al artículo 6-1 de la Convención, ya que por la naturaleza del proceso y el estado de choque en el que se encontraban los menores, estos no pudieron participar activamente en el proceso de modo que se ejerciera una defensa efectiva. En este cargo la Corte consideró que sí hubo una violación a este derecho, así como también que

- (i) el niño a quien se le imputa la comisión de un delito sea tratado de forma tal que se tomen plenamente en consideración su edad y sus capacidades intelectuales y emocionales,
- y (ii) se adopten medidas para promover su habilidad para comprender el proceso y participar en él. (C-203/05, 2005)

En el análisis de este escenario y es importante no dejar a un lado la estimación que hace la Corte colombiana sobre la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, cuando hace el estudio de la línea jurisprudencial que el TEDH ha desarrollado sobre la detención de los menores:

Los pronunciamientos del tribunal europeo son relevantes para el caso bajo revisión, por cuanto (i) en tanto medio auxiliar de derecho internacional, las decisiones judiciales

adoptadas por tribunales nacionales e internacionales contribuyen a interpretar y precisar el alcance de las normas convencionales y consuetudinarias de derechos humanos; y (ii) las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos respecto de las cuales la Corte efectúa sus pronunciamientos, son similares –y en algunos casos idénticas- a las disposiciones de derechos humanos contenidas en tratados e instrumentos internacionales que sí resultan vinculantes para Colombia, por lo cual las interpretaciones del Tribunal Europeo constituyen un criterio guía útil para efectos de discernir el contenido y alcance de los compromisos internacionales de Colombia en la materia. (C-203/05, 2005)

De modo que se hace evidente que para la declaratoria de exequibilidad de la norma disputada en la sentencia y la formación de la postura de la Corte Constitucional frente al proceso penal para los menores de edad, las posturas que la Corte de Estrasburgo ha desarrollado al respecto tuvieron un impacto importante.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes tiene un papel importante en el activismo y desarrollo de garantías en el plano internacional, instrumentos como la CADH, la Declaración Universal de los Derechos de los Niños y las Reglas de Beijing son ejemplos de la protección que ronda a sus derechos, es por esto por lo que los desarrollos que se hacen de forma internacional al respecto son de suma importancia y deben ser tenidos en cuenta en el derecho interno.

Esta sentencia tiene la particularidad de que estudia el proceso penal a menores, pero no lo hace en términos de justicia ordinaria o de delitos producto de lo que se conoce como la delincuencia común sino que su estudio se realiza en el contexto de los delitos cometidos por menores de edad integrantes de las filas de los grupos al margen de la ley en medio del conflicto

armado colombiano, sin embargo, como se verá más adelante, aún en ese contexto, la Corte basa su estudio comparado en Europa en casos de justicia penal juvenil ordinaria.

De modo que el non bis in ídem y las garantías del proceso penal a los menores de edad en el marco del conflicto colombiano en el escenario del debido proceso, son las líneas jurisprudenciales en que se realiza el estudio del impacto y la influencia del TEDH en la jurisprudencia constitucional colombiana.

## **5. Capítulo II: Judicial borrowing del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Colombia**

### **5.1. Non bis in Ídem**

La prohibición de que alguien sea juzgado o castigado dos veces por un mismo hecho fue incluido a la Convención Europea de Derechos Humanos por medio del Artículo Cuarto del Séptimo Protocolo, esta garantía no puede ser derogada o suspendida en tiempos de guerra o alguna otra emergencia pública según la misma Convención.

ARTÍCULO 4: Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces<sup>3</sup>

1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

---

<sup>3</sup> Los idiomas oficiales del Convenio Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés por lo que esta es una traducción no oficial del artículo 4 del Protocolo No. 7.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio. (Consejo de Europa, 1988)

Inicialmente se entendía que las palabras “*under the jurisdiction of the same State*” que en su traducción al español es “bajo la jurisdicción del mismo Estado” contenido en el primer numeral del artículo, significaba un límite en la aplicación a un nivel nacional, es decir que en el plano internacional un sujeto podría ser juzgado por los mismos hechos si se tratase de jurisdicciones nacionales diferentes, esto fue declarado inadmisibile en el caso *Gestra c. Italia*.

De la lectura del artículo en cuestión se pueden entender tres componentes fundamentales del non bis in ídem europeo:

1. Si ambos procedimientos fueron de naturaleza "penal",
2. Si la ofensa fue la mismo en ambos procedimientos y
3. Si hubo duplicación de procedimientos.

(Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2020)

El primero contempla la prohibición de que se realicen dos procedimientos de naturaleza penal, el segundo de que ambos procedimientos sean realizados por los mismos hechos -el tribunal lo llama ofensa (*offence*)- y el tercero que no se de publicidad en los procedimientos y este se puede subdividir en otras tres condiciones: i) si hubo nuevos procedimientos, ii) en caso de que el

primero sea afirmativos, su el primer procedimiento se concluyó mediante una decisión definitiva y iii) si la excepción del segundo párrafo es aplicable.

## **5.2. En el CEDH**

### **5.2.1. Que ambos procedimientos sean de naturaleza penal**

La primera parte del artículo convencional se refiere únicamente a que no sean llevados a cabo dos procedimientos penales, por los mismos hechos a una misma persona y por su escritura, no previene que la misma persona sea sujeto (por los mismos hechos) de procesos administrativos o disciplinarios al tiempo que se desarrolla alguno penal. Sin embargo, la Corte ha establecido que la caracterización nacional de los procedimientos en los países una excusa para que se lleven a cabo procedimientos que en su esencia son de naturaleza penal, porque en este caso se asistiría a la violación del non bis in ídem. Por esto, la Corte de Estrasburgo ha establecido tres criterios para definir lo que es un cargo penal, estos criterios son conocidos como los “Criterios de Engel” por el caso *Engels y otros c. Países Bajos*.

El primer criterio es la clasificación legal del delito en la legislación nacional, el segundo es la naturaleza misma del delito y el tercero es el grado de severidad de la pena que corre el riesgo de incurrir la persona en cuestión. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2020)<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Traducción del autor. Texto original: The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2020)

Para la muestra, en el caso *Kremzow c. Austria* un juez pensionado fue vinculado a un proceso penal y encontrado culpable por los delitos de homicidio y posesión ilegal de un arma de fuego, corolario, se le vinculó a un proceso disciplinario en el que se le separó de todos los beneficios que poseía por haber fungido como juez, incluyendo su pensión. Sin embargo, la Corte determinó que el juez disciplinario no tomó su decisión basado en los hechos punibles que el investigado cometió (homicidio y posesión ilegal de un arma de fuego) sino por existir una sentencia penal condenatoria en su contra, de modo que el procedimiento disciplinario que se llevó en su contra no puede ser considerado un procedimiento penal y por esto no hubo violación del artículo 4 del protocolo No. 7 de la Convención Europea.

Sobre las penalidades y los procedimientos administrativos en el caso *Ruotsalainen c. Finlandia* el demandante fue detenido por la policía para un control vial y en este se encontró que su vehículo estaba funcionando con un combustible que estaba gravado con impuestos menores al que debería estar utilizando, se le condenó por el delito de fraude fiscal menor. En el procedimiento administrativo se le obligó a pagar la diferencia del impuesto y como se descubrió que él mismo había llenado el tanque de combustible del vehículo por lo que obró con la intención, el monto a pagar fue triplicado. Las acciones del sujeto se clasifican como delitos en la legislación penal finlandesa, no en la legislación administrativa, de modo que triplicar el valor de la diferencia del impuesto fue considerado por el TEDH como una sanción dentro del ámbito penal, por lo que se demostró que la naturaleza de la sanción era la misma a pesar de estar clasificadas de forma distinta y bajo esta lógica, se configuró una violación al artículo 4 del protocolo No. 7 de la Convención Europea.

Otro caso en el que se realizó un análisis de la naturaleza de la sanción fue el de Mihalache c. Rumania en el que se determinó que la multa administrativa por negarse a dar una muestra de sangre para una prueba de alcoholemia en un conductor es de naturaleza penal. En este caso La Corte reiteró que la caracterización legal del procedimiento en el derecho interno no puede ser el único criterio de relevancia para realizar el estudio de aplicabilidad del non bis in ídem, para realizar este estudio deben tenerse en cuenta los “*Engel Criteria*”. Para el caso en concreto, en la legislación interna la conducta desplegada por el actor es considerada como “delictiva”, empero, los hechos fueron considerados como insignificantes al sopesarlos con la interferencia que estos tuvieron en los valores que el derecho penal salvaguarda, sin que esto signifique que pierden su clasificación criminal. Aun así se inició una investigación administrativa por los mismos hechos, por lo que la Corte en un análisis de la naturaleza del procedimiento administrativo y el grado de severidad de la penalidad impuesta determinó que dada la consideración delictiva de los hechos, ambos procedimientos tienen una naturaleza criminal.

En diversos casos el TEDH ha considerado las sanciones administrativas como materialmente penales al realizar un estudio de la naturaleza de estas, las primeras posturas al respecto se dieron en sentencias como la de Franz Fisher c. Austria en la que se consideró que sería incompatible con el artículo 4 del Protocolo No. 7 sancionar dos veces a una persona por los mismos hechos por delitos diferentes únicamente por ser diferentes en cuanto a su denominación legal de modo que debía estudiarse si los delitos se complementaban o constituían el mismo, continua en la sentencia de Zolotoukhine c. Rusia en la que el Tribunal entiende que bajo el articulado en cuestión se prohíbe la persecución o juzgamiento de una persona por otra infracción



si esta se funda en los mismos hechos de una sanción anterior, Gómez Tornillo (2020) entiende que dicha interpretación en sentido estricto

Ceñido a la cuestión puramente fáctica, se cerraría el paso a todo doble enjuiciamiento por hechos idénticos, aun cuando cada una de las infracciones en juego se orientase a tutelar bienes jurídicos diversos.

