

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Avenida 10, Calles 45 y 47 Los Yoses

San Pedro, San José

Costa Rica

**Memorial *amicus curiae* en el caso Vereda la Esperanza Vs. Colombia
(Caso 12.251)**

Preparado por
Centro de derechos humanos y pluralismo jurídico
Profesor René Provost
Facultad de derecho, Universidad McGill
3644 Peel Street
Montréal (Québec) Canada H3A 1W9
Fax: +1 (514) 398-3233
rene.provost@mcgill.ca

23 de mayo de 2016

I. INTERÉS DEL AMICUS CURIAE.....	1
II. INTRODUCCIÓN	2
SECCIÓN 1: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA PRUEBA DE CONTROL	3
INTRODUCCIÓN	3
1.1: <i>Responsabilidad del estado por los actos de particulares bajo la Convención.....</i>	4
1.1.i Responsabilidad indirecta del Estado relativo a los acciones de particulares.....	4
1.1.ii Responsabilidad directa del Estado por los actos de particulares.....	5
1.2 <i>La prueba de control global.....</i>	6
1.2.i Control global en el contexto nacional.....	9
1.2.ii Relevancia de la prueba circunstancial	11
SECCIÓN 2: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LA CONDUCTA <i>ULTRA VIRES</i> DE AGENTES ESTATALES.....	13
SECCIÓN 3: LOS DERECHOS DEL NIÑO : LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO EN DERECHO INTERAMERICANO E INTERNACIONAL PARA PREVENIR EL USO DIRECTO TANTO COMO INDIRECTO POR LOS GRUPOS NO ESTATALES DE LOS NIÑOS MENORES DE 18 AÑOS EN LAS HOSTILIDADES.....	17
INTRODUCCIÓN	17
3.1: EL USO DE NIÑOS, AÚN COMO PARTICIPANTES INDIRECTOS, EN HOSTILIDADES ESTÁ PROHIBIDO EN LA CONVENCIÓN Y EN DERECHO INTERNACIONAL.....	19
3.2 “TODAS LAS MEDIDAS POSIBLES”: UN REQUISITO BIEN ESTABLECIDO EN DERECHO INTERAMERICANO E INTERNACIONAL.....	20
3.2.i <i>La interpretación de “todas las medidas posibles”</i>	22
3.2.ii <i>El contenido concreto del deber en el contexto del caso</i>	24
3.2.ii.a La aplicación y la difusión de las leyes domésticas que criminalizan el uso de los niños en hostilidades	24
3.2.ii.b La responsabilidad de pedir la cooperación de la comunidad internacional.....	26
3.2.ii.c La necesidad de desarrollar un plan concreto.....	27
SECCIÓN 4: LAS LEYES DE AMNISTÍA	29
INTRODUCCIÓN	29
4.1. EL ESPECTRO DE LAS LEYES DE AMNISTÍAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS:.....	30
4.1.i <i>Las Autoamnistías son intolerables.....</i>	30
4.1.ii <i>Las Amnistías generalmente no son aceptables.....</i>	31
4.1.iii <i>Bajo ciertas condiciones establecidas, las amnistías y las medidas alternativas pueden ser aceptables.....</i>	31
4.2. PRINCIPIOS Y NORMAS DE OTRAS RAMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL	33
4.2.i <i>Relación integral entre el Derecho Internacional Humanitario, El Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de Derechos Humanos.....</i>	33
4.2.ii <i>Alcance y Ámbito del deber de perseguir determinados delitos en un conflicto armado no internacional</i>	34
4.2.ii.a Los Objetivos de la Responsabilidad Penal.....	34
4.2.ii.b Sustituto de la investigación y el enjuiciamiento penal bajo la Corte Penal Internacional.....	35
4.2.ii.c La Justicia Penal y la Centralidad de la Víctima	35
4.3 MEDIDAS ALTERNATIVAS.....	37
4.3.i Parámetros de Referencia.....	38
4.4 CONCLUSIÓN.....	45
III. CONCLUSIÓN.....	45

i. Interés del Amicus Curiae

En atención a lo dispuesto por el artículo 44.1 y 44.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”), el Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill comparte en calidad de *amicus curiae* dentro del procedimiento del caso contencioso *La Vereda Esperanza vs. Colombia* (Caso 12.251, en adelante “*Vereda la Esperanza*”), el cual se encuentra bajo conocimiento de esa Honorable Corte. El escrito fue preparado bajo la supervisión del profesor René Provost, con la participación de Kelsey Angeley, Christine Cooper, Marielle Kaley Lachapelle, Gabriella Utreras Sandoval, y Luiz Magno Bastos Junior.

Establecido en 2005, el Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico de McGill es un punto focal para la investigación jurídica e interdisciplinaria, el diálogo, la divulgación de los derechos humanos y el pluralismo jurídico. La misión del Centro es proporcionar a estudiantes, profesores y la comunidad en general, un sitio de recursos intelectuales y materiales para relacionarse y entender críticamente el impacto de la ley sobre algunos de los problemas sociales más importantes de nuestra era moderna. El Centro tiene programas de colaboración con, entre otros, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Especial por Sierra Leone, la Corte Permanente de Arbitraje, el Tribunal Especial por el Líbano. El Dr. René Provost es catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill, y fue el director fundador del Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico; es, entre otros trabajos, autor del libro *Internacional Human Rights and Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2002), el editor de *State Responsibility in International Law* (Ashgate-Dartmouth, 2002), el co-editor de *International Law Chiefly as Applied and Interpreted in Canada*, 7^{ta} ed. (Emond Montgomery, 2014), *Confronting Genocide* (Springer Verlag, 2011), *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism* (Springer Verlag, 2013). Él es miembro del Colegio de Abogados de Québec desde 1989.

ii. INTRODUCCIÓN

1. La presente intervención en calidad de *amicus curiae* tiene como objetivo contribuir al debate jurídico sobre las cuestiones de derecho internacional que el caso *Vereda la Esperanza* suscita. Los puntos de análisis y las sugerencias que siguen se concentrarán en los temas de la responsabilidad estatal, los derechos de los niños, y las leyes de amnistía.
2. El primer punto de análisis abordará la cuestión de la atribución de la responsabilidad en un contexto de conflicto interno donde las violaciones de derechos humanos han sido cometidas por grupos paramilitares. El caso *Vereda la Esperanza* trata sobre la posibilidad de imputación de responsabilidad internacional al Estado colombiano por varias violaciones de los derechos humanos de los residentes de la Vereda la Esperanza cometidas por las Autodefensas de Magdalena Medio. En la Sección 1, se recomienda que la Corte analice la responsabilidad estatal por los actos de estos particulares usando la teoría de la prueba de control global. Se propone que la aplicación de esta teoría tendría por efecto diferenciar entre la responsabilidad directa del Estado por los actos de particulares bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “la Convención”), y su responsabilidad indirecta bajo el artículo 2.
3. El presente caso también constituye una oportunidad para que la Corte pueda aclarar y modernizar el contenido del derecho interamericano con respecto al delito de desapariciones forzadas, reconocido a nivel regional e internacional como crimen de lesa humanidad y cuya práctica constituye una violación grave de los derechos humanos fundamentales. Notablemente, en la Sección 2, invitamos de manera respetuosa a esa Honorable Corte que siga avanzando la jurisprudencia del derecho internacional en estableciendo de forma decisiva y concreta que los actos cometidos por agentes estatales en su capacidad oficial atribuyen la responsabilidad internacional del Estado dentro de un contexto de colusión sistemática entre agentes estatales y no estatales, no obstante que los agentes actúan de manera *ultra vires*.
4. Por otra parte, los hechos descritos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) suscitan la cuestión de la responsabilidad del Estado colombiano de prevenir el uso por grupos no estatales de niños menores de 18 años en hostilidades. En la Sección 3, se examinará la responsabilidad del estado en el derecho interamericano tanto como el derecho internacional de prevenir el uso directo tanto como indirecto por los grupos no estatales de los niños menores de 18 años en hostilidades. Se concluye que el Estado tiene una obligación de tomar toda medida razonablemente posible para proteger a los niños durante las hostilidades, lo que el Estado colombiano no ha hecho en el periodo en cuestión.
5. A la luz de la posible aplicación de la Ley de Justicia y Paz a los imputados, el último punto de análisis examinará la cuestión de las leyes de amnistía y de penas alternativas. El análisis desarrollará una interpretación contextual y flexible que indica que un rechazo absoluto de cualquier ley de amnistía, o incluso de una ley interna que propone medidas alternativas, no parece razonable ni compatible con los principios de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, los cuales son pertinentes en un

contexto de conflicto armado no internacional. El caso *Vereda la Esperanza* ofrece una oportunidad para reconsiderar leyes de amnistías y para desarrollar parámetros que servirán para medir el uso apropiado y la eficacia de estas leyes como herramientas de la justicia transicional.

Sección 1: La Responsabilidad del Estado y La Prueba de Control Introducción

6. En su jurisprudencia sobre el conflicto en Colombia, la Corte ha establecido de manera regular la responsabilidad del Estado de Colombia por las acciones ilícitas de los particulares.¹ En estos casos, la responsabilidad del Estado derivaba de sus obligaciones bajo los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Incluidas en estas obligaciones se encuentran las que la Corte concibe como obligaciones *erga omnes* del estado hacia los particulares. Como lo explica en el caso de la *Masacre de Mapiripán*:

La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.²

7. Sugerimos que en su análisis del caso *Vereda la Esperanza*, la Corte determine la responsabilidad del Estado de Colombia en consideración a sus obligaciones directas bajo los artículos 1.1 y 2 de la Convención, y no como una cuestión de obligaciones *erga omnes*. La Corte debería diferenciar entre la responsabilidad directa del estado por los actos violatorios de particulares y su responsabilidad indirecta por la falta de cumplimiento de sus obligaciones de debida diligencia con respecto a estos mismos actos. En el primer caso, el estado sería responsable bajo el artículo 1.1 de la Convención; en el segundo, bajo el artículo 2.
8. Proponemos entonces que la Corta adopte una prueba de control global adaptado al contexto nacional en su análisis de la responsabilidad del Estado de Colombia. Si la prueba demuestra un grado cierto de control global por parte del estado sobre el grupo

¹ Véase: *Caso de 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas (Colombia)* (2004), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 109 [19 Comerciantes]; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia (Colombia)* (2005), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 134 [Mapiripán]; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia (Colombia)* (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 140 [Pueblo Bello]; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia (Colombia)* (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 148 [Ituango]; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas (Colombia)* (2007), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 163 [Rochela]; *Caso de Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Colombia)* (2010), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 213 [Cepeda Vargas].