Desde nuestra perspectiva, dicha intelección era absurda, singularmente en los casos en los que cada una de las infracciones tuviese un fundamento diverso (en especial cuando el órgano competente para su enjuiciamiento fuese distinto por ser las infracciones penal y administrativa), ya que se dejaba sin protección a alguno de los bienes jurídicos en juego. (Gómez Tornillo, 2020)

Según el mismo autor la posición definitiva de la Corte de Estrasburgo en este tema se dio en el caso A y B c. Noruega en 2016 cuando sostuvo que el artículo 4 del Protocolo número 7

No excluye la posibilidad de que alguno de los sistemas reprima ilícitos en diversos niveles, por diversas autoridades y con diversas finalidades<sup>34</sup>, siempre que los diversos procedimientos, realmente no supongan duplicidad, sino que se encuentren combinados de forma integrada, formando un todo coherente, de modo que sea artificial afirmar la existencia una duplicidad procedimental. (Gómez Tornillo, 2020)

### **5.2.2. Los procedimientos conciernen al “mismo delito” (ídem)**

Como principio general el non bis in ídem prohíbe que se inicien investigaciones o procesos que se refieran a una “misma ofensa” ya juzgada. Para realizar una caracterización de los

hechos de modo que se puedan entender estos como una misma ofensa o no la jurisprudencia del TEDH ha desarrollado varios enfoques que fueron sintetizados en la sentencia del caso *Sergey Zolotukhin c. Rusia*.

El primer enfoque se basa en “el mismo comportamiento” por parte del autor sin perjuicio de la calificación jurídica que se le atribuya, en el caso *Gradinger c. Austria* en el que al señor *Gradinger* se le condenó penalmente por homicidio por imprudencia y se le impuso a su vez una multa como resultado de un procedimiento administrativo por conducir bajo los efectos del alcohol, en dicha ocasión el Tribunal estimó que a pesar de que las sanciones eran distintas en su denominación legal, en su finalidad y naturaleza sí había una violación al artículo 4 del Protocolo No. 7 por cuanto las dos decisiones se basaban en el mismo comportamiento del señor *Gradinger*.

El segundo enfoque inicia teniendo como base el supuesto de que el comportamiento del procesado que ha dado lugar a los procedimientos es el mismo, pero con la diferencia de que de este comportamiento es constitutivo de varios delitos diferentes (dándose con concurso ideal de delitos), muestra de la aplicación de este enfoque se dio en el caso *Oliveira c. Suiza* en el que la procesada perdió el control de su vehículo desviándose en la carretera y colisionado con dos vehículos (uno tras el otro) y en el que el conductor del segundo vehículo había resultado herido, la procesada fue condenada por la falta de control sobre el vehículo y por lesiones corporales debidas a la negligencia. El Tribunal consideró que ambas condenas correspondían a un concurso ideal de delitos y no a la duplicidad de procedimientos por un mismo hecho, sin embargo, sí hizo hincapié en que lo ideal hubiese sido que los dos delitos hubiesen sido sancionados por un mismo tribunal en un único proceso.

El tercer enfoque trata sobre los “elementos esenciales” de los dos delitos, su génesis es la sentencia del caso *Franz Fisher c. Austria* en el que el Tribunal determinó violatorio del non bis in ídem el hecho de que se condene a un persona por los mismos hechos por dos delitos diferentes pero que son esencialmente distintos, ya que no puede ser únicamente la denominación legal el criterio para considerarlos delitos distintos, para esto debe hacerse un estudio de los “elementos esenciales” de los delitos, un ejemplo de esto fue el caso *Hauser-Sporn contra Austria* en el que el Tribunal determinó que el delito de omisión de socorro y el de no informar a la policía de un accidente se diferenciaban uno del otro por la intención criminal y que, por otro lado, se referían a actos y omisiones distintos; el elemento esencial del primero que se constituía delito era la amenaza o fuerza peligrosa como medio de resistencia a la autoridad, mientras que el del segundo se refería a un mero incumplimiento en materia de seguridad vial, a saber la negativa a detenerse a petición de la policía (*Sergey Zolotukhin c. Rusia*, 2009).

El Tribunal en el estudio de este punto, armoniza los tres enfoques que han sido explicados con anterioridad entendiendo que el artículo 4 del Protocolo No. 7 debe entenderse en el sentido en que prohíbe la investigación o enjuiciamiento de una persona por un segundo delito en la medida en que surgió de hechos idénticos o por lo menos sustancialmente idénticos a los que suscitaron el primer delito. Posteriormente a la sentencia en *Sergey Zolotukhin c. Rusia* los principios allí establecidos han sido aplicados en distintos casos.

### **5.2.3 Si hubo duplicidad en los procedimientos (bis)**

El aspecto de la duplicidad en los procedimientos es de especial atención ya que el desarrollo del bis es el aspecto que la Corte Constitucional colombiana importa en la sentencia C-434/13, sobre la duplicidad es posible dividirlo en dos posibles situaciones fácticas.

**5.2.3.1. Si hubo un nuevo grupo de procedimientos.** El artículo 4 del Protocolo No. 7 prohíbe que se repitan procesos penales que han sido concluidos por una sentencia o decisión en firme. En *Nikitin c. Rusia* la Corte reitera que el artículo en cuestión contiene tres diferentes garantías y establece que nadie podrá ser perseguido, juzgado, o castigado dos veces por los mismos hechos. Continuando con esa lógica, en la sentencia *Sergey Zolotukhin c. Rusia* la Corte de Estrasburgo entiende al non bis in ídem extendido al derecho a no ser investigado dos veces por los mismos hechos, aun cuando dicha investigación no tenga como resultado la apertura de un procedimiento o que no tenga como consecuencia una condena.

En el caso *Sergey Zolotukhin c. Rusia* también queda clara la prohibición de que se inicie un nuevo procedimiento cuando el primero ya ha concluido, sea que este haya tenido como resultado una condena o la absolución del procesado. Sin embargo, en otras sentencias del mismo Tribunal se ha aclarado que no se prohíben varios procedimientos concurrentes dado que no podría decirse que se esté siendo procesado varias veces por un delito por el cual ya ha sido absuelto o condenado. Cuando se dan procedimientos paralelos, el segundo procedimiento debe interrumpirse cuando haya decisión definitiva en el primer procedimiento so pena de que se considere duplicidad de procedimientos en violación del artículo 4 del Protocolo No. 7.

Desde las sentencias de *Sergey Zolotukhin c. Rusia* y *Tomasovic c. Croacia* el Tribunal había desarrollado ideas sobre el test de “conexión suficientemente estrecha en relación con la sustancia y el tiempo” y había tomado decisiones basándose en este. El test en cuestión implica que se muestre que los procedimientos están combinados y conectados de forma tal que formen un todo, lo que significa que los propósitos de la investigación y los medios utilizados en esta deben ser en esencia complementarios los unos de los otros y deben estar vinculados en el tiempo, además de que las consecuencias de que la investigación se lleve a cabo de tal manera deben ser proporcionadas y previsibles para las personas implicadas.

Pero en 2016 en *A y B c. Noruega* el Tribunal precisó sobre los factores materiales que deben tenerse en cuenta para determinar si hay una conexión suficientemente estrecha en relación con la sustancia, sentando 4 puntos al respecto:

Si los distintos procedimientos persiguen fines complementarios y, por tanto, abordan no solo de forma abstracta sino en lo concreto, diferentes aspectos de la mala conducta desplegada;

Si la duplicidad de los procedimientos es una consecuencia previsible en la ley y en la práctica por la conducta reprochada (el ídem);

Que los procedimientos se lleven a cabo de modo tal que se evite cualquier duplicación en la recopilación y evaluación de las pruebas, mediante una interacción complementaria entre las autoridades competentes para lograr que los hechos que se utilicen en un procedimiento se utilicen en el otro.

Sobre todo, que las sanciones impuestas en los procedimientos tengan en cuenta a la primer sanción que quedó impuesta en firme, para evitar que el sancionado se vea sometido a una carga excesiva. (A y B c. Noruega , 2016)<sup>5</sup>

En cuanto a la conexión en tiempo, la Corte ha sostenido que si bien los procedimientos no deben ser llevados a cabo de forma simultánea obligatoriamente, la conexión en tiempo debe ser suficientemente cercana para proteger al individuo de un estado de desconocimiento o incertidumbre sobre la apertura de procedimientos futuros sobre un caso ya concluido.

**5.2.3.2. Si hubo una decisión final.** La protección del non bis un ídem implica que haya una decisión final y que esta se encuentre en firme, sea que esta decisión final condene o sancione al procesado o que lo absuelva, así mismo, esta debe estar proferida por una autoridad competente. Para determinar si hay una decisión final es necesario que se haya llevado a cabo un procedimiento adecuado en el que el acusado haya tenido la posibilidad de controvertir las pruebas en su contra, precedido por una investigación y que dicha decisión final haya sido debidamente motivada por la autoridad competente.

---

<sup>5</sup> Traducción del autor. Texto original:

“- whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved;

- whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct (idem);

- whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set;

- and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden.” (A y B c. Noruega , 2016)

La existencia de esta decisión final le impide a los Estados que se repitan procedimientos criminales, dicha decisión debe estar en firme, es decir que contra ella no deben proceder más recursos, sea porque se han agotado, se ha prescindido de estos o a ley no los contempla, de modo tal que sobre la decisión y los hechos que la motivan opera el fenómeno de la cosa juzgada.

La reapertura de un caso por el surgimiento nuevos hechos o porque se determine que se cometió un error procedimental violatorio de garantías fundamentales de acuerdo con las leyes de la materia no constituyen una violación al non bis in ídem europeo.

### **5.3. Detención del Menor de Edad**

Los Tratados, Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos en general propenden por la garantía de las libertades fundamentales, siendo una de las principales el derecho a no ser privado de la libertad, suponiendo la privación de esta una excepción y no la regla general.

En la Convención Europea de Derechos Humanos el artículo 5 es el que consagra esta protección 8 9

#### **ARTÍCULO 5: Derecho a la libertad y a la seguridad 6**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

---

<sup>6</sup> Los idiomas oficiales del Convenio Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés por lo que esta es una traducción no oficial del artículo 5.

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.



3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u 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 a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación. (Consejo Europeo, 1950)

La proclama de la existencia del derecho a la libertad consagrado en el numeral primero del artículo en cuestión tiene como objetivo garantizar que nadie sea privado de la libertad arbitrariamente, no siendo lo mismo que la protección a la libertad de locomoción. En esta ocasión se hará referencia únicamente al numeral primero del artículo por estar en este contenido los conceptos y teorías utilizadas por parte de la Corte Constitucional en el escenario en cuestión.

Como lo ha hecho con otros derechos, la Corte ha desarrollado su propio criterio independiente de lo que la ley interna de los países pueda considerar respecto a la determinación de si alguien ha sido privado injustamente de la libertad o no. Partiendo de que se debe hacer un estudio de la situación concreta de cada individuo que invoque la protección de este artículo en

cuanto al tipo, la duración, la forma y los efectos de la medida privativa de la libertad. Asimismo ha precisado la Corte que el hecho de que la persona no sea puesta en prisión, una celda o sus similares no implica que no haya privación de la libertad.

Los Estados, además, tiene la obligación de tomar medidas de protección de este derecho en especial con la población vulnerable, se puede llegar a ver comprometida la responsabilidad del Estado, aun cuando la privación de la libertad por fuera de la ley sea perpetuada por particulares si este no actuó para evitarlo.

Este artículo no prohíbe la privación de la libertad, sino que la toma como una excepción y exige que esta no sea arbitraria o injustificada, reconociendo de este modo su valor en las sociedades democráticas, por lo que las únicas privaciones a la libertad permitidas deben llevarse a cabo en el contexto que las excepciones contenidas en los literales del numeral primero del artículo permiten, debiendo ser estas interpretadas de manera estricta de modo que no se permite que estas sean ampliadas en virtud de otras disposiciones. Aunado a esto, la Corte ha hecho énfasis en el deber de legalidad de la sanción (procesal y sustantiva) y en la importancia de que se ejerzan los controles judiciales necesarios a la detención, pero que se hagan con prontitud.

En *Winterwerp c. Países Bajos* la Corte dejó claro que si bien la detención debe realizarse en conformidad con lo que la ley doméstica ha determinado, la legalidad se determina también en consideración con lo preceptuado por la Convención, esto es conocido como “la calidad de la ley”, lo que le exige ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación.

Respecto de la arbitrariedad en la medida, la Corte ha determinado que esta puede presentarse cuando han existido elementos de mala fe por parte de las autoridades o cuando la

orden de detención no van de la mano con el propósito de las restricciones, es decir, debe a ver relación entre el motivo de la privación de la libertad y el lugar y condiciones de la detención.

Si bien existen diferentes circunstancias en las que la detención de la libertad es autorizada bajo la lectura del numeral primero del artículo 5 de la Convención Europea, en la sentencia C-203/05 la Corte Constitucional Colombiana refiere a lo que ha preceptuado la Corte de Estrasburgo en referencia a la autorización contenida en el numeral d: la de los menores.

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; (Consejo Europeo, 1950)

Es preciso entender la noción de menor que en Europa engloba a las personas menores de 18 años y que se ha determinado en extensa jurisprudencia del Tribunal entre los que destacan en los últimos años D.D. c. Lituania que la falta de capacidad legal de una persona no implica por sí misma su incapacidad para entender o aceptar ciertas situaciones.

El literal d contempla que los menores de edad pueden ser privados de su libertad con el propósito de que tengan supervisión educativa o para que concurren ante autoridad competente.

- Con fines de supervisar su educación: La privación de la libertad a un menor está permitida en la búsqueda su propio beneficio aun cuando no es sospechoso o responsable de haber cometido algún delito o de que se un niño o niña “en riesgo”. En este contexto la supervisión educativa no se limita a la enseñanza en un salón de clases, si bien la escolarización del menor es importante y no puede ser suspendida aun cuando el menor se encuentra detenido penalmente, en este caso se ve ampliada al ejercicio de la patria potestad y la protección de los intereses del menor.

La Corte ha determinado que la detención justificada en la “corrección del comportamiento” o para prevenir que un menor cometa actos delincuenciales en el futuro no es aceptable a la luz del artículo 5 de la Convención. No obstante esta medida sea tomada en pro de la protección de los intereses del menor, esta debe ser la última opción.

- Con el objetivo de que comparezca ante autoridad competente: Esta parte se incluyó en el artículo con el fin de permitir y proteger la detención de los menores antes de que se profiera una sentencia como producto de un procedimiento en su contra, así mismo, en *X. c. Suiza* se determinó que la detención de un menor acusado de un delito para que se realice un examen psiquiátrico está permitida bajo el entendido de este artículo.

Empero, la detención de un menor relacionada con los procesos penales, se encuentra protegida y permitida en los términos del literal c del mismo artículo que trata sobre las detenciones preventivas. Sobre este literal, la Corte ha dejado claro que únicamente con el objetivo de hacerlo comparecer ante autoridad competente en los procedimientos penales o para prevenir la comisión del delito, en el segundo caso se aclarando que procede únicamente para prevenir un delito en concreto y específico en lo que respecta al lugar, momento de comisión y la víctima, para que dicha detención esté justificada, las autoridades deberán demostrar que de no haber sido detenida la persona, con toda probabilidad, hubiese estado involucrada en el delito en cuestión.

Ahora bien, los procesos penales en contra de niños, niñas y adolescentes deben llevarse a cabo en una jurisdicción diferenciada según lo contenido en diversos tratados internacionales entre los que se encuentran las Reglas de Beijing adoptadas por la Asamblea General de las Naciones

Unidas en 1985 y que constituyen un instrumento para la protección de los menores privados de la libertad.

Los casos de V. y T. c. Reino Unido representan un emblema de los casos de procesos penales adelantados contra menores de edad, V y T fueron dos niños de 10 años procesados por el asesinato de otro menor de 2 años, el proceso que se llevó a cabo en contra de ellos tuvo las mismas características del que hubiese sido llevado a cabo en contra un adulto, de igual forma, la condena que les fue impuesta conservó la naturaleza de la impuesta a un adulto, por esto ellos aseguraron que se había constituido una

Violación de su derecho a no ser sometidos a penas o tratos inhumanos o degradantes, garantizado por el artículo 3 del Convenio. Denuncian, además, que se les ha privado de un proceso equitativo, en incumplimiento del artículo 6 del Convenio. Asimismo, los demandantes sostienen que la condena de privación de libertad durante el tiempo que plazca a Su Majestad que les ha sido impuesta supone una violación de su derecho a la libertad, garantizado por el artículo 5, y que el hecho de que sea un ministro del Gobierno, y no un juez, el encargado de establecer la duración del período punitivo, vulnera los derechos que les garantiza el artículo 6. Por último, amparándose en el artículo 5.4 del Convenio, los demandantes denuncian que, hasta la fecha, no se les ha permitido someter la legalidad del mantenimiento de su privación de libertad al control de un órgano judicial, como la Comisión de Libertad Condicional. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1999)

Sobre el artículo 3 del Convenio el Tribunal analizó si el procedimiento penal que se llevó a cabo en contra de V. y T. constituía un trato inhumano o degradante por tener estos 10 años de edad además de que el juicio se realizó de manera pública y se filtraron los nombres de los menores ante la prensa, concluyendo que

El proceso no estuvo motivado ni por la intención de las autoridades estatales de humillar a los demandantes, ni de causarles sufrimiento; de hecho, por consideración a la corta edad de éstos, se adoptaron medidas especiales para modificar el procedimiento ante el Tribunal de la Corona y atenuar así el rigor de un juicio previsto para personas adultas. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1999)

La Corte incluso precisó que si bien el procedimiento pudo resultar doloroso para los menores y pudo producir en ellos sentimientos de culpa, angustia o miedo, esto es perfectamente normal por las características del delito que cometieron, de hecho los menores mostraron en el examen psiquiátrico que se les practicó antes de iniciar el proceso signos de trastorno por estrés postraumático. Por esto el Tribunal determinó que no hubo violación al artículo 3 del Convenio.

Sobre el derecho a participar efectivamente en el proceso penal dirigido en contra del procesado contemplado en el artículo 6 del Convenio, el Tribunal determinó que era esencial que, en el momento de tratar a un menor de edad por un delito, se tenga en cuenta su edad, grado de madurez y su capacidad intelectual y emocional, de modo que se establezcan las medidas que favorezcan su aptitud para entender el proceso que se desarrolla en su contra y participar en él. En el proceso en cuestión, si bien los menores estuvieron representados abogados competentes y con experiencia y que estos estuviesen a su lado todo el proceso, la divulgación que el mismo tuvo en

la prensa, la presencia de los periodistas en las salas de juicio y los ritos propios del proceso en el Tribunal de Corona en el que fue llevado a cabo impidieron la comprensión efectiva del proceso para los niños, de modo que no gozaron de un proceso equitativo en violación del artículo 6.1 Convencional.

De modo que con este caso, la Corte precisó que el proceso penal que se adelante en contra de los menores debe realizarse con respeto a su intimidad y no puede regirse bajo los mismos parámetros que el proceso penal que se lleva a cabo en contra de un adulto, así mismo que deben darse las garantías de entendimiento y que el procedimiento no imponga una presión innecesaria a los menores, de modo que estos puedan participar efectivamente en el proceso, de lo contrario se estaría violando el derecho a un juicio equitativo o justo.