² *Mapiripán*, *supra* nota 1 párr. 111.

paramilitar, o sobre la situación en cual se realizaron los actos violatorios, los particulares responsables por los actos violatorios pueden ser considerados como agentes *de facto* del estado. En consecuencia, sus acciones pueden ser atribuidas directamente al estado en virtud del artículo 1.1 de la Convención.

1.1: Responsabilidad del estado por los actos de particulares bajo la Convención

9. Un Estado parte de la Convención puede ser responsable por los actos de particulares en virtud de sus obligaciones generales bajo los artículos 1 y 2 de la misma. Se puede diferenciar de manera normativa entre la responsabilidad estatal indirecta por la omisión de proteger a los particulares con arreglo a las obligaciones positivas establecidas en el artículo 2, y la responsabilidad directa según el artículo 1.1 por violaciones estatales que estos particulares hayan sufrido. Al especificar el tipo de obligación incumplida, sea directa bajo el artículo 1.1, o indirecta bajo el artículo 2, la Corte puede precisar el comportamiento problemático y antijurídico del Estado de Colombia de una manera más matizada.

1.1.i Responsabilidad indirecta del Estado relativo a los acciones de particulares

10. La Corte ha adoptado claramente la siguiente posición en cuanto a la responsabilidad indirecta del estado por los actos violatorios des particulares:

En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.³

11. El artículo 2 de la Convención le exige a un Estado parte “adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades.”⁴ Las obligaciones positivas de debida diligencia fluyen de este artículo, e incluyen el deber estatal de prevenir violaciones razonablemente previsibles.

12. Más recientemente, la Corte ha delineado las circunstancias bajo las cuales un estado se encuentra bajo una obligación de prevención. Para determinar si ha habido un incumplimiento de una obligación de prevención, es necesario que:

³ *Caso de Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo (Honduras)* (1988), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 4, párr. 169 [*Velásquez Rodríguez*].

⁴ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 22 noviembre 1969, artículo 2, disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [*Convención*].

al momento de los hechos exist[a] una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, (ii) las autoridades cono[zcan] o deb[e]n tener conocimiento, y (iii) no adoptaron las medidas razonables y necesarias para prevenir o evitar ese riesgo.⁵

13. La obligación positiva de prevenir violaciones de los derechos humanos de particulares presume que la amenaza a tales derechos proviene de afuera del aparato estatal. Sin embargo, cuando particulares se comportan como agentes *de facto* del estado, la responsabilidad se encuentra no en la falta de prevenir un acto violatorio, pero en el mismo acto violatorio. Sugerimos entonces que en su análisis del caso *Vereda la Esperanza* la Corte diferencie entre la responsabilidad del Estado de Colombia por el fracaso de sus obligaciones de debida diligencia con arreglo al artículo 2 de la Convención, y su responsabilidad directa por los actos violatorios de sus agentes informales con arreglo al artículo 1.1 del mismo.

1.1.ii Responsabilidad directa del Estado por los actos de particulares

14. La Corte reconoce claramente que, conforme al artículo 1.1, toda violación a los derechos humanos que resulta de los actos de cualquier autoridad o poder público es imputable al estado.⁶ Se ha reiterado que:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.⁷

15. En el caso de *Pueblo Bello* la Corte especifica que los actos u omisiones sujetos a la inspección de la Corte pueden provenir de “cualquier poder u órgano [del estado].”⁸ Es posible que la Corte encuentre esta misma responsabilidad en aquellos casos en que particulares que formen partes de grupos no estatales se hayan comportado como agentes

⁵ *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) VS. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (Colombia)* (2014), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 287, párr. 523 [*Rodríguez Vera*].

⁶ *Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 3 párr. 172.

⁷ *Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 3 párr. 164; véase también: *Pueblo Bello*, *supra* nota 1 párr. 111; *Rochela*, *supra* nota 1 párr. 67; *Mapiripán*, *supra* nota 1 párr. 108.

⁸ *Mapiripán*, *supra* nota 1 párr. 110; *Pueblo Bello*, *supra* nota 1 párr. 112.

de facto del estado. Cuando los actos violatorios bajo análisis fueran cometidos por grupos no-estatales comportándose como órganos del estado, estos mismos actos deben ser atribuidos al estado directamente con arreglo al artículo 1.1.

16. Sin embargo, la Corte afirmó claramente en el caso de *Pueblo Bello* que “un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción.”⁹ La aplicación de la tesis de la prueba de control estatal a las violaciones perpetradas en Vereda la Esperanza ofrecerá más claridad con respecto a la cuestión de cuando un estado puede ser directamente responsable por las violaciones cometidas entre particulares. Al adoptar esta teoría, la Corte tendrá la oportunidad de definir las circunstancias bajo las cuales las violaciones a la Convención pueden ser atribuidas directamente al estado.

1.2 La prueba de control global

17. Proponemos que la Corte adopte una exigencia de prueba de control global para atribuir responsabilidad al Estado de Colombia por actos de particulares. La necesidad de probar *control efectivo* tal como fue articulada en el *Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua* por la Corte Internacional de Justicia (en adelante “CIJ”) y la necesidad de probar *control global* tal como fue articulado en la sentencia de *Fiscal c. Tadic* por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante “TPIAY”) indican que hay dos normas aceptadas internacionalmente para determinar el criterio de control. Sugerimos que la Corte aplique el criterio de prueba de control global como fue articulado en la jurisprudencia del TPIAY y adoptado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Tribunal Europeo”). No obstante, la Corte debería armonizar la aplicación de este criterio con el contexto nacional.
18. La norma de control efectivo aplicada por la CIJ requiere que un cierto control del estado sobre los autores de los actos ilícitos sea demostrado para imputar responsabilidad internacional por los mismos al estado. En *Nicaragua*, la CIJ dijo que para que la conducta de las Contras sea atribuida a los Estados Unidos, debería ser probado que el Estado controlaba efectivamente las operaciones militares o paramilitares en las cuales se cometieron las presuntas violaciones.¹⁰ La decisión de la CIJ en el caso de *Bosnia* afirma esta conclusión y clarifica que el control efectivo debe ser demostrado, “respecto de cada operación en que la violaciones alegadas ocurrieron, y no generalmente con respecto a las acciones globales perpetradas por las personas o grupos de personas que cometieron las violaciones.”¹¹

⁹ *Pueblo Bello*, *supra* nota 1 párr. 123.

¹⁰ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Merits (Nicaragua vs United States)* (1986), International Court of Justice, párr. 115 [*Nicaragua*].

¹¹ *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (2007), International Court of Justice, párr. 400 [*Bosnia*]. Traducción: “in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or group of persons having committed the violations.”

19. El estándar de control efectivo explicado ut-supra es demasiado individualizado para ser consistente con el razonamiento de la Corte en su jurisprudencia precedente. En análisis anteriores de responsabilidad del Estado de Colombia, la Corte ha dicho que:

[P]ara establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención ni se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorio.¹²

20. La CIJ utiliza un estándar de control similar a los principios de la responsabilidad individual consagrados en el derecho penal interno. Además, un estándar tan individualizado no es apropiado en circunstancias que tratan del control estatal de grupos paramilitares.

21. La Sala de Apelaciones del TPIAY en el caso de *Tadic* ha destacado que se debe distinguir entre situaciones en que los particulares cometen actos como individuos y situaciones en las cuales los particulares están actuando como parte de un grupo organizado con estructura jerárquica.¹³ Como explica la Sala de Apelaciones del TPIAY:

“En el caso de un grupo organizado, el grupo normalmente realiza una serie de actividades. Si el grupo se encuentra bajo el control global del Estado, sus acciones generan necesariamente la responsabilidad del estado, hayan sido o no cada una de estas acciones específicamente impuestas, solicitadas o dirigidas por el Estado.”¹⁴

22. En consecuencia, en casos de grupo organizados, es suficiente que el grupo en su conjunto se encuentre bajo el control global del estado.¹⁵

23. Por otra parte, el standard de prueba de control global permite más flexibilidad que el criterio de la prueba de control efectivo con respecto a la identificación de elementos contextuales pertinentes a la atribución de responsabilidad al estado por los actos de particulares. La Corte ha subrayado la pertinencia del contexto histórico y político

¹² *Pueblo Bello*, supra nota 1 párr. 112; *Mapiripán*, supra nota 1 párr. 110; *Caso 19 Comerciantes*, supra nota 1 párr. 141.

¹³ *Prosecutor v. Du[ko Tadi]* (1999) Case No.: IT-94-1-A, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, párr. 120 [*Tadic*].

¹⁴ *Tadic*, supra nota 13 párr. 122. Traducción: “In the case of an organized group, the group normally engages in a series of activities. If it is under the overall control of a State, it must perforce engage the responsibility of that State for its activities, whether or not each of them was specifically imposed, requested or directed by the State”.

¹⁵ *Tadic*, supra nota 13 párr. 120. Traducción: “para atribuir actos de estos grupos a un estado, es suficiente requerir que el grupo en su conjunto se encuentre bajo el control global del Estado.”

cuando se establece las consecuencias jurídicas de un caso.¹⁶ La prueba de control global, al tener por objeto la determinación del grado de dependencia y control presentes en la relación entre el estado y los particulares, puede ser aplicada evaluando las circunstancias de cada caso concreto.

24. La jurisprudencia del Tribunal Europeo da apoyo a la utilización de un estándar de control global. Mientras la prueba de control efectivo exige la demostración del control específico del estado sobre los actos violatorios cometidos por particulares, la prueba de control global requiere únicamente un vínculo estructural y de carácter dependiente entre el estado y el grupo no estatal. En este sentido, el Tribunal Europeo ha sostenido que una relación de apoyo y la presencia de vínculos estructurales son suficientes para demostrar la existencia de control global sobre las acciones de particulares.
25. Por ejemplo, en *Loizidou c. Turquía* el Tribunal Europeo aborda la cuestión del grado de control requerido para desencadenar la responsabilidad internacional de un estado soberano por los actos ilícitos cometidos por otra entidad que se encuentra en el territorio de un tercer estado. El Tribunal Europeo concluyó que las autoridades de la República Turca de Chipre Septentrional (en adelante “RTCP”) estaban bajo el control global del Estado de Turquía. Al analizar la relación entre la RTCP y Turquía, el Tribunal Europeo no consideró si las autoridades turcas habían ejercido control específicamente sobre las políticas y acciones de la RTCP: “It is not necessary to determine whether...Turkey actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities of the ‘TRNC’... It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus...that her army exercises effective overall control over that part of the island.”¹⁷
26. Similarmente, en el caso de *Illascu c Moldova y Rusia* el Tribunal Europeo fundó la responsabilidad de la Federación de Rusia por los actos de los separatistas de la República Moldova Transdniestra en el hecho de que la primera ofrecía apoyo militar y político a la segunda, y sus fuerzas armadas participaban en el conflicto:

In the light of all these circumstances, the Court considers that the Russian Federation's responsibility is engaged in respect of the unlawful acts committed by the Transnistrian separatists, regard being had to the military and political support it gave them to help them set up the separatist regime and the participation of its military personnel in the fighting.¹⁸

¹⁶*Rochela*, supra nota 1 párr. 76.