Es extenso el desarrollo jurisprudencial que la Corte de Estrasburgo ha realizado sobre las líneas que aquí se estudian, sin embargo en algunas ocasiones tiende a parecer repetitivo y que deja de alimentarse sentencia a sentencia sino que se estanca. De igual forma, se hace notoria la ausencia de un artículo específico que trate sobre el proceso penal a los menores de edad y es por esto por lo que para los casos en que son procesados y privados de la libertad, los defensores recurren al amparo justificados en diversos artículos convencionales.

**6. Capítulo III: Efectos e impacto socio jurídico de la incorporación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano: Non bis in ídem y garantías del proceso penal a menores**

**6.1. Non bis in ídem**

La sentencia de constitucionalidad C-434/13 el accionante demanda el parágrafo segundo del artículo 84 de la ley 1474 de 2011 “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*”, por considerar que el aparte acusado vulnera los artículos 29 y 277 numeral 5° de la Constitución, ente los motivos que expone en su demanda, se encuentra un posible desconocimiento del principio non bis in ídem y, en consecuencia, del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, argumentado en que al preverse en esta ley una sanción de naturaleza disciplinaria se desconoce la competencia que tiene la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los particulares.

Finalmente, la Corte desestimó los argumentos del accionante y declaró la constitucionalidad del artículo en cuestión. Sus argumentos para considerar que el artículo no abría la puerta a la violación del non bis in ídem fueron que en el ordenamiento jurídico colombiano, este principio tiene dos significados fundamentales:

- i) El primero hace referencia a su faceta subjetiva –esto es, como un derecho fundamental-, que se concreta en la imposibilidad de que, una vez emitida sentencia sobre un asunto, el sujeto activo del mismo pueda ser objeto de nuevo



juzgamiento por parte de las autoridades de un Estado. Se evita así un constante estado de zozobra cuando se prohíbe a las autoridades públicas retomar una casusa judicial, disciplinaria o administrativa para someter al sujeto activo a una nueva valoración y, por consiguiente, una nueva decisión. Desde esta perspectiva el principio non bis in ídem sería la concreción de principios como la seguridad jurídica y la justicia material.

ii) El otro significado resalta a la faceta objetiva del principio, consistente en la imposibilidad de que el legislador permita que un sujeto activo sea procesado y sancionado ante una misma jurisdicción en más de una ocasión por los mismos hechos. (C-434/13, 2013)

De modo que para resolver el problema jurídico planteado debe entenderse en armonía con la diversidad de regímenes de responsabilidad que nuestro ordenamiento constitucional permite, de modo que se entiendan los alcances del principio non bis in ídem. Desde jurisprudencia previa la Corte Constitucional ha dado forma al non bis in ídem colombiano, en la sentencia C-632 de 2011 concluyó

Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento, tal y como ocurre con los demás derechos, no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, su aplicación *‘no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades* (C-632/11, 2011)

Esto bajo la lógica de los lineamientos jurisprudenciales de las sentencias C-870/2002 y la C-478 de 2007 que establecieron que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento sin que esto implique un desconocimiento al principio en cuestión, siempre que

(i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa. (C-632/11, 2011)

De modo tal que, se asistirá al desconocimiento del principio non bis in ídem cuando concurren los tres elementos definitorios, es decir, la identidad de la persona, identidad de la causa, e identidad del objeto.

Para entender esto, es importante comprender la identidad de la causa y de la consecuencia, podrán existir consecuencias que coincidan siempre que la causa de las mismas sea diferente, siempre que estas consecuencias no sean innecesarias para proteger el bien jurídico protegido. En el caso de estudio de la sentencia, la existencia de dos regímenes sancionatorios derivados de la omisión del interventor en la información sobre actos de corrupción no vulnera el non bis in ídem, sin embargo, si se aplicara a una misma persona, dos sanciones de inhabilidad por un mismo hecho se violaría el non bis in ídem por una violación de la proporcionalidad que hace parte integral del principio en cuestión.

Además, reconoce la Corte que esta forma de entender el principio non bis in ídem no es inédita del tribunal constitucional colombiano, sino que, es importada al ordenamiento jurídico

partiendo del entender del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende la prohibición de duplicidad de sanciones incluso cuando provienen de regímenes de responsabilidad con distinta causa y en ese contexto la Corte produce la interpretación constitucional que plantea como fundamento de la decisión de este caso, concluyendo que la norma demandada no es violatoria de la Constitución Política y por ende, no transgrede el principio de non bis in ídem.

Se observa en un estudio de jurisprudencia posterior que dicho entender de la Corte sobre el principio de non bis in ídem influenciado por la Corte de Estrasburgo, ha irradiado las providencias de otros tribunales y jueces que hacen parte de la Rama Judicial colombiana, a saber:

La Corte Suprema de Justicia Sala Penal, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar el 23 de marzo de 2017 profirió la sentencia con radicado No. 45072, esta sobre la demanda de revisión presentada por el abogado de Hebert Buitrago López contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que confirmó la decisión en la que el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Cali lo condenó por los delitos de tráfico de estupefacientes, concierto para delinquir con fines de narcotráfico y lavado de activos. El defensor del condenado argumentó la violación al non bis in ídem que asiste a los colombianos, pues el señor Buitrago López respondió en los Estados Unidos por los mismos hechos que le condenaban en Colombia.

Al respecto la Corte de cierre de la jurisdicción ordinaria colombiana, al estudiar la posible violación al non bis in ídem, después de realizar un recorrido por la jurisprudencia existente sobre el non bis in ídem, entre la que se encontró la sentencia C-434/13, rescató los dos significados que posee el non bis in ídem en el ordenamiento jurídico colombiano, que ya han sido consignados en

este texto. Así mismo, estudió el componente del non bis in ídem sobre la duplicidad y la relación con la cosa juzgada, ya que en las palabras de la sentencia relacionada “se concreta en la imposibilidad de que, una vez emitida sentencia sobre un asunto, el sujeto activo del mismo pueda ser objeto de nuevo juzgamiento por parte de las autoridades de un Estado” (C-434/13, 2013).

En relación con la cosa juzgada aseguró que el non bis in ídem brinda seguridad y estabilidad a las decisiones judiciales, en la medida que impide un nuevo planteamiento del caso para obtener de este una nueva providencia. Aseguró también, que la Corte Suprema de Justicia había hecho lo propio en relación con el non bis in ídem, siguiendo la misma línea que la Corte Constitucional ha planteado al respecto sobre el non bis in ídem colombiano y de esto se podía concluir que

Tras esa descripción jurisprudencial de las garantías fundamentales de cosa juzgada y non bis in ídem, es posible concluir que cuando en un trámite procesal se afecten tales axiomas, se configura una causal de extinción de la acción penal, que imposibilita continuar con la actuación. (C-434/13, 2013).

De modo que, en una interpretación conjunta de la jurisprudencia citada relacionada con el caso que se debatía, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó que en el asunto se verificaron las condiciones para declarar un doble juzgamiento respecto de los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes, pues a la misma persona (el señor Buitrago López) se le impusieron penas en dos países distintos por una misma situación fáctica, lo cual es a la luz de la jurisprudencia constitucional y en general de lo que se ha demostrado en el precedente judicial, violatorio del non bis in ídem colombiano, que a su vez hace parte del derecho

fundamental al debido proceso, esto ya que se verificó que confluyeron la identidad de la persona, en el objeto y en la causa, respecto de la sentencia colombiana y la proferida en los Estados Unidos de América.

Manifestó de igual forma la Corte Suprema de Justicia que

Cuando el gobierno decide renunciar al juzgamiento de una persona reclamada en extradición, se activa el principio de non bis in ídem que trae como consecuencia la imposibilidad de iniciar, en Colombia, de forma posterior a la emisión de sentencia – condenatoria o absolutoria – en el extranjero, procesos sobre los mismos hechos y en contra de las mismas personas. (SP4235-2017, 2017)

Por lo tanto, ante la imposibilidad de absolver al sujeto, ni de anular lo actuado, la Corte decidió declarar extinguida la acción penal y como consecuencia dejó parcialmente sin valor la sentencia condenatoria impuesta al señor Buitrago López.

De igual forma, en la sentencia de radicación No. 1483-12 del Consejo de Estado en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, con ocasión de la solución de una nulidad y restablecimiento del derecho, por una sanción disciplinaria que implicaba la destitución e inhabilidad general de Franco Rodríguez Araujo, realizó el estudio sobre si frente a los mismos hechos objeto de investigación, son vinculantes las decisiones del proceso penal en el trámite disciplinario y para dar respuesta a este problema jurídico, el consejero recurrió a las consideraciones de la Corte Constitucional sobre el non bis in ídem realizadas en la sentencia C-434/13, afirmando que

El hecho de que se investigue, juzgue y sancione el mismo comportamiento, desde diferentes ámbitos de responsabilidad, no comporta vulneración al debido proceso en los casos en que (i) la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa. (Rad. No. 1483-12, 2017)

El demandante considera injusta la sanción que la Procuraduría General de la Nación le ha impuesto, teniendo en cuenta que la jurisdicción penal ya lo ha absuelto por los mismos hechos, al considerar que el hecho ilícito no existió. A lo cual, la Sala de lo Contencioso Administrativo responde que la acción disciplinaria es independiente y autónoma de la penal, y que si bien es cierto comparten una naturaleza punitiva, lo que hace que el derecho disciplinario se nutra del penal, también se debe tener en cuenta que no es imperativo que la decisión disciplinaria deba estar en consonancia con la decisión penal.