¹⁷*Loizidou v. Turkey*, No 15318/89, [1996], Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 56 [*Loizidou*].

¹⁸ *Illascu and Others v. Moldova and Russia*, No 48787/99, [2004] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 382 [*Illascu*].

27. Consciente del apoyo militar, económico, financiero y político presente en la relación continua entre Rusia y los separatistas, el Tribunal concluyó que la República Moldova Transdniéster estaba sujeta a la influencia decisiva de Rusia.¹⁹
28. Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo sugiere que cuando los actos ilícitos en cuestión sean cometidos en el territorio nacional del estado imputado, el conocimiento de los agentes estatales de tales actos puede llevar a la responsabilidad del estado. En el caso de *El-Masri c. Macedonia* las acciones de los agentes de la CIA estadounidense fueron atribuidas al estado de Macedonia porque “los actos enjuiciados se realizaron en presencia de funcionarios del Estado demandado y bajo su jurisdicción” y con “la aprobación formal o tácita de sus autoridades.”²⁰ La afirmación de esta idea por el Tribunal Europeo en *Al Nashiri c. Poland* y *Husayn (Abu Zubaydah) c. Poland* indica que el hecho de que los actos ilícitos sean cometidos dentro del territorio nacional del estado imputado es elemento pertinente a la imposición de responsabilidad al Estado por las acciones de terceros.²¹

1.2.i Control global en el contexto nacional

29. Al evaluar la existencia de control ejercido por el estado es necesario diferenciar entre las situaciones en las cuales un grupo paramilitar opera dentro del territorio nacional del estado imputado, y las situaciones en las cuales grupos no estatales actúan extraterritorialmente. En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIAY en *Tadic* acepta que no en todos los casos se requiere la prueba de un alto grado de control.²² De esta forma, el grado de control exigido en el contexto nacional es menor al exigido en casos de responsabilidad extra-territorial.
30. El hecho de que un estado tenga presencia militar en una zona es un indicio conducente a una presunción de control estatal sobre las acciones de paramilitares que intervienen en esa misma zona. La Corte, en el caso *Mapiripán* se refiere a un estándar de control específico al contexto nacional:

[...] las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado.²³

¹⁹ *Illascu*, supra nota 18 párr. 392.

²⁰ *El-Masri c. Ex-República Yugoslava de Macedonia*, No 39630/09, [2002] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 206 [*El-Masri*].

²¹ *Al-Nashiri v. Poland*, No 28761/11, [2014] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr.s. 440, 442, 517 [*Al-Nashiri*]; *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, No 7511/13, [2014] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr.s. 444-445, 449 [*Husayn*].

²² *Tadic*, supra nota 13 párr. 117.

²³ *Mapiripán*, supra nota 1 párr. 120, énfasis añadido.

31. Por lo tanto, la presencia militar en el territorio hace presumir un cierto grado de control. Proponemos que la Corte avance en estas ideas atribuyendo directamente los actos de paramilitares al estado cuando estos actúen en tales zonas.
32. La CIJ afirmó una presunción de control estatal dentro del territorio nacional en el caso del *Canal Corfú*. Esta presunción también fue reiterada por el Tribunal de reclamaciones de Irán-Estados Unidos en el caso de *Kenneth P. Yeager c. Irán*. En el caso *Canal Corfú* la CIJ articuló la siguiente norma derivada de la práctica estatal:

“Un Estado en cuyo territorio o en cuyas aguas un acto violatorio del derecho internacional ha sido cometido, puede ser llamado a dar explicaciones. El Estado no puede evadir el pedido de explicaciones respondiendo que ignora las circunstancias del acto y sus autores.”²⁴

33. Hay una presunción de control estatal sobre aquello que tiene lugar dentro de las fronteras estatales. Similarmente, en *Yeager* el contexto nacional condujo a una presunción de agencia. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos determinó que la manera de actuar de los Guardianes de la Revolución indicaba que el Estado de Irán ejercía control sobre sus acciones. El Tribunal de Reclamaciones estableció que los Guardianes estaban: “[...] actuando de hecho en representación del nuevo gobierno, o al menos, ejerciendo autoridad gubernamental en la ausencia de autoridades oficiales [...]”²⁵
34. De hecho, la Corte ya ha declarado que el comportamiento de particulares puede ser atribuido al estado cuando estos particulares participan en operaciones militares. En el caso de *Rochela*, la Corte concluyó que:

[...] el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones... que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejerció de dichas funciones [...]”²⁶

35. No obstante esta declaración de responsabilidad directa, la Corte especifica que la responsabilidad estatal nace a través de las acciones u omisiones de órganos del Estado

²⁴ *The Corfu Channel Case. Merits* (1949), International Court of Justice, párr. 18 [*Corfu*]. Traducción: “[...] a State on whose territory or in whose waters an act contrary to international law has occurred, may be called upon to give an explanation. It is also true that that State cannot evade such a request by limiting itself to a reply that it is ignorant of the circumstances of the act and of its authors”.

²⁵ *Kenneth P. Yeager v. Iran* (1980), Iran-U.S. Claims Tribunal, 17 Iran-US Claims Tribunal Reports, párr.s. 44-45. Traducción: “acting in fact on behalf of the new government, or at least exercised elements of governmental authority in the absence of official authorities.”

²⁶ *Rochela*, supra nota 1 párr. 102.

de Colombia. Concebida así, la atribución de responsabilidad por los actos de particulares surge de manera indirecta. Sugerimos que cuando las actividades de paramilitares hayan tenido lugar en situaciones bajo el control del estado, y que cuando un grupo no-estatal ha colaborado y trabajado en coordinación con las fuerzas armadas del estado, la responsabilidad estatal por los actos de estos paramilitares sea directa, y no fundada en las acciones u omisiones de agentes formales del estado.

36. Más aun, en el caso de *Rochela*, la Corte declaró la responsabilidad directa del Estado de Colombia por todo acto de particulares que participen en operaciones militares del Estado, “más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones.”²⁷ Dado que las limitaciones de comportamiento *ultra vires* no se definen con respecto a los agentes *de factos* del estado, los actos de estos mismos deben ser imputables al estado para mostrar un control global.

1.2.ii Relevancia de la prueba circunstancial

37. La prueba indirecta o circunstancial puede sustentar la presunción de que un grupo no estatal operativo en el territorio de un Estado parte de la Convención se comporta como órgano *de facto* del Estado. Como ya ha notado la Corte, “la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.”²⁸ De hecho, en el caso de *Mapiripán*, la Corte caracterizó el grado de control del Estado de Colombia, sin tener pruebas directas, y concluyó que el Estado ordenó la masacre y que hubo una relación de dependencia total entre el Estado y los grupos paramilitares.²⁹
38. La posición de la Corte con respecto a la importancia de las pruebas indirectas es consistente con la posición de la CIJ en el caso del *Canal Corfú*. La CIJ explica la necesidad de admitir pruebas circunstanciales, o indirectas, cuando un órgano jurídico evalúa la responsabilidad de un estado por las acciones violatorias de particulares realizadas en su propio territorio:

“Por otro lado, el hecho de que un Estado ejerza control territorial exclusivo dentro de sus fronteras influye sobre los medios de prueba admisibles a fin de demostrar el conocimiento por parte de dicho Estado de actos violatorios. En virtud de dicho control exclusivo, el otro Estado, víctima de la violación al derecho internacional, se encuentra frecuentemente en la imposibilidad de ofrecer prueba directa de los hechos originarios de responsabilidad. Ante ello, debe liberalizarse la facultad del estado víctima de invocar inferencias de hecho y prueba circunstancial... Valor probatorio especial debe

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Velásquez Rodríguez, *supra* nota 3 párr. 130.

²⁹ *Mapiripán*, *supra* nota 1 párr. 120.

atribuirse a una serie de hecho vinculados que conduzcan lógicamente a una única conclusión. La prueba puede deducirse de inferencias de hecho siempre y cuando ellas no dejen lugar a duda razonable...Es posible que los elementos de prueba en los cuales dichas inferencias se basen difieran de aquellos elementos que son relevantes en la cuestión de convivencia.”³⁰

En el caso *Canal Corfú*, el control exclusivo del estado imputado de su territorio nacional condujo la CIJ a la conclusión de que un estado víctima se encuentra frente varios obstáculos al obtener pruebas.³¹

39. Los casos que tratan violaciones cometidos dentro del territorio nacional enfrentan obstáculos parecidos. Por ejemplo, en unos de los casos en que la Corte trató el conflicto interno en Colombia, actores estatales como no estatales fueron acusados de haber destruido pruebas pertinentes.³² Más aún, la Corte ha reconocido la importancia particular de la prueba indiciaria o presuntiva “cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas.”³³ Este argumento se base “en que una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma.”³⁴ Ante ello, demostrar la desaparición de un individuo sería imposible sin referencia a pruebas indirectas, o inferencias lógicas pertinentes.³⁵
40. Los demandantes que quieren establecer la responsabilidad del Estado de Colombia por la conducta de paramilitares entonces se encuentran frente a obstáculos parecidos a los que aparecieron en el caso *Canal Corfú*. En los casos de desaparición forzada de personas, como en el caso *Vereda la Esperanza*, las exigencias probatorias a los efectos de demostrar la existencia de control global deberían adaptarse a las circunstancias particulares del caso

³⁰ *Corfu*, *supra* nota 24 párr. 18. Traducción: “On the other hand, the fact of this exclusive territorial control exercised by a State within its frontiers has a bearing upon the methods of proof available to establish the knowledge of that State as to such events. By reason of this exclusive control, the other State, the victim of a breach of international law, is often unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility. Such a State should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence...It must be regarded as of special weight when it is based on a series of facts linked together and leading logically to a single conclusion... The proof may be drawn from inferences of fact, provided that they leave no room for reasonable doubt. The elements of fact on which these inferences can be based may differ from those which are relevant to the question of connivance.”

³¹ *Ibid.*

³² Véase como ejemplo *Mapripán*, *supra* nota 1 párr. 192; *19 Comerciantes*, *supra* nota 1 párr.s. 114 (c) y 157 (b).

³³ *Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 3 párr. 131.

³⁴ *Ibid* párr. 124.

³⁵ *Ibid.*

Sección 2: La Atribución de Responsabilidad Internacional por la Conducta *Ultra Vires* de Agentes Estatales

41. El Estado colombiano niega la atribución de responsabilidad internacional por los hechos alegados por los peticionarios, argumentando que dichos hechos fueron cometidos por actores no estatales.³⁶ Según el gobierno colombiano, la incorporación de miembros de la Fuerza Pública en los grupos paramilitares no es a una práctica del Estado colombiano y, por lo tanto, no puede fundar su responsabilidad internacional por las acciones de paramilitares.³⁷ Sin embargo, con base en los hechos probados por la Comisión, la conducta de los agentes estatales, realizada en coordinación con los grupos paramilitares no estatales en la localidad de Vereda La Esperanza, es suficiente para atribuir responsabilidad internacional al Estado colombiano por violación de sus obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención. Esta responsabilidad es atribuible cuando las acciones de los actores estatales son *intra* o *ultra vires*.³⁸
42. Aunque la conducta de individuos actuando en una capacidad privada generalmente no es atribuible al Estado,³⁹ cuando un agente estatal comete un acto ilícito que viola un derecho amparado por el derecho internacional y, en particular en este caso, un derecho garantizado por la Convención, la violación es imputable al Estado.⁴⁰ En el Comentario del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante “el Proyecto”), la Comisión de Derecho Internacional (en adelante “CDI”) observó:
- “[un] problema en particular para ser resuelto es si una persona quien es órgano del Estado actúa en esta calidad. [...] Donde tal persona actúa en una aparente calidad oficial, o bajo la apariencia de autoridad, los actos bajo cuestión serán atribuibles al Estado.”⁴¹
43. Por lo tanto, el Estado incurre responsabilidad incluso cuando el agente estatal ha actuado en contra de las instrucciones o en exceso de su autoridad.⁴²

³⁶ *Vereda la Esperanza Colombia. Admisibilidad y Fondo* (2013), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No 85/13, Caso 12.251, párr.s. 3, 30 [*Fondo*].

³⁷ *Ibid* párr.s. 32, 33.

³⁸ *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Res. AG 56/83, Doc. off. AG NU, 85^a período de sesiones, Doc. A/RES/56/83 (2002) [*el Proyecto*].

³⁹ *Ibid*.

⁴⁰ *Ibid* artículo 7; *Velasquez Rodríguez*, *supra* nota 3 párr. 173.

⁴¹ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, Doc. off. AG NU, 56^a período de sesiones, Supp No 10, Doc. A/56/10 (2001), Comentario 13 al artículo 4. Traducción: “[a] particular problem is to determine whether a person who is a State organ acts in that capacity. [...] Where such a person acts in an apparently official capacity, or under colour of authority, the actions in question will be attributable to the State.”

⁴² *Draft Articles on Responsibility of States*, Comentarios 2 y 8 al artículo 7 [*Draft Articles*]; Human Rights Committee, *Sarma v. Sri Lanka* (950/2000), CCPR/C/78/D/0950/2000, (2003) párr. 9.2.

44. En resumen, el Estado debería ser considerado responsable por “todos los actos cometidos por sus agentes en virtud de su calidad oficial.”⁴³ Este principio de atribución de responsabilidad internacional se ha establecido en el derecho internacional a través de la ratificación del Proyecto de la CDI por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y, asimismo, por la jurisprudencia de tribunales internacionales, regionales y arbitrales.⁴⁴ En *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte resumió el principio de atribución: “[E]s imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.”⁴⁵
45. Una excepción a esta norma ocurre cuando un agente del Estado actúa en una capacidad puramente privada, aun cuando los medios utilizados para cometer el acto ilícito fueron puestos a su disposición por el Estado.⁴⁶ Frecuentemente, la línea entre acciones privadas y públicas de agentes estatales en situaciones de conflicto armado se difumina. En el presente caso, el gobierno de Colombia sostiene que las operaciones conjuntas entre algunos miembros de la Fuerza Pública y grupos paramilitares no pueden ser atribuibles al Estado porque los supuestos actos se llevaron a cabo exclusivamente por agentes no estatales, sin el conocimiento, apoyo o autorización del Estado.⁴⁷ Sin embargo, en su declaración de los hechos ante la Comisión, el Estado colombiano se contradice porque reconoce que ciertos agentes estatales actuaron junto a los grupos paramilitares en la comisión de operaciones militares: “los grupos paramilitares sedujeron a algunos miembros de la fuerza pública con los cuales adelantaron aisladas acciones militares conjuntas [...] haciéndose denominar equivocadamente como autodefensas”.⁴⁸
46. Por otra parte, Colombia afirma que no tuvo conocimiento de cualquiera situación de riesgo real e inmediato para las presuntas víctimas y que, por lo tanto, no estaba en una posición para poder prevenir los actos de los paramilitares.⁴⁹ Sin embargo, el Comentario de la CDI y la jurisprudencia proporcionan pautas para ser aplicados en el

⁴³ *Ibid* Comentarios 3 y 4 al artículo 7. Traducido de “all acts committed by their agents by virtue of their official capacity”.

⁴⁴ Cabe recordar que esa Honorable Corte ha reconocido, de acuerdo con artículo 29. b) de la Convención, que en su examinación de atribución de responsabilidad internacional del Estado, las normas establecidas por otros instrumentos internacionales a las cuales el Estado es parte, pueden informar la Corte en su interpretación y definición del contenido de la Convención. Por lo tanto, las provisiones del Proyecto, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 53° período de sesiones, pueden considerarse como autoridad en el derecho internacional. También, véase: *Convención*, *supra* nota 4 artículo 29 (b); *Rodríguez Vera*, *supra* nota 5 párr. 39; *Mapiripán*, *supra* nota 1 párr. 114; *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Res AG Doc. off. AG NU, 56ª período de sesiones, Doc. A/RES/56/83 (2002) artículo 7; *Draft Articles*, *supra* nota 42 Comentario 5 al artículo 7; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Judgment* (2005), International Court of Justice, párr. 245 [DRC].

⁴⁵ *Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 3 párr. 172.

⁴⁶ “Documents of the twenty-seventh session including the report of the Commission to the General Assembly” (UN Doc A/CN.4/SER.A/1975/Add.1) in *Yearbook of the International Law Commission 1975*, vol 2 (New York: United Nations publication, 1976), Commentary 2 to Article 11, pág. 71.

⁴⁷ *Fondo*, *supra* nota 36 párr.s. 3, 30, 33-34, 38.

⁴⁸ *Ibid* párr. 32.

⁴⁹ *Ibid* párr. 35.

contexto de conflictos armados de esta naturaleza.⁵⁰ Cuando el Estado tiene conocimiento, o debería haber tenido conocimiento, de la existencia de una práctica sistemática de connivencia entre agentes del Estado y grupos paramilitares, aun cuando el funcionario está fuera de servicio y vestido de civil (o se haya cambiado su brazalete al de un paramilitar),⁵¹ el comportamiento del agente estatal es atribuible al Estado.⁵² Más aún, como ha sido reconocido por la Corte, “[l]a responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.”⁵³

47. El Estado colombiano ha promovido una cultura de connivencia y complicidad entre los grupos paramilitares y los órganos del Estado. En distintas ocasiones, la Corte ha atribuido responsabilidad internacional al Estado de Colombia por sus acciones y omisiones que se realizaron en colaboración con los grupos paramilitares.⁵⁴ Se ha pronunciado que la Corte “tiene presente que se ha documentado durante varios años la existencia en Colombia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la Fuerza Pública.”⁵⁵ Por lo tanto, no hay duda de que los hechos alegados en este caso tuvieron lugar dentro de un contexto de colaboración y complicidad sistemática entre el estado y los grupos paramilitares. Por lo tanto, el mero hecho de que los agentes estatales actuaran *ultra vires* no obsta a la atribución de responsabilidad cuando existe un contexto de colaboración entre el Estado y los actores no estatales, como es el caso de Colombia.⁵⁶
48. Colombia intenta protegerse de la atribución de la responsabilidad internacional con el argumento de que en este caso, los funcionarios no estaban actuando bajo o con el consentimiento de la autoridad y, por otra parte, que los agentes estatales actuaron sin autoridad aparente.⁵⁷ Sin embargo, los eventos que se realizaron en Vereda la Esperanza no fueron incidentes aislados. Los hechos ocurrieron dentro de un contexto de conflicto armado en el cual existe una red de relaciones entre el gobierno y los grupos paramilitares. Incluso si la Corte no encuentra que existió un grado de control suficiente del Estado sobre los paramilitares para poder atribuirle responsabilidad internacional por los actos estos grupos, el contexto de colaboración entre ambas partes sigue siendo uno en el cual los agentes estatales decidieron participar en los hechos ilícitos.

⁵⁰ *Draft Articles*, *supra* nota 42 artículo 7, Comentario 8.

⁵¹ Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia*, OACDH, 2006, E/CN.4/2006/56/Add.1, párr. 56.

⁵² *Corfu*, *supra* nota 24 párr. 22; *Draft Articles*, *supra* nota 42 artículo 7, Comentario 8.

⁵³ *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas (Paraguay)* (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 153, párr. 82.

⁵⁴ *19 Comerciantes*, *supra* nota 1 párr.s. 137-142; *Mapiripán*, *supra* nota 1 párr.s. 120-122; *Pueblo Bello*, *supra* nota 1 párr.s. 126, 140.

⁵⁵ *Pueblo Bello*, *supra* nota 1 párr. 128.

⁵⁶ *19 Comerciantes*, *supra* nota 1 párr.s. 137-140, 156; *Fondo*, *supra* nota 1 párr. 187; Tullio Scovazzi & Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007) pág. 21 [Scovazzi] (ver nota de pie 54).

⁵⁷ *Fondo*, *supra* nota 36 párr.s. 32-33.