Afirma la sala que ya la jurisprudencia constitucional sobre el non bis in ídem ha marcado que

En uno y otro caso la situación fáctica es la misma, sin embargo, en cada una de estas acciones, los propósitos, las infracciones que se juzgan, los bienes jurídicos protegidos y las sanciones son diferentes, sin que de su coexistencia se pueda deducir infracción al principio del non bis in ídem, puesto que no son juicios idénticos. (Rad. No. 1483-12, 2017)

Por tanto, no existe una transgresión al principio non bis in ídem, ya que las decisiones del escenario penal no son vinculantes a la decisión disciplinaria, por lo que la primera no tiene la virtud de debilitar la decisión sancionatoria.

Bajo la misma lógica, el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia con ocasión al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, bajo el radicado No. 2015-00310-00 y con ponencia del Magistrado José Ascención Fernández Osorio, en la que teniendo en consideración la sentencia del Consejo de Estado con Rad. No. 1483-12 y la sentencia C-434/13 de la Corte Constitucional, decide que no se configura la violación del debido proceso, ni del non bis in ídem como integrante del mismo, en el caso de la actora, quien fue investigada disciplinaria y fiscalmente por la apropiación de recursos públicos.

La misma Corte Constitucional ha vuelto sobre lo preceptuado sobre el non bis in ídem en la sentencia C-434/13, un ejemplo de esto fue la sentencia C-191/16 con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo en la que se estudió la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 4, 6, 8, 11, 14, 15 y del artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, “*Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*”, por considerar que estos preveen como delitos fuente o delitos subyacentes del lavado de activos, el contrabando y el favorecimiento y facilitación del contrabando. La Corte vuelve sobre sí misma, al referirse a la doble proyección que tiene el non bis in ídem y los alcances del mismo, que fueron identificados en la sentencia C-434/13 y después de hacer un análisis de los artículos demandados, a la luz de la línea jurisprudencial constitucional sobre el non bis in ídem determinó que

Cada uno de esos delitos reprimen comportamientos suficientemente individualizados y, por lo tanto, su realización puede generar un posible concurso de delitos el que, al tratarse de descripciones típicas diferentes en cuanto a su acción y objeto sobre el cual recaen, no desconocen la prohibición de bis in ídem. (C-191/16, 2016)

Por lo que la Corte determinó que no se asistía a la violación del non bis in ídem colombiano. Sobre el concurso de delitos en relación con el non bis in ídem, también hay material jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, aunque no fueron llamados a participar en esta sentencia, tienen la misma base de formación del non bis in ídem que ha influenciado el principio colombiano. Téngase en cuenta el caso Gradinger c. Austria.

Del mismo modo en el año 2018 el Departamento Administrativo de la función pública destacó en su informe “El estado del Estado” sobre el Desarrollo normativo y avance jurisprudencial sobre la administración pública a la sentencia C-434/13 por considerarla un aporte al avance de la institucionalidad en el país y la gestión estatal, para el cumplimiento de las funciones que la estructura de la administración estatal.

Es de destacar que en la sentencia, la Corte hace también alusión al principio de legalidad en los procesos sancionatorios, actos de corrupción y el tema que convoca este estudio, el principio non bis in ídem. En el informe en cuestión, sobre el non bis in ídem desarrollado en la sentencia de constitucionalidad, se señala que

Observa la Sala que, aunque la finalidad es distinta en cada uno de estos regímenes de responsabilidad, la consecuencia jurídica es parcialmente coincidente: la inhabilidad para contratar con el Estado. La aplicación independiente de cada una de las sanciones



vulneraría el principio non bis in ídem, por cuanto por un mismo hecho una persona podría recibir doble sanción en la misma esfera de actuación. Piénsese en el caso de quien es inhabilitado por 5 años para contratar con el Estado por incumplir el contrato de interventor y, a la vez y por el mismo hecho, inhabilitado para contratar con el Estado de 1 a 20 años como consecuencia de un proceso disciplinario.

En este caso, el fin perseguido por el Estado con la imposición de la sanción –evitar que un sujeto participe en la actividad contractual del Estado- se realizaría en dos ocasiones, con la consecuente doble e idéntica afectación a derechos fundamentales de un individuo. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018)

Con esto se fortalecieron los mecanismos contra la corrupción manteniendo el respeto por el principio de legalidad, el derecho sancionatorio y el principio de no juzgar ni sancionar dos veces por los mismo hechos. La ley estudiada reformó los términos de la investigación disciplinaria, de prescripción de la acción disciplinaria, actualizó el Código Disciplinario frente a los institutos para la revocatoria directa y creó el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal entre otras innovaciones. El estudio constitucional que se efectuó en la sentencia C-434/13 fue importante en el orden de garantizar el derecho al debido proceso de los sujetos hacia quienes va dirigidos esta norma y como tal, la influencia del non bis in ídem europeo en Colombia ha irradiado los controles contra la corrupción en el país.

Lo propio ha hecho la Superintendencia de Sociedades cuando se ha manifestado sobre las empresas que son incluidas en el Boletín de Deudores Morosos del Estado, aclarando que la inclusión de las mismas “no puede ser ni atenuante ni agravante de conductas punibles a menos

que esto sea establecido por la legislación nacional” (Superintendencia de Sociedades, 2019), aclarando además que sí se pueden aplicar diferentes disposiciones legales al respecto de una sola conducta sin que esto represente una violación al non bis in ídem en consideración de la sentencia C-434-13

La Corte ha dejado establecido que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del non bis in ídem, (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa. (C-434/13, 2013)

A pesar de no hacer referencia puntual a la sentencia C-434-13, en el salvamento de voto presentado por el Magistrado Alberto Rojas Ríos, quien fue ponente de la sentencia C-434-13, a la sentencia C-539-16 que trató sobre las circunstancias de agravación punitiva del feminicidio cuando el autor tenga la calidad de servidor público y se aproveche de tal calidad, el Magistrado Rojas Ríos llama nuevamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se dispone a explicar su interpretación del non bis in ídem.

En la sentencia C-539-16, los demandantes aseguran que dos de las circunstancias de agravación punitiva del feminicidio, desconocen el principio del non bis in ídem, ya que constituyen una segunda sanción a un comportamiento ya penalizado. Ante esto la Corte considera que

Una conducta puede tener diversas connotaciones jurídicas, dentro del mismo o en diferentes ámbitos de regulación. Esto quiere decir que un solo acto puede ser trascendente para varios tipos de normas, distintas entre sí, que protegen intereses o tienen propósitos también diversos. En estos casos, esa dualidad o multiplicidad de consecuencias jurídicas, imputadas al mismo comportamiento, no es incompatible con el non bis in ídem. (C-539-16, 2016)

Concluyendo que para el caso de estudio no se da una violación al non bis in ídem.

Sobre esto, el Magistrado Rojas consideró que

En los términos del fallo, una persona puede ser sancionada, por una misma conducta, disciplinaria, penal y civilmente, situación que, a nuestro juicio, vulnera flagrantemente la garantía procesal del non bis in ídem.

En mi concepto, la jurisprudencia constitucional colombiana debería modificar sus precedentes en la materia, inspirándose para ello en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español. (C-539-16, 2016)

Y procedió a realizar un breve estudio del non bis in ídem en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, para concluir que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que una persona no puede ser sancionada, por unos mismos hechos, penal y administrativamente, por cuanto aquello vulnera el principio del non bis in ídem.” (C-539-16, 2016).

Del anterior barrido por la jurisprudencia, la doctrina y en general los aspectos socio jurídicos de la realidad colombiana, es posible notar que el non bis in ídem europeo que ha tenido una clara influencia en el mismo principio colombiano, ha logrado irradiar distintos aspectos de la

realidad nacional, desde su uso en la determinación de la constitucionalidad del marco jurídico colombiano, pasando por funcionar como regla de medida en la resolución de casos y la determinación de la vulneración o no de derechos fundamentales de los colombianos, hasta una herramienta a tener en cuenta en la lucha contra la corrupción que desde hace unos años han emprendido los gobiernos tanto del actual presidente Iván Duque, como del ex presidente Juan Manuel Santos.

## **6.2. Garantías al proceso del menor de edad.**

En la sentencia de constitucionalidad C-203/05 el accionante demanda al constitucionalidad del parágrafo 2, del artículo 19 de la Ley 782 de 2002 “*Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas disposiciones*” que se trata sobre el procedimiento a seguir en temas de indulto a menores de edad vinculados a grupos armados organizados al margen de la ley, por considerar que era violatorio de los artículos 29 y 44 de la Constitución Política, 1, 2, 4 y 6, de 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 los niños en los conflictos armados”; 3 del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo; 6 de la Ley 782 de 2002; y, 162 del Código Penal Colombiano.

En esta sentencia la Corte incluye en su estudio de tratados internacionales a la Convención Europea de Derechos Humanos, así como lo que ha preceptuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las garantía en los procesos penales a menores, especialmente en el icónico caso

de V. y T. c. Reino Unido en el que se condenaron por homicidio a unos menores que tenían 10 años cuando cometieron el homicidio de otro menor de 2 años, así como también el caso Bouamar c. Bélgica que fue un inmigrante de origen marroquí, menor de edad, que fue privado de la libertad en razón a su comportamiento antisocial.

Con estos casos la Corte se dedica a estudiar la responsabilidad penal de los menores a la luz del TEDH y los procedimientos que se deben seguir en materia penal, de modo que los derechos de los menores no sufran ningún menoscabo pero sí se garanticen en consideración de su edad y madurez mental. Se determinó que se debe garantizar la participación efectiva en el proceso de los menores y que esta no se satisface únicamente con la presencia de los abogados defensores y que el sometimiento de los menores a un proceso penal no era, per se, intrato cruel, inhumano o degradante, justificado en esto realiza el estudio sobre la edad en la que los menores pueden ser responsables penalmente y finalmente determina que los menores vinculados a los grupos armados al margen de la ley pueden ser procesados penalmente.

Después de realizar el correspondiente estudio, del contexto de los menores de edad en conflicto y los parámetros para su judicialización se determinó la exequibilidad de los artículos demandados.

A partir de que esta decisión fue proferida por parte de la Corte Constitucional colombiana, esta ha sido tenida en cuenta en diversos estudios que se han realizado sobre la responsabilidad penal juvenil, muchos con una posición crítica frente a la protección, o la falta de la misma, que la Corte da a los menores de edad procesados y es que muchos autores han considerado que la Corte Constitucional buscó casos en el contexto internacional para justificar el procesamiento penal de

los menores de edad en conflicto, negándoles la protección que por su condición de menores de edad y posibles víctimas en el conflicto armado interno en Colombia debían tener por parte de la jurisdicción constitucional.

Muestra de esto es el artículo publicado por el abogado y Juez Segundo Penal del Circuito para Adolescentes de Santa Marta, Colombia, titulado Responsabilidad penal del adolescente dentro del conflicto armado, en el que incluyó como base de su estudio a la sentencia C-203/05

De acuerdo con los parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005 sólo se podrían procesar a menores combatientes, sí, y sólo sí, se respetan de manera estricta los estándares internacionales que regulan el juzgamiento de los menores infractores de la ley penal.

Puestos en ese escenario, lógico resulta afirmar que los menores combatientes colombianos únicamente podrían ser investigados y sancionados al amparo de la legislación especial que regula dicha actividad judicial, vale decir, el Decreto 2737 de 1989 o la Ley 1098 de 2006, según sea el tiempo en que se cometieron las conductas investigadas. (Villalva del Villa, 2012)

En el artículo mencionado del Juez Villalva hace una fuerte crítica a la posición de la Corte Constitucional de permitir dicha modalidad de juzgamiento de los menores combatientes en justificación a la protección de las víctimas del conflicto armado, al entender del Juez hay una confrontación entre el derecho de las víctimas a la verdad y ser reparadas integralmente en contraposición al de los menores en conflicto a ser protegidos en razón de su edad y las condiciones ilegales de su ingreso a los grupos armados.

Dice al respecto, que los niños que ingresan a las filas de los grupos armados tienen unas “particulares circunstancias” y que por este motivos no pueden ser analizados desde la óptica del menor infractor de la ley común, contrario a este entender, la Corte Constitucional en su sentencia concluye que no hay un quebrantamiento de los derechos del menor al ser juzgado ya que normativamente existen condiciones especiales para su juzgamiento, sin tener en cuenta que el hecho de que se dé un conflicto armado rompe desde un inicio con las condiciones normales tanto fácticas como jurídicas y que por esto debe analizarse la situación con la capacidad de ofrecer una respuesta jurídica extraordinaria.

Concluye el crítico asegurando que

La problemática del conflicto armado no puede desconocer la condición de los adolescentes combatientes que son víctimas del conflicto armado y a la vez gozan de la protección por su condición de niños. Su igual condición de victimarios no puede sobreponerse de manera automática a su doble condición de sujetos privilegiado de protección, para efectos de fijar la judicialización como la salida idónea de protección para las víctimas del conflicto armado, sin fijar unos criterios objetivos que permitan adoptar medidas que garanticen igualmente el derecho de los adolescentes combatientes como víctimas del reclutamiento ilegal. Es más, la conciencia social reacciona de manera diferente cuando se trata de adolescentes victimarios luego de conocer las causas por las cuales hacen parte del conflicto, ya que los estaríamos tratando como delincuentes por el simple hecho de no haber tenido otra opción u oportunidad. Lo anterior no desconoce que habrá casos muy excepcionales en donde la judicialización si se muestre adecuada, como

cuando el adolescente abandona su calidad de sujeto de protección para convertirse en un sujeto garante del Derecho Internacional Humanitario, como es el caso del adolescente que ocupa un grado de jerarquía dentro del grupo armado ya sea de hecho o de derecho. (Villalva del Villa, 2012).

También consideran que hay lugar a una confrontación de principios constitucionales Enith Bula Beleño y Angie Hinestroza Olascuaga, en Fundamento de la aplicación del principio de oportunidad a los menores de edad reclutados por grupos armados al margen de la ley, ya que consideran que en la sentencia C-203 de 2005 se da prevalencia a los derechos de las víctimas y se desconoce que los menores reclutados también son víctimas del conflicto y los somete a un proceso penal, del cual, estos podrían librarse haciendo uso del principio de oportunidad.

Según las autoras, las principales causas de reclutamiento de menores para el conflicto armado colombiano son producto del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran a causa del abandono estatal. Por este motivo un gran sector de la doctrina e incluso de la jurisprudencia habían asegurado que los menores de edad que habían sido reclutados por los grupos armados al margen de la ley no eran responsables penalmente por los delitos cometidos durante su pertenencia al grupo, sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005 manifestó que seguir esta línea desconocía la realidad delictiva de las conductas desplegadas por parte de los menores y que esto desestimaría e incluso ignoraría los derechos de las víctimas.

Después del análisis de la sentencia en cuestión, las autoras concluyen que el principio de oportunidad puede ser utilizado como un medio de hacer valer los derechos, la protección y la tutela que el Estado colombiano debe a los menores en las filas de los grupos ilegales en conflicto.



Pese a que es posible que menores reclutados por grupos armados ilegales sean responsables penalmente por los delitos cometidos durante su pertenencia al grupo, el Código de Infancia y Adolescencia establece el principio de oportunidad. Rodrigo Uprimny considera que es posible reconocer al menos tres nociones del principio de oportunidad. La primera lo entiende como contrario al principio de legalidad, habida cuenta que la acción penal tiene carácter obligatorio al generarse los supuestos señalados por la ley penal; por el contrario, la segunda lo entiende como manifestación del principio de legalidad, en la medida en que el poder discrecional se encuentre delimitado por la ley de manera expresa y solo se aplicaría en los supuestos previamente señalados por el legislador. Por último, la tercera concilia las posiciones anteriores, en la medida que lo entiende como subsidiario de la legalidad, esto es, la oportunidad puede aplicarse por el órgano público si no choca con la legalidad, en virtud de la existencia de una razón prevalente orientada a un interés público superior a aquel que la acción penal protege (Uprimny et al., 2006). (Bula Beleño & Hinestroza Olascuaga, 2009)

Mario Fernando Ortega-Jurado acompaña el razonamiento de los anteriores autores citados cuando en su artículo Protección de la Infancia y Adolescencia en Asuntos de Derecho Internacional Humanitario en Colombia, el autor señala que a pesar de que Colombia ha adquirido distintos compromisos internacionales en materia de protección de los menores de edad en el marco del conflicto armado, de los que se pueden entender que los objetivos de Estado frente a los niños que hace parte de las filas de los grupos armados deben ser el interés superior de niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; niñez y justicia; el derecho a ser liberados de

grupos o fuerzas armadas; la y participación y el respeto por los puntos de vista de los niños y las niñas.

Entre los tratados internacionales con los cuales Colombia ha adquirido sus compromisos destacan la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los menores en los conflictos armados (entró en vigor en Colombia en el 2005), entre otros.

Estos tratados en los que se regulan Derechos Humanos en Colombia tienen un rango constitucional en razón al bloque de constitucional y el artículo 93 de la constitución y sin embargo, reprochará el autor en la sentencia C- 203 de 2005 la Corte Constitucional considera que

No se desconoce ni la Constitución Política ni el Derecho Internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a los procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se dé cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. (Ortega-Jurado, 2012)

En este estudio el autor resalta que un aspecto a considerar en esta sentencia es que la Corte toma como justificación de su decisión que

Tanto los Tribunales Internacionales como el Derecho Comparado admiten la responsabilidad penal de menores de edad, aunque no hay acuerdo en cuanto a cuál es el

rango de edad para dicha responsabilidad y cuál es la edad para fijar la mayoría de edad. (Ortega-Jurado, 2012)

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial el caso de V. y T. c. Reino Unido fue el caso en el cual la Corte Constitucional colombiana estableció que los menores de edad son penalmente responsables aunque no exista una edad común establecida.

Finalmente, una de las conclusiones del autor es que

A pesar de que la protección de los niños y adolescentes en el ámbito internacional o interno sobre conflictos armados se ha regulado para la protección sobre menores de quince años, en Colombia en virtud de las sentencias C-019 de 1993, C-157 de 2007 y C-203 de 2005, en el derecho interno colombiano están proscritas tales conductas, incluso frente a los menores de 18 años. (Ortega-Jurado, 2012)

Por el contrario, Angie Gallegos Sanabria (2017) considera que la postura de la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005 hace parte y fortalece el marco de protección colombiano frente a los menores de edad en el marco del conflicto armado, del mismo modo que refuerza los compromisos que el Estado ha adquirido frente a la comunidad internacional.

En la mencionada Sentencia se aprecia que en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano, las personas menores de 18 años y mayores de 12 (esta ley cambió la edad mínima a 14 años) que cometieran delitos son responsables penalmente, pero que dada su condición jurídica de ser sujetos de protección especial por ser niños, el proceso que les investigara, acusara y juzgara tendría unas reglas especiales y unas características propias tales como ser pedagógico (formar al adolescente en que se responde por

los daños que se causan a derechos de otros), específico (todas las autoridades deben ser dispuestas solamente para atender a los menores de edad) y diferenciado de los adultos (programas e instituciones deberán ser totalmente separados de los adultos).