49. El contexto en el cual se desarrollaron los hechos alegados es fundamental a este análisis debido a que es necesario distinguir este contexto de las actividades delictivas de naturaleza totalmente privada cometidas por un agente estatal, tal como decidir formar parte de una banda cuando está fuera de servicio. El caso *Caire* refina esta noción, diferenciando la conducta que incurre la responsabilidad del estado de las acciones estrictamente privadas sobre la base de que, con respecto a conducta privada, “no existe ningún vínculo con sus funciones oficiales.”⁵⁸ Claramente, se ha establecido una conexión entre las funciones de los agentes estatales y su conducta ilícita en el presente caso.
50. Mientras podría argumentarse que no existe prueba de que los agentes estatales actuaron bajo el aparente ejercicio de sus funciones oficiales, el hecho relevante para atribuir responsabilidad internacional a Colombia en este caso es que la conducta ilícita de los agentes estatales en las operaciones con los paramilitares estuvo estrechamente relacionada con sus funciones oficiales.⁵⁹
51. Como ha señalado el experto en derecho internacional y derecho internacional humanitario, Marco Sassòli, conforme al artículo 3 del Convenio de La Haya n° IV leído y el artículo 91 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), “en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el derecho internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas siempre están en servicio y nunca actúan en calidad de personas meramente privadas.”⁶⁰ Por lo tanto, en conflictos armados internacionales, los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública generan, “[l]a responsabilidad absoluta [...] por el hecho de que los soldados forman parte de una categoría particular de órganos del Estado, sobre la cual éste ejerce un control más estricto que sobre otros funcionarios.”⁶¹
52. No obstante que el marco jurídico de los conflictos armados no internacionales se distingue del marco jurídico de los conflictos armados internacionales y, por lo tanto, no utiliza el mismo criterio de atribución de responsabilidad estatal por actos delictivos de miembros de las fuerzas armadas, el artículo 7 del Proyecto se aplica a ambos tipos de conflicto. Por lo tanto, la propuesta de que el mismo criterio de responsabilidad internacional se aplique a los hechos ilícitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas no es irrazonable. Más aun, la excepción referida a los actos ilícitos cometidos por los agentes estatales en su capacidad privada debería interpretarse restrictivamente

⁵⁸ *Supra* nota 46, Commentary 14 to Article 10, citando el caso *Caire* del Tribunal arbitral franco-mexicano, págs. 529 *et seq.* (United Nations publication, Sales No. 60.V.5 págs. 417-418). Traducido de “no connection with the official function”.

⁵⁹ Robert Jennings & Arthur Watts, eds, *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., vol. 1 (Essex: Longman Group UK Limited, 1992.) párr. 165, pág. 546 (ver casos citados en la nota de pie 5).

⁶⁰ Marco Sassòli, “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”, disponible en : (2002) Revista Internacional de la Cruz Roja <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecbx.htm>>.

⁶¹ *Ibid.*

para evitar cualquier impunidad del Estado por casos de desapariciones forzadas.⁶² Como ha observado el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU (en adelante el “GTDFI”) en su informe de visita a Colombia del 2011, “el Grupo de Trabajo constata nuevamente la impunidad en que se encuentra la casi totalidad de los casos de desaparición forzada”.⁶³ Por lo tanto, se invita a esa Honorable Corte a promover un cambio fundamental para combatir la impunidad estatal, confirmando una responsabilidad amplia del Estado por los actos de sus agentes y, asimismo, aprovechar esta oportunidad para establecer límites estrictos al alcance y contenido de la excepción a la norma de atribución de responsabilidad estatal por los actos *ultra vires* de agentes estatales.

53. Asimismo se reconoce que, en el sistema interamericano, el Estado tiene una obligación amplia de debida diligencia para prevenir violaciones de los derechos por parte de actores no estatales.⁶⁴ Se desprende que el deber de prevención de tales violaciones es, sin duda, aún mayor para los agentes del Estado, y ello a fin de garantizar un estricto cumplimiento de los derechos protegidos por la Convención y los otros instrumentos en los cuales el Estado es parte. Por lo tanto, corresponde concluir que Colombia ha violado el artículo 1.1 de la Convención, incurriendo en responsabilidad internacional por la conducta de sus agentes.

Sección 3: Los Derechos del Niño : La responsabilidad del Estado colombiano en derecho interamericano e internacional para prevenir el uso directo tanto como indirecto por los grupos no estatales de los niños menores de 18 años en las hostilidades

Introducción

54. Los hechos descritos por la Comisión suscitan la cuestión de la responsabilidad del Estado colombiano de prevenir el uso por grupos no estatales de niños menores de 18 años en hostilidades. La Comisión ha observado la práctica de las Autodefensas de reclutar niños y adolescentes, frecuentemente con la ayuda de las fuerzas armadas colombianas.⁶⁵ En este caso, los peticionarios alegan la responsabilidad de la República de Colombia por la desaparición de tres niños de la edad de 15 años o menos, uno de los cuales fue sustraído de sus padres y pasó su infancia con los paramilitares de las Autodefensas.⁶⁶

⁶² *Draft Articles*, *supra* nota 42 Comentario 7 al artículo 7.

⁶³ Human Rights Council, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, Addendum, Missions to Colombia and Nepal: Missions to Colombia and Nepal: follow-up to the recommendations made by the Working Group*, UNGAOR, 2012, GTDFI A/HRC/19/58/Add.4, párr. 7.

⁶⁴ *Rodríguez Vera*, *supra* nota 5(x) párr.s. 523, 526-28; *19 Comerciantes*, *supra* nota 1 párr.s. 140; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Honduras)* (2003) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 99, párr. 142 [*Humberto Sánchez*]; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo (Colombia)* (1995), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 22, párr. 56 [*Caballero Delgado*]; *Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 3 párr. 172; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo (Honduras)* (1989), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 5, párr. 182 [*Godínez Cruz*].

⁶⁵ *Fondo*, *supra* nota 36 párr.s. 66, 75.

⁶⁶ *Ibid* párr. 20.

55. Bajo el Artículo 19 de la Convención, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.” Como ser humano, el niño tiene también derecho a la vida (artículo 4); derecho a la integridad personal (Artículo 5); derecho a la libertad personal (artículo 7) y derecho al nombre (artículo 18). Los niños también están protegidos por la prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 6);⁶⁷ por la garantía de la protección a la familia (artículo 17); y por el derecho a la protección jurídica (artículo 25). Con las excepciones de los artículos 7 y 25, la vigencia de estos artículos no puede suspenderse o derogarse; tampoco se puede derogar de la Convención de una manera incompatible con las obligaciones estatales en derecho internacional.⁶⁸ La separación de niños de su familia (Artículos 5; 7; 17; 18) para su empleo directo o indirecto en fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no estatales (Artículos 4, 5, 6, 7) es contraria a los derechos y garantías establecidos en la Convención.
56. El derecho internacional puede servir de instrumento de interpretación para ayudar a la Corte a elucidar la responsabilidad del Estado colombiano por la falta de prevención del abuso de los derechos del niño reclamados en el presente caso. En esta sección, primeramente se examinará sucintamente el derecho internacional para concluir que el uso de niños en hostilidades, ya sea directa o indirectamente por grupos estatales o no estatales, está prohibido. Segundo, se examinará el fundamento en derecho interamericano e internacional de la obligación de tomar “todas las medidas posibles” para prevenir dicha práctica. Seguidamente, se analizarán las interpretaciones de esta obligación. Finalmente, se examinará desde la perspectiva del derecho internacional e interamericano el contenido concreto del deber del Estado de Colombia de proteger a los niños afectados por hostilidades durante el periodo en cuestión
57. No es suficiente criminalizar en derecho doméstico el uso de los niños en hostilidades; el Estado también tiene la responsabilidad de tomar todas las medidas razonablemente posibles para asegurar la conformidad con estas leyes. Además, el estado que no tiene la capacidad de prevenir el abuso de los derechos del niño tiene la responsabilidad bajo el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (“Protocolo facultativo”), que juntamente con la Convención integran el *corpus iuris americano* para la protección de los derechos del niño,⁶⁹ de pedir la cooperación de la comunidad internacional en el cumplimiento de este deber. Finalmente, aunque no son vinculantes, existen desde hace mucho tiempo varias recomendaciones en el discurso internacional que subrayan la

⁶⁷ *Caso de Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia (Paraguay)* (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 155, párr. 119 [Vargas Areco]. Centre for Human Rights, United Nations Office at Geneva, *Human Rights Fact Sheet No. 14: Contemporary Forms of Slavery* (1991) pág. 1. Se entiende el uso de los niños en los conflictos armados como “esclavitud”.

⁶⁸ *Convención, supra* nota 4 artículo 27.

⁶⁹ *Caso Contreras y otros vs. El Salvador (El Salvador)* (2011), Opinión Consultiva C-17/02, Corte Interamericana de Derechos Humanos párr. 24; *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones (Uruguay)* (2011), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 221, párr. 121 [Gelman]; *Caso de Chitay Nech et al. vs. Guatemala (Guatemala)* (2010), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 212, párr. 165 [Chitay].

necesidad del estado de elaborar un plan concreto para proteger a los niños antes, durante, y después de los conflictos armados. La falta de un plan para ayudar a los niños víctimas del reclutamiento forzado puede interpretarse como omisión estatal de cumplimiento de obligaciones internacionales. En resumen, el estado tiene una obligación de tomar toda medida razonablemente posible para proteger a los niños, lo que el Estado colombiano no ha hecho en el periodo en cuestión.

3.1: El uso de niños, aún como participantes indirectos, en hostilidades está prohibido en la Convención y en derecho internacional.

58. Dado los derechos mencionados del niño bajo la Convención, y a la luz del derecho internacional, está claro que el uso de niños menores de 18 años en hostilidades se encuentra prohibido. El derecho internacional es claro: el uso de niños menores de 15 años para participar activamente en hostilidades, tanto por parte de un estado como por un grupo armado no estatal,⁷⁰ es una violación de derecho convencional y consuetudinario internacional; esto fue establecido “mucho antes” del año 1996, el año de los hechos en cuestión.⁷¹ Es menos clara la prohibición en derecho internacional del reclutamiento y el uso de niños entre la edad de 15 y 18 años. Sin embargo, la Corte en *Vargas Areco*, citando la recomendación general de la Comisión de 1999 sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados y el artículo 3 del Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil,⁷² que se aplican a los menores de 18 años, reconoció una “tendencia” en derecho internacional a evitar la incorporación de los menores de 18 años en las fuerzas armadas, “y a asegurar, en todo caso, que los menores de 18 años de edad no participen directamente en hostilidades”.⁷³ También es de notar la ley interna de Paraguay, que prohíbe el reclutamiento de los menores de 18 años en las fuerzas armadas, como ejemplo de esta norma.⁷⁴ Aunque en derecho internacional la prohibición de reclutar y usar niños en edad de 15 a 18 años no es una norma universalmente aceptada, como lo es la prohibición respecto de niños menores de 15 años, la tendencia en derecho interamericano hacia su adopción definitiva es indiscutible.

59. El derecho Colombiano ha prohibido el reclutamiento obligatorio de los menores de 18 años desde el año 1997⁷⁵ y el reclutamiento voluntario desde el año 1999.⁷⁶ En la ley

⁷⁰ Ilona Topa, “Prohibition of Child Soldiering—International Legislation and Prosecution of Perpetrators” (2007) 3:1 *Hanse Law Review* pág. 112. Véase también Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el Uso de Niños como Soldados, *Declaración de Montevideo sobre el Uso de Niños como Soldados* (Montevideo, 1999) [Montevideo].

⁷¹ CDF Trial, *Prosecutor v Norman (Samuel Hinga) and others*, Decision on Amendment of Consolidated Indictment, Case No SCSL-04-14-AR73, SCSL-04-14-T-397, ICL 400 (SCSL 2004), 31 May 2004, Appeals Chamber (SCSL) [CDF Trial]; FARC Trial, *Prosecutor v Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF Trial)*; Trial Judgment, Case No. SCSL-04-15-T (SCSL 2009), 2 March 2009 párr. 923. Véase también Lois Whitman & Janet Fleischman, “The Child Soldiers” (1994), 39:4 *Africa Report*, 00019836; Ilene Cohn & Guy S. Goodwin-Gill, *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflicts* (Oxford: Oxford University Press, 1994) [Cohn] págs. 70, 77-8.

⁷² Organización Internacional del Trabajo, C182, 17 junio 1999 [Trabajo infantil].

⁷³ *Vargas Areco*, *supra* nota 67 párr. 119-122.

⁷⁴ *Ibid* párr. 123.

⁷⁵ Ley 418 de 1997 artículo 13.

vinculante de 1995, Ley 48 de 1993, no prohibió directamente el reclutamiento de los menores de edad, pero limitó la obligación a los mayores de edad;⁷⁷ “la incorporación se podrá efectuar a partir de la mayoría de edad del conscripto hasta cuando cumpla 28 años, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley para bachilleres.”⁷⁸

60. El derecho interamericano, interpretado a la luz del derecho internacional, prohíbe la participación directa y activa del niño en hostilidades. También prohíbe su participación de cualquiera manera en hostilidades, ya sea como miembro de las fuerzas gubernamentales o como parte de un grupo armado no estatal. En el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo II), en los cuales Colombia es signatario desde el 14 de agosto 1995, se establece como garantía fundamental que “no se permitirá que participen en las hostilidades” los niños menores de 15 años.⁷⁹ El Protocolo II se aplica en el los casos de conflictos armados no internacionales y no limita la prohibición a la participación directa, como lo hace el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo I),⁸⁰ que es aplicable en los casos de conflictos armados internacionales. El Protocolo II cubre la participación indirecta de los niños en hostilidades, incluso como portadores, mensajeros, espías, centinelas, saboteadores, señuelos, o en otras funciones de apoyo directo.⁸¹ No importa el rol de los niños reclutados por las Autodefensas del Magdalena Medio: su participación de cualquiera manera en las hostilidades está prohibida bajo la Convención y el derecho internacional.

3.2 “Todas las medidas posibles”: un requisito bien establecido en derecho interamericano e internacional.

61. Bajo el derecho interamericano, el estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, según el contexto, para proteger a los niños.⁸² La Convención Sobre los Derechos del Niño requiere que los Estados partes adopten “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos” en la Convención Sobre los Derechos del Niño, y, cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, que adopten esas medidas “hasta el máximo de los recursos de que dispongan”.⁸³ Este artículo no diferencia entre los conflictos nacionales e internacionales.⁸⁴

⁷⁶ Ley 549 de 1999 artículo 12.

⁷⁷ Ley 48 de 1993 artículos 10 y 14.

⁷⁸ *Ibid* artículo 20.

⁷⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 1977, artículo 3 [Protocolo II].

⁸⁰ Colombia es signatario desde 09/01/1993.

⁸¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949*, s. 3187; *Informe del comité preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, UN Document A/CONF.183/2/Add.1 [1998] al 25; Comité Internacional de la Cruz Roja, “Customary IHL Database”, Rule 137: Participation of Child Soldiers in Hostilities, disponible en: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter39_rule137>

⁸² Contreras, *supra* nota 69; *Convención*, *supra* nota 4 artículos 19, 17, 1.1.

⁸³ Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos del niño*, 1990, [Convención niños] artículo 4.

⁸⁴ Magne Frostad, “Child Soldiers: Recruitment, Use and Punishment” (2013) *International family Law, Policy and Practice* 1:1 [Frostad] pág. 74.

62. Los Estados partes en conflicto tienen la responsabilidad, bajo un “cuerpo significativo” de derecho internacional convencional, de tomar “todas las medidas posibles” para prevenir la participación de los niños en las hostilidades.⁸⁵ El Protocolo II, establece como garantía fundamental que “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”.⁸⁶ Debido a que el Protocolo II no utiliza el lenguaje de “medidas posibles” ni limita la prohibición a la participación directa, como lo hace el Protocolo I, aparece como más estricto.⁸⁷
63. En cuanto a los conflictos no internacionales, la Convención Sobre los Derechos del Niño también utiliza el lenguaje de “todas las medidas posibles” exigiendo que los estados aseguren que los menores de 15 años no participen directamente en hostilidades,⁸⁸ una de las pocas provisiones convencionales que ha alcanzado aceptación universal.⁸⁹ Según Arnold, una interpretación literal y teleológica de este artículo permite sostener que el derecho internacional humanitario en relación con el reclutamiento y uso de menores en conflictos armados es *lex specialis* con respecto a las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁹⁰
64. El Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados prohíbe el reclutamiento y uso de menores de 18 años, tanto en las fuerzas armadas de los Estados partes (Art. 1) como en los “grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado” en cualquiera circunstancia (Art. 4). El deber de adoptar medidas “eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación” del uso de niños soldados ha tenido eco en el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil,⁹¹ ratificado por Colombia en 2005, donde se reconoce como una de las peores formas de trabajo infantil y una práctica análoga a la esclavitud “el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”.⁹² Es de notar también el uso de la expresión “todas las medidas necesarias” en algunos instrumentos para proteger a los niños durante el conflicto⁹³ y para prevenir, punir, y remediar las desapariciones forzadas de niños⁹⁴. El deber de Colombia de tomar “todas las medidas posibles” para prevenir el uso de los niños en las hostilidades de las

⁸⁵ CDF Trial, *supra* nota 71 párr. 41.

⁸⁶ Protocolo II, *supra* nota 79 artículo 3, énfasis añadido.

⁸⁷ Frostad, *supra* nota 84 pág. 74; véase también Topa, *supra* nota 70 pág. 11; Rachel Brett, “Child Soldiers: Law, Politics and Practice” (1996) International Journal of Children’s Rights 4 pág. 117 [Brett].

⁸⁸ Convención niños, *supra* nota 83 artículo 38 (1)(2).

⁸⁹ CDF Trial, *supra* nota 71 párr. 20.

⁹⁰ Roberta Arnold, “Children and Armed Conflict” (2006) Max Planck Encyclopedia of Public International Law pág. 12 [Arnold].

⁹¹ Trabajo infantil, *supra* nota 72 artículo 1.

⁹² *Ibid* artículo 3.

⁹³ Declaration on the protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict Proclaimed by GA resolution 3318 (XXIX) 14 Dec 1974 artículo 4; African Charter on the Rights and Welfare of the Child (Regional) Nov 1999 OAS artículo 22.

⁹⁴ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Naciones Unidas, adoptado 20 diciembre 2006, A/RES/61/177 (entró en vigor el 23 de diciembre del 2010), firmado por Colombia 27 Sep 2007; ratificado por Colombia 11 Jul 2012, artículo 25(1-3), [Convención desapariciones].

Autodefensas es claro. A continuación analizaremos la interpretación del sentido de “medidas posibles”, y, después, abordaremos el contenido concreto del deber del Estado colombiano.

3.2.i La interpretación de “todas las medidas posibles”

65. Según varios autores, el término “todas las medidas posibles” indica una responsabilidad estatal correlacionada positivamente con el grado de control o influencia estatal sobre el grupo en cuestión.⁹⁵ Tanto bajo el marco de los derechos humanos tanto como del derecho internacional humanitario, los estados tienen la obligación de tomar medidas razonables para proteger a los niños bajo su jurisdicción contra los abusos de actores privados⁹⁶ y de grupos armados no estatales, sin necesidad de que el estado tenga ninguna conexión con el grupo o actor en cuestión⁹⁷; es la denominada obligación de debida vigilancia. La omisión de dichas medidas constituye un incumplimiento de obligación de vigilancia.⁹⁸
66. El lenguaje de “todas las medidas posibles” implica una obligación de medio y no de resultado.⁹⁹ Como signatario del Protocolo Facultativo, los Estados Unidos expresaron su interpretación del término “todas las medidas posibles” del Artículo 4: “por ‘medidas posibles’ se entiende aquellas medidas factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares.”¹⁰⁰ Es una interpretación compartida por Argelia, Bélgica, Canadá, España, Italia, y los Países Bajos.¹⁰¹ De hecho, el Tribunal Europeo, en lo que concierne al deber estatal de proteger a niños y mujeres contra la violencia doméstica, considera el deber de

⁹⁵ Frostad, *supra* nota 84 pág.76; Child Soldiers International, “Louder Than Words: An Agenda for Action to End State Use of Child Soldiers”, Report to mark the tenth anniversary year of entry into force of the Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict, 2012 pág. 86 [CSI]; Cohn, *supra* nota 71 pág. 63.

⁹⁶ *Jessica Lenahan (Gonzales) et al. vs. United States*, C-12.636, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) [Lenahan]; Fondo, C-12.626, Comisión Interamericana de Derechos Humanos párr. 119: al no proteger tres niños de la violencia de su padre, los Estados Unidos no ha cumplido sus obligaciones bajo la Declaración Americana; Human Rights Commission, General comment no 31, the nature of the general legal obligation imposed on states parties to the covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, May 26, 2004.