Para la Corte y desde esta perspectiva, los menores combatientes son víctimas, o sujetos pasivos, del delito de reclutamiento forzoso, y deben recibir la atención prioritaria del Estado para efectos de protección, rehabilitación y resocialización. (Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2005.). En este sentido la Sentencia busca mantener la conducta internacional de proteger y defender los derechos de los niños y jóvenes, que no sólo prohíben el reclutamiento de menores de edad, sino de uso en las atrocidades del conflicto. Es así que se da prioridad a la restitución de derechos antes que a la imputación de cargos (Oliveros & Tirado, 2012). (Gallegos Sanabria, 2017)

Como se puede observar la sentencia C-203 de 2005 es una sentencia bastante controvertida, la mayoría de los doctrinantes le reclaman el desconocimiento del interés superior del menor al permitir que estos sean procesados penalmente por encima de su condición de que también son víctimas en el conflicto armado y consideran un desacierto por parte de la Corte Constitucional lo que planteó en la sentencia, incluso aseguran que va en contravía de los compromisos internacionales que en materia de protección de los menores de edad en el conflicto había adquirido Colombia.

Aseguran que falla la Corte al pretender medir el proceso penal de menores cuyos delitos fueron cometido en el marco del conflicto interno colombiano y que ingresaron a las filas de los grupos armados al margen de la ley de formas no convencionales, muchos secuestrados y otros

forzados por las situaciones que sus vidas atravesaban, pero sin real convencimiento de lo que la vida en la clandestinidad alzada en armas implicaba, con el proceso penal de los menores de edad infractores de la ley común, que no hacen parte del conflicto y que si bien tienen protecciones especiales por su condición de menores de edad y que su proceso más que sancionatorio es correctivo, no son las condiciones las mismas y por eso, para poder dar fin a situaciones del conflicto, en especial Colombia que se ha sumergido en una guerra de décadas, es necesario que se dibujen sistemas especiales y transicionales, fuera del foco de la justicia común.

Más adelante, en el año 2012, con la sentencia C-253A/12 la misma Corte Constitucional, moverá su postura en posición de la protección de los menores de edad integrantes de las filas de los grupos armados al margen de la ley, dejando claro su rol como víctimas del conflicto y que como menores de edad son sujetos de especial protección constitucional. Sin embargo, como suele suceder en la jurisprudencia constitucional, el cambio primero pasó por la sentencia C-240 de 2009 que aún tomó como justificación los fundamentos de la C-203 de 2005, pero reconoció a los menores como víctimas en el conflicto.

Mientras que la mayoría de autores y jueces consideran que el non bis in ídem colombiano, que se ha nutrido directamente del principio homólogo europeo, es protector, garantista y completo, aunque puede mejorar, en palabras del Magistrado Rojas Ríos, “inspirándose” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia C-203 de 2005 ha sido fuente de controversia y reproches, sin perjuicio de que sigue siendo incluida en el marco de protección hacía los menores de edad en el conflicto armado.

Controvertidas o apoyadas, las sentencias de la Corte Constitucional en materia de constitucional integran el precedente constitucional en Colombia, por esto es importante conocer qué tanta influencia ha podido tener una disposición en el ordenamiento jurídico colombiano y a partir de este estudio es posible ver cómo irradia y nutre distintos ámbitos en la discusión nacional y la aplicación y garantía de los derechos fundamentales.

## 7. Conclusiones

La Corte Constitucional Colombia es de los Tribunales Constitucionales más importantes e influyentes del área andina, así lo entiende Francisco Eguiguren “la Corte Constitucional de Colombia, tanto en la resolución de las acciones de inconstitucionalidad como de tutela, sin duda que ofrecen una positiva contribución no sólo para su país sino para los otros Tribunales Constitucionales” (Eguiguren Praeli, 2000), con sentencias de corte progresista en la protección de los derechos humanos, el Tribunal Constitucional nacional se ha mantenido a la vanguardia en la “globalización del derecho”. Esto ha implicado que sus sentencias, giros jurisprudenciales, líneas jurídicas y todo lo que componen los motivos (las cuestiones psicológicas que encuentra el juez para tomar su decisión) y las razones (los fundamentos racionales en los que centra su decisión), sean faro en la formación del Derecho en Latinoamérica en la construcción del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Un fenómeno que no se puede perder de vista en el estudio del derecho constitucional es el Dialogo entre tribunales, que hace parte de la racionalización del derecho constitucional ya que este implica la constante comunicación y por lo mismo fertilización entre los tribunales de Derechos Humanos y Constitucionales en el mundo, lo que permite el fortalecimiento en la protección y delimitación del accionar de los Derechos Humanos, que son una conquista de los ciudadanos frente al Estado.

Cuando se revisa el supuesto dialogo que ha tenido la Corte Constitucional Colombiana con la Corte de Estrasburgo es posible entender que, efectivamente, no se trata de un proceso de conversación y fertilización cruzada con el TEDH sino que se trata meramente de un importe de

jurisprudencia y de las instituciones jurídicas que se han usado para tomar decisiones con respecto de las sentencias, en el sentido que la referenciación y toma de conceptos es unilateral.

Se ha evidenciado el importe de jurisprudencia que ha realizado la Corte Constitucional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de quien ha nutrido los fundamentos integradores del non bis in ídem colombiano que hace parte a su vez del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional. Este entender del principio que plasma la Corte en la sentencia C-434/13 ha permeado no solo el ordenamiento jurídico haciéndose parte de la ratio decidendi de las sentencias de diferentes Tribunales e incluso de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado como cabezas de la jurisdicción ordinaria y administrativa, respectivamente; pero también como sentencia de constitucionalidad de la ley 1474 de 2011 se ha integrado al marco jurídico de la lucha contra la corrupción en Colombia.

En Colombia, respecto del non bis in ídem se han suscitado respecto del non bis in ídem debates similares a los que ya ha librado la Corte de Estrasburgo en los mismos temas (véase el caso del señor Buitrago aquí estudiado que se debatía sobre el alcance del non bis in ídem por fuera del país) y si bien los Tribunales Colombianos no citan al TEDH, la respuesta sobre su alcance es la misma o similar, esto, seguramente, por la similitud que existe en el comprender el mismo principio que ha sido influenciado por Europa en Colombia.

Es interesante ver que es el Magistrado Alberto Rojas Ríos quien ha insistido en que la influencia o inspiración, como la llama él, se dé de forma directa y quien ha llamado al Tribunal a acercarse cada vez más al principio europeo por considerarlo completo y garantista. Sin embargo, a pesar de que las instituciones que componen al principio han seguido siendo replicadas y



llamadas al debate en distintas sentencias por parte de la Corte Constitucional, no se hace un llamado directo al Tribunal Europeo.

Duncan Kennedy en su texto *Critical Legal Studies* se une a la crítica que existe frente al discurso legal y afirma que la composición de la argumentación que los jueces usan para sus sentencias se arma en conformidad con la decisión final que quieran proyectar y no al contrario. Es decir que no son esos argumentos los que los conducen a una decisión, sino la decisión final la que justifica esos argumentos.

En el caso de lo que sucedió con la sentencia C-203 de 2005, hace parte de esas situaciones en que se le critica al discurso judicial y en esta caso a la Corte de buscar y encontrar argumentos basados en experiencias externas que atrevidamente acomoda para que le asista razón en su argumento. Esto sucede con el llamado que hace la Corte al Tribunal Europeo de Derechos humanos al momento de estudiar los regímenes de responsabilidad penal para los menores de edad, esto porque no usa casos del TEDH en que los menores se encuentren en medio del conflicto armado interno en el país, sino que observa los regímenes de responsabilidad penal que se aplican en la justicia ordinaria de menores y estos dos regímenes (el de la transición del conflicto armado a la vida civil y el de la justicia ordinaria por delincuencia común) no pueden ser analizados bajo la misma lupa.

Es un desacierto la decisión de la Corte Constitucional y falla desde su argumentación y su estudio en los casos de derecho comparado en Europa. La tensión que pudo haber con el derecho a la justicia y a la verdad de las víctimas en el conflicto armado no debió tener como respuesta el

desconocimiento material del papel de víctimas que tuvieron y tienen los menores de edad en el conflicto armado colombiano.

Es inquietante en el entendido de que estas instituciones jurídicas que la Corte ha importado han influenciado la conformación de leyes, fallos de procesos penales y disciplinarios contra personas naturales (en Colombia las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal), de modo que las dos sentencias estudiadas no han sido fallos judiciales olvidados y que no han trascendido en la vida jurídica y judicial colombiana, sino que su impacto socio jurídico ha sido importante.

A ojos de muchas personas en la academia jurídica y la rama judicial la sentencia C-203 de 2005 desprotege a los niños combatientes en su calidad de también víctimas en el conflicto armado y no permite que se les proteja en conformidad con los deberes del Estado, al punto tal de que la Corte ha venido cambiando su postura desde entonces para propender por un espacio penal mucho más garantista y que les permita la resocialización. A diferencia de la sentencia C-434/13 que reviste el principio *non bis in ídem* de un contenido sumamente garantista, pero que además protege los intereses del Estado en la lucha contra la corrupción.

El amplio sistema de fuentes del ordenamiento jurídico permite que los administradores de justicia, en algunas ocasiones, encuentren sustento normativo y jurisprudencial que les permita justificar su postura y cuando el juez excede su discrecionalidad argumentativa, se convierte en un punto de tensión en la sociedad, y, en un país que vive sumido en el conflicto armado desde hace tantos años, las sentencias que regulan su salida del mismo merecen especial cuidado por las repercusiones de las mismas.

En el proceso de identificación de los escenarios y principios que se han visto influenciados por el TEDH en la jurisprudencia constitucional colombiana, es llamativo mencionar, que si bien en la Corte Constitucional hay mucha influencia europea, esta proviene en mayor medida del Tribunal Constitucional Español y Alemán, incluso más que del mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos que por ser un tribunal regional, que además es parte del marco judicial de la Unión Europea, tiene una gran importancia.