El Reino Unido no ha cumplido sus obligaciones bajo el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales al no proteger los niños ante el abuso familiar: *Z and Others v. United Kingdom*, no. 29392/95, Judgment of 4 April 2001; Ver tb. *E & Others v. United Kingdom*, no. 33218/96, Judgment of 26 November 1996; *Kontrovà v. Slovakia*, no. 7510/04, Judgment of 31 May 2005; *E.S. and Others v. Slovakia*, no. 8227/04, Judgment of 15 September 2009.

Un estado puede ser responsable por las acciones de actores no estatales bajo la Declaración Americana; ver *Lenahan y Maria da Pehna v Brazil*, C-12.051, No. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 704 (2000).

⁹⁷ CSI, *supra* nota 95 págs. 86-87.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Frostad, *supra* nota 84 pág. 74.

¹⁰⁰ Declaraciones y Reservaciones al Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados, Estados Unidos, Understandings (2)(A), disponible en: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en>.

¹⁰¹ Mark A. Drumbl, *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy* (Oxford 2012) pág. 60 [Drumbl].

protección como una obligación de medio y no de resultado; el estado tiene que tomar medidas ‘razonables’ para prevenir o mitigar el daño.¹⁰²

67. El caso *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro* se refirió a la interpretación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y en particular, a la interpretación del deber de prevenir el genocidio. Aunque la Corte Internacional de Justicia no pretendía establecer una jurisprudencia general sobre la interpretación de la responsabilidad estatal para prevenir ciertos eventos,¹⁰³ puede ser instructivo. Esta Corte decidió que este deber crea una obligación de conducta y no de resultado; es decir, la obligación de emplear todas las medidas razonablemente disponibles para prevenir el genocidio lo máximo posible.¹⁰⁴ Los factores a tener cuenta para evaluar el cumplimiento del estado incluyen: a) la capacidad del estado para eficazmente influenciar las acciones de los perpetradores, lo que depende, entre otros, de la distancia entre el estado y el sitio de los eventos en cuestión y de la fuerza de las conexiones entre el estado y los perpetradores; y b) la capacidad del estado de actuar bajo el derecho internacional. Es irrelevante el hecho de que el estado pueda demostrar que aun si hubiera tomado todas las medidas posibles ello no habría bastado para prevenir el crimen.¹⁰⁵ El deber de prevenir empieza en el momento en que el estado sabe, o debería saber, que hay un riesgo de crimen,¹⁰⁶ aunque no se encuentre seguro.¹⁰⁷

68. El Comentario de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) indica que se debería interpretar la palabra “posible” con referencia a su definición en el diccionario: lo que puede ser llevado a cabo, hecho, o cumplido; lo que es practicable.¹⁰⁸ El CICR constata que las exigencias militares no pueden ser utilizados como excusa para olvidar el deber estatal bajo los Protocolos.¹⁰⁹

69. El Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados explica algunas de las obligaciones a las que la expresión “todas las medidas posibles” hace alusión, clarificando ciertas expectativas. El artículo 4 requiere que los Estados partes adopten “todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización” en grupos no estatales, e incluye en este deber la “adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas”; el artículo 6 requiere que cada Estado parte adopte “todas las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva

¹⁰² *Case of Opuz v. Turkey*, No 33401/02, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009) párr. 136; *E. and Others v. the United Kingdom*, No 33218/96 párr. 99.

¹⁰³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* [1996] International Court of Justice (ICJ) párr. 429.

¹⁰⁴ *Ibid* párr. 430.

¹⁰⁵ *Ibid*.

¹⁰⁶ *Ibid* párr. 431.

¹⁰⁷ *Ibid* párr. 432.

¹⁰⁸ Y Sandoz, C. Swinarski & B. Zimmerman, eds, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva: ICRC 1987 27:156 págs. 681-2 [Sandoz].

¹⁰⁹ Drumbl, *supra* nota 101 pág. 60 citando Sandoz, *supra* nota 108 págs. 681-2.

y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las disposiciones”¹¹⁰ de este Protocolo dentro de su jurisdicción, e incluso para difundir y promover “por los medios adecuados...los principios y disposiciones” del Protocolo.¹¹¹ El artículo 7 requiere que cada Estado parte coopere en la aplicación del Protocolo, “entre otras cosas mediante la cooperación técnica y la asistencia financiera.”¹¹² Finalmente, la responsabilidad de los Estados partes no termina con la prevención; también tienen la responsabilidad de adoptar “todas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades...sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo.”¹¹³ También vale notar que Colombia, bajo la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, debe tener procedimientos legales para comprobar adopciones y, donde apropiado, anular las adopciones de niños desaparecidos.¹¹⁴

70. En *Vereda la Esperanza*, la Comisión ha destacado la participación de las Fuerzas Armadas Colombianas en las actividades de las Autodefensas. Las Autodefensas tuvieron libre acceso entre los retenes militares, y compartieron las camionetas de las fuerzas armadas para sus operaciones. Los militares daban órdenes a los paramilitares por radio y también usaron a los paramilitares como su escolta. Según un alto mando de las Autodefensas, no era posible hacer operaciones paramilitares sin coordinar con la fuerza pública.¹¹⁵ Los hechos indican que el Estado colombiano tenía a su disposición varias opciones para prevenir el uso de los niños en las Autodefensas. Al parecer, el Estado no implementó dichas medidas y, por lo tanto, no cumplió con su deber de proteger a los niños, de acuerdo con las normas establecidas en el derecho internacional e interamericano.

3.2.ii El contenido concreto del deber en el contexto del caso

71. Según las Naciones Unidas, las medidas para prevenir el reclutamiento de los niños en las fuerzas gubernamentales también permiten la reducción del uso de los niños en las fuerzas de grupos armados no estatales. Esto sirve para proteger los niños de reclutamiento por cualquier actor.¹¹⁶

3.2.ii.a La aplicación y la difusión de las leyes domésticas que criminalizan el uso de los niños en hostilidades

72. Según la organización Child Soldiers International, la criminalización en el derecho nacional de Colombia, Argentina, Chile, Uruguay, Panamá, y muchos otros países del reclutamiento y uso de los menores de 18 tanto en las fuerzas nacionales como en los grupos armados indica un cambio hacia mejores prácticas estatales contra estos abusos de

¹¹⁰ Naciones Unidas, *El Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, 2002, artículo 6.1.

¹¹¹ *Ibid* artículo 6.2.

¹¹² *Ibid* artículo 7.1.

¹¹³ *Ibid* artículo 6.3.

¹¹⁴ Convención desapariciones, *supra* nota 94 artículo 25 (4).

¹¹⁵ *Fondo*, *supra* nota 36 párr.s. 74-77.

¹¹⁶ United Nations General Assembly Report of the Secretary-General: Children and Armed Conflict, 19 July 2000, Session 55, A/55/163-S/2000/712 [Session 55] párr. 33.

conformidad con el Protocolo Facultativo.¹¹⁷ También es una medida fomentada por la Secretaría General de las Naciones Unidas¹¹⁸ y UNICEF.¹¹⁹ En Colombia, el reclutamiento y el uso de los menores de edad en cualquier grupo armado está criminalizado desde el año 1997.¹²⁰ Sin embargo, se ha notado la incongruencia del derecho colombiano sobre los niños en tiempos de hostilidades desde este tiempo, y también la continuación de prácticas estatales contrarias a las obligaciones del estado bajo derecho interno e internacional.¹²¹ Los Estados partes en el Convenio de Roma, como es Colombia desde el año 2002, deben asegurarse de que su derecho nacional criminal facilita la prosecución de reclutadores de niños menores de 15 años, y de cualquiera persona que utilice menores de 15 años como participantes activos en hostilidades¹²² Bajo el derecho consuetudinario internacional, los estados también tienen el deber de criminalizar el reclutamiento, el alistamiento y el uso activo de menores de 15 años en hostilidades.¹²³

73. No es suficiente tener leyes sin su ejecución. Los estándares internacionales de derechos humanos han establecido concretamente la obligación estatal de investigar efectivamente los abusos graves de los derechos humanos, y de procesar a los presuntos perpetradores.¹²⁴ Según el Tribunal especial para Sierra Leona (TESL), la obligación de adoptar “todas las medidas posibles” incluye la implementación de sanciones penales a fin de prevenir el reclutamiento de los niños.¹²⁵ Al desarrollar esta conclusión, el TESL citó al Representante Especial del Secretario General en 1998, quien dijo que “las palabras sobre el papel no pueden salvar a los niños en peligro.”¹²⁶
74. La Comisión, en lo que concierne al deber estatal de proteger a niños y mujeres contra la violencia doméstica, ha considerado que las medidas legislativas y programáticas contra dicho flagelo no son suficientes; también se requiere que las medidas sean cumplidas con diligencia para que el Estado parte sea considerado de conformidad con su deber de

¹¹⁷ CSI, *supra* nota 95 pág. 46.

¹¹⁸ United Nations General Assembly Report of the Secretary-General: Children and Armed Conflict, 5 June 2015, Session 69 A/69/926-S/2015/409 [Session 69] párr.16.

¹¹⁹ Christine Bakker, “Prosecuting International Crimes Against Children: The Legal Framework”, IWP 2010-13 pág. 12, citando UNGA Res. A/48/157, March 1994 [Bakker]; UNGA Document A/S-27/2, October 2002: *A World Fit for Children*; SC Res. 1261 (1999); SC Res. 1314 of 11 August 2000; SC Res. 1332 (2000); SC Res. 1341 (2001); SC Res. 1355 (2001); SC Res. 1460 (2003); UN Doc.A/58/546-S/2003/1053 (2003): *Children and Armed conflict: Report of the Secretary-General*; SC Res. 1539 (2004); SC Res. 1612 (2005); los *Principios de Ciudad del Cabo*; y los *Compromisos de París* para concluir que surge una *opinio juris* reconociendo el deber de suprimir y de procesar estos crímenes.

¹²⁰ Ley 418 de 1997, Art 14.

¹²¹ Child Soldiers International, “Global Report 2008: Colombia” disponible en: <www.child-soldiers.org/user_uploads/pdf/colombia7494957.pdf>.

¹²² Arnold, *supra* nota 90 pág. 32.

¹²³ CSI, *supra* nota 95 pág. 64; CDF Trial, *supra* nota 71 párr. 37.