Con estos dos casos de influencia se observó cómo el importe de jurisprudencia y en este caso de la europea, puede ser aplaudido o no por la doctrina y distintos sectores de la sociedad en general, pero es innegable que asistimos a la globalización del derecho y que los tribunales mantienen diálogos en sus jurisprudencias y más que un simple importe, es importante que la Corte Constitucional Colombiana se mantenga activa en procesos de fertilización cruzada con los demás tribunales, no solo ya de la región, sino del mundo.

De este estudio al importe de la jurisprudencia europea por parte de la Corte de cierre de la jurisdicción constitucional colombiana hace cuestionarse sobre otras ocasiones en que, muy de la línea crítica de Duncan Kennedy, la Corte ha hecho uso de jurisprudencia -en cierta medida descontextualizada- para argumentar el fallo al que quiere llegar, sea por motivos personales de los magistrados, presiones políticas o en protección del fisco

### Referencias

Hauser-Sporn c. Austria, Núm. 37301/2003 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7 de Diciembre de 2003).

A y B c. Noruega , Solicitudes nos. 24130/11 y 29758/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 de Noviembre de 2016).

Álvarez Londoño, L. F. (2006). *La Historia del Derecho Internacional*. Bogotá.

Arellano García, C. (2006). *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Editorial Porrúa.

Arenas Meza, M. (2018). El dialogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos. *Araucaria. revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 577-604.

Ayala Corao, C. (2007). La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 127-201.

Azuero, J. c. (2019). Un acercamiento al establecimiento de los Tribunales Internacionales Modernos. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 201 - 2019.

Barbosa Castillo, G. (2016). *Justicia Transicional: Retos teóricos*. Bogotá.

Bernal Torres, C. A. (2006). *Metodología de la investigación: para la administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Ciudad de México: Pearson Educación.

Bula Beleño, E., & Hinestroza Olascuaga, A. (2009). Fundamento de la aplicación del principio de oportunidad a los menores de edad reclutados por grupos armados al margen de la Ley. *Actualidad Jurídica*.

C-010/2000 (Corte Constitucional 2000).

C-191/16 (Corte Constitucional Colombiana 20 de Abril de 2016).

C-203/05 (Corte Constitucional Colombiana 8 de Marzo de 2005).

C-341/14 (Corte Constitucional Colombiana 4 de Junio de 2014).

C-434/13 (Corte Constitucional Colombiana 13 de Julio de 2013).

C-539-16 (Corte Constitucional Colombiana 2016).

C-632/11 (Corte Constitucional Colombiana 24 de Agosto de 2011).

Camero Quezada, G. (2019). La Contribución Jurisprudencial Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos Y De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Al Reforzamiento De Los Sistemas Regionales De Protección De Derechos Humanos. Análisis De Derecho Comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 335- 360.

Cañamares Arribas, S. (2016). La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Candá en relacion con el derecho a la muerte digna. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 337-356.

Carvajal Contreras, M. (2016). Los Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos. *Facultad de Derecho de México*.

Cera S. I. & Hassan, V. M. (2011). La dignidad humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana. *Revista de Derecho*, 184-221.

Consejo de Europa. (1 de Noviembre de 1988). Séptimo Protocolo. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

Consejo Europeo. (4 de Noviembre de 1950). Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *Convención Europea de Derechos Humanos*. Estrasburgo, Francia.

Constitución Política de Colombia. (04 de Julio de 1991).

Convenio Europeo de Derechos Humanos. (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma.

D.D. c. Lituania , Application no. 13469/06 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 09 de Julio de 2012).

De la Torre del Rio, R. (2015). *El Congreso de Viena (1814-1815)*. Madrid.

De Vergottini, G. (2011). El diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 335-352.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). *Desarrollo normativo y avance jurisprudencial sobre la administración pública*. Bogotá: El estado del Estado.

Díaz Crego, M. (2015). El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 253.281.

Díaz Díaz, J. (2008). La investigación jurídica y la investigación socio-jurídica: entre el método jurídico de investigación y el método científico. *Iustitia*, 201-206.

Eguiguren Praeli, F. (2000). Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa. Derecho PUCP.

Fallo de la CSJN del 28 de marzo de 2006 (Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina 28 de Marzo de 2006).

Gallego Hernández, A. C. (2018). El Derecho a al Salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 631-653.

Gallegos Sanabria, A. L. (2017). Aplicación del principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro del proceso penal: alcances para los menores combatientes en Colomb. *Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho*. Bogotá, Colombia.

Gestra c. Italia, Aplicación No. 21072/92 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16 de Enero de 1995).

Gómez Robledo, A. (2003). Los procesos de Nüremberg y Tokio : precedentes de la Corte Penal Internacional.

Gómez Tornillo, M. (2020). Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penla y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH. *Indret: revista para el Análisis del Derecho*, 421-456.

Gradinger c. Austria , Application no. 15963/90 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 23 de Octubre de 1995).

Hernández Téllez, C. J. (2017). La incidencia de la comunicación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el CIDH en el avance jurisprudencial colombiano.

Itxaso, M. E. (2014). El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. *Anuario de filosofía del derecho*, 69-96.

Knight v. Florida (Corte Suprema de Canadá 1999).

Krombach c. Francia , Aplicación No. 67521/14 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 20 de Febrero de 2018).

Laffranque, J. J. (2008). Laffranque, J. J. (2008). Judicial Borrowing: International & Comparative Law as Nonbinding Tools of Domestic Legal Adjudication with Particular Reference to Estonia. *The International Lawyer*, 1287-1302.

Lopez Guerra, L. (2013). El dialogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. *Teoría y Realidad Constitucional* , 139-158.

López Medina, D. (2004). *El Derecho de los Jueces* . Bogotá: Legis Editores S.A.

López Medina, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho.

MIHALACHE v. ROMANIA, Application no. 54012/10 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8 de Julio de 2019).



Mora Hernández, C. (2014). Los Derechos Humanos en Francisco de Vitoria. *EN-CLAVES del pensamiento*, 35-62.

Moreno Cruz, P. (2017). Comparar las comparaciones jurídicas: observaciones al margen de la Introducción al derecho comparado de Alessandro Somma. *Revista de Derecho Privado*, 491-512.

Nikitin c. Rusia, Application no. 50178/99 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 20 de Julio de 2004).

Nogueira Alcalá, H. (2015). El Bloque Constitucional De Derechos En Chile, El Parámetro De Control Y Consideraciones Comparativas Con Colombia Y México: Doctrina Y Jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 301-350.

Oliveira v. Switzerland, Application 25711/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30 de Julio de 1998).

ONU: Asamblea General. (10 de Diciembre de 1948). declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ortega-Jurado, M. F. (2012). Protección de la Infancia y Adolescencia en Asuntos de Derecho Internacional Humanitario en Colombia. *20 International Law, revista Colombiana de Derecho Internacional*, 17-50.

Ortíz Torricos, M. (2014). El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hacia un derecho americano y global de Derechos Humanos.

Pastor Ridruejo, J. (2007). Protección jurisdiccional de los Derechos Humanos: una comparación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. *Revista Electrónica Iberoamericana - ALCUE*.

Quesada, L. J. (2014). Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial. En T. R. Aranzadi., *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas* (págs. 111-140).

Rad. No. 1483-12, 11001-03-25-000-2012-00377-00( (Consejo de Estado 23 de Agosto de 2017).

Ramelli, A. (2004). Sistema de fuentes de derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia. *Cuestiones constitucionales*.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española 22° ed.* Madrid: Autor.

Rodriguez reveggino, B. (2017). Espacios de diálogo entre la Corte interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. . *Revisa Internacional de Derehos Humanos*.

Rojas de Escalona, B. (2010). *Investigación Cualitativa. Fundamentos y praxis*. Caraca: Fedupel.

RUOTSALAINEN v. FINLAND, Application no. 13079/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16 de Junio de 2009).

Santiago, A. (2009). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Posibilidades, Problemas y Riesgos de un nuevo paradigma jurídico. *Persona y Derecho*, 91-130.

Sergey Zolotukhin c. Rusia, Application no. 14939/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10 de Febrero de 2009).

Silva, & Moscato. (2008). Los sistemas de protección de Derechos Humanos en Europa y América; su interrelación e influencia en la jurisprudencia latinoamericana: Argentina. *Derechos y Libertades*, 165-194.

Silva, T. D., & Moscato, C. B. (2008). titulado Los Sistemas De Protección De Los Derechos Humanos En Europa Y América; Su Interrelación E Influencia En La Jurisprudencia Latinoamericana: Argentina. *Derechos y Libertades*, 165-194.

Slaughter, A. M. (1994). A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law review*, 99-137.

SP4235-2017, Radicación No. 45072 (Corte Suprema de Justicia 23 de Marzo de 2017).

Stadmuller, G. (1961). *Historia del Derecho Internacional Público* . Madrid: Aguilar.

Superintendencia de Sociedades. (2019). *OFICIO 220-123929* . Bogotá.

T- 008-92 (Corte Constitucional 1992).

TEDH. (s.f.). *Corte Europea de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.echr.coe.int/>

Tomasovic c. Croacia , Application no. 53785/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 18 de Octubre de 2011).

Tommaso c. Italia , Application no. 43395/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 23+ de Febrero de 2017).

Torres vázquez, A. (2008). La Jurisprudencia como fuente de Derecho. *Revista Constitucional*, 223-239.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (16 de Diciembre de 1999). CASOS T. Y V. CONTRA REINO UNIDO. *Resumen en Español de los Casos T. y V. c. Reino Unido*. Estrasburgo: Spanish Cortes Generales.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2020). *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2020). *Right not to be tried or punished twice*. Estrasburgo: Consejo Europeo.

Uprimny, R. (2005). La uni-di-versalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. *De Justicia*, 1-39.

Villalva del Villa, C. (2012). Responsabilidad penal del adolescente dentro del conflicto armado. *Justicia Juris*, 66-74.

Winterwerp c. Países Bajos, Application no. 6301/73 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 24 de Octubre de 1979).