¹²⁴ CSI, *supra* nota 95 al 67.

¹²⁵ CDF Trial, *supra* nota 71 párr. 41.

¹²⁶ *Ibid* párr. 41, citando Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General, Mr. Olara A. Otunnu, submitted to the Economic and Social Council pursuant to General Assembly Resolution 52/107, E/CN.4/1998/119, 12 mar 1998, págs. 14-15.

adoptar las medidas razonables bajo la Declaración Americana.¹²⁷ La falta de acción es especialmente grave en un contexto con una historia de violencia.¹²⁸

75. En el año 2015, en ocasión del Debate abierto presidido por el Representante Permanente de Francia ante las Naciones Unidas y Presidente del Consejo de Seguridad, el Representante recomendó que los estados no solamente ratifiquen los instrumentos internacionales importantes, pero también que “utilicen plenamente” todos los recursos judiciales para hacer justicia.¹²⁹ En 1995, el Plan de Acción sobre los niños en conflicto del Comité Internacional de la Cruz Roja incluyó como su objetivo 1.1: promover el reconocimiento y el cumplimiento de los estándares legales nacionales e internacionales por todos los grupos armados, incluidos los grupos no estatales.¹³⁰ También en 1995, Human Rights Watch recomendó al gobierno del Sudan que investigase, prosiguiese, y puniese el uso de los niños como soldados.¹³¹ Todo ello indica el estado de las normas internacionales en el periodo implicado por el caso *Vereda la Esperanza*.
76. En Afganistán, por ejemplo, luego de la criminalización del reclutamiento de los menores de dieciocho años en 2015, se han tomado medidas para fortalecer esta protección, incluso se ha publicado una directiva explicando las sanciones por estas violaciones y la creación de unidades de protección de los niños en la policía nacional.¹³² En la República Democrática del Congo, se ha excluido el crimen del reclutamiento de los niños de la ley de amnistía, y se ha garantizado la prosecución efectiva de los perpetradores.¹³³ En el caso bajo análisis, la cooperación entre las Autodefensas y las fuerzas armadas colombianas, y además la dependencia de las Autodefensas de las fuerzas armadas,¹³⁴ indican que el Estado colombiano tuvo amplias oportunidades para promover el principio del no reclutamiento de los niños. Sin embargo, el Estado colombiano hizo caso omiso de la realidad de reclutamiento de niños en Colombia, lo cual constituye una violación evidente de sus obligaciones bajo la Convención y el derecho internacional.

3.2.ii.b La responsabilidad de pedir la cooperación de la comunidad internacional

77. El estado que no tiene la capacidad de prevenir el abuso de los derechos del niño tiene la responsabilidad de pedir la cooperación de la comunidad internacional bajo el Protocolo

¹²⁷ *Lenahan, supra* nota 96 págs. 161-164; 170; *Maria Da Penha Fernandes (Brazil)* (2001), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No 54/01, Caso 12.051, párr. 56.

¹²⁸ *Lehanan, supra* nota 96 pág. 161.

¹²⁹ Naciones Unidas Asamblea General, Letter dated 21 May 2015 from the Permanent Representative of France to the United Nations addressed to the Secretary-General, Sesión 69, A/69-918-S/2015/372, 4 junio 2015 párr.1.2 [Francia].

¹³⁰ International Committee of the Red Cross Plan of action concerning children in armed conflict (Geneva 1995), disponible en: <<https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/movement-plan-of-action-children-1995.pdf>> objetivo 1.1 [ICRC Plan].

¹³¹ Human Rights Watch, “Children of Sudan: Slaves, Street Children and Child Soldiers” (New York, 1995) págs. 6-7 [Child Soldiers].

¹³² Francia, *supra* nota 129 párr. 28 .

¹³³ *Ibid* párr. 29.

¹³⁴ *Fondo, supra* nota 36 párr.s. 75-77.

Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, que con la Convención forman un *corpus iuris* para la protección de los derechos del niño.¹³⁵ La interpretación del Artículo 7 de la Convención requiere la cooperación de los Estados partes en la implementación del acuerdo.¹³⁶ También se recomienda que los estados pidan la cooperación internacional para prevenir y punir el uso de niños por grupos no estatales.¹³⁷

78. Por ejemplo, la República Democrática del Congo, para implementar su plan de acción firmado con las Naciones Unidas en 2012, ha financiado y dirigido la implementación de mecanismos de coordinación con las Naciones Unidas, incluidas actividades de sensibilización.¹³⁸ Con el mismo objetivo, Myanmar ha colaborado con las Naciones Unidas para hacer revisiones periódicas y para implementar campañas de sensibilización.¹³⁹ En 1995, Human Rights Watch recomendó al gobierno de Sudán que pidiese la cooperación internacional, especialmente asistencia técnica y asesoramiento.¹⁴⁰
79. Las Naciones Unidas recomienda que cada estado facilite acceso independiente en su territorio para la supervisión y verificación.¹⁴¹ En cuanto a la presencia de grupos no estatales, se recomienda que el estado en cuestión facilite el contacto entre las Naciones Unidas y el grupo no estatal.¹⁴² El estado puede facilitar el diálogo con y la sensibilización de los actores no estatales para prevenir el abuso de los derechos del niño, como ilustra el dialogo entre las FARC-EP y Geneva Call sobre el uso de niños combatientes.¹⁴³ Por ejemplo, el gobierno de las Filipinas facilita el acceso de las Naciones Unidas al Frente Moro de Liberación Islámica para prevenir el uso de niños en las hostilidades de este grupo no estatal.¹⁴⁴ Tal como se ha argumentado anteriormente, el Estado colombiano tuvo amplias oportunidades para prevenir el reclutamiento de los niños en las Autodefensas. Si el Estado colombiano carecía de la capacidad para actuar, tenía la responsabilidad de pedir la cooperación internacional.

3.2.ii.c La necesidad de desarrollar un plan concreto

80. Se recomienda que el estado desarrolle un plan claro para prevenir el uso de niños en hostilidades. Algunas medidas posibles incluyen la adopción de un Código de Protección al Niño;¹⁴⁵ planes de trabajo para prevenir y responder al uso de niños en hostilidades;¹⁴⁶ y la cesación de transferencias de armas y otros suministros a los grupos que utilicen

¹³⁵ *Contreras, supra* nota 69 párr. 107; *Gelman, supra* nota 69 párr. 121; *Chitay, supra* nota 69 párr. 165.

¹³⁶ *CSI, supra* nota 95 pág. 107.

¹³⁷ *Francia, supra* nota 129 párr. 1.2.

¹³⁸ *Ibid* párr. 1 29.

¹³⁹ *Ibid* párr. 30.

¹⁴⁰ *Child Soldiers, supra* nota 131 al 7.

¹⁴¹ *Francia, supra* nota 129 párr. 261.

¹⁴² *Ibid* párr. 267.

¹⁴³ *Ibid* párr 1.1; sobre el dialogo entre las FARC-EP y Geneva Call, véase <http://www.genevacall.org/geneva-call-welcomes-announcement-farc-ep-raise-minimum-recruitment-age/>.

¹⁴⁴ *Ibid* párr. 44.

¹⁴⁵ *Ibid* párr. 56.

¹⁴⁶ *Ibid* párr. 115.

niños en hostilidades.¹⁴⁷ También se recomienda que el estado empiece a planificar la reinserción de los niños soldados en la sociedad desde el comienzo del conflicto.¹⁴⁸ Guatemala, por ejemplo, tuvo aún a principios de los años '90 un Procurador de Derechos Humanos para vigilar el reclutamiento ilegal de niños por las fuerzas gubernamentales.¹⁴⁹

81. La no vinculante Declaración de Montevideo sobre el uso de niños como soldados (“Declaración de Montevideo”) “insta a todos los Estados de Latinoamérica y el Caribe a”, entre otros: a) “realizar diagnósticos nacionales sobre la situación del menor de 18 años soldado y adoptar e implementar planes nacionales para poner fin al reclutamiento de los menores...así como su utilización en la participación directa o indirecta en los conflictos armados, y adoptar mecanismos de alerta temprana que permitan vigilar anticipadamente eventuales reclutamientos o [la] utilización de niños entre las poblaciones vulnerables”; b) “crear y/o fortalecer instituciones nacionales de derechos humanos encargadas especialmente de la cuestión del menor de 18 años soldado...e integra[r] de forma sistemática programas de prevención en los ámbitos comunitarios y locales, con el objetivo fundamental de lograr el rearme y lograr la reunificación familiar así como una plena reinserción social y en especial en el sistema educativo formal”.¹⁵⁰ Las Naciones Unidas, el CICR, los países signatarios de la Declaración de Montevideo, y muchos otros actores internacionales reconocen la importancia de realizar campañas de sensibilización e información dirigidas a la sociedad civil, fuerzas armadas y/o grupos armados donde sea procedente, sobre las consecuencias negativas para desarrollo integral del menor de 18 años que conllevan su reclutamiento y su utilización en la participación directa o indirecta en los conflictos armados, así como promover y difundir a través del sistema educativo, formal y no formal, programas de educación para una cultura de paz.¹⁵¹
82. En el año 2015, en ocasión del Debate abierto presidido por el Representante Permanente de Francia ante las Naciones Unidas y Presidente del Consejo de Seguridad, el Representante notó la importancia de la identificación y de la superación de las causas fundamentales del reclutamiento de niños como soldados. Recomendó varias medidas como la promoción de la universalización del registro de nacimiento y otros mecanismos para verificar la edad, la implementación de mecanismos de alerta temprana con la cooperación de las Naciones Unidas,¹⁵² y la educación de las fuerzas armadas sobre el derecho internacional y los estándares de la protección del niño.¹⁵³
83. Finalmente, las Naciones Unidas reconocen la necesidad de tener políticas y programas para la rehabilitación y reintegración de los niños afectados por el conflicto, quienes

¹⁴⁷ Sesión 55, *supra* nota 116 al 14-15; 21-22; los Principios de París (Arts. 6.24; 8) que exigen que los estados limitan los suministros de armas y de otro apoyo para grupos que usan niños menores en los conflictos armados.

¹⁴⁸ *Ibid* párr. 41.

¹⁴⁹ Cohn, *supra* nota 71 pág. 75.

¹⁵⁰ Montevideo, *supra* nota 70 artículo 5.

¹⁵¹ *Ibid*, artículo 5; Véase también ICRC Plan, *supra* nota 130 objetivo 1.3; Francia, *supra* nota 129 párr. 1.3, 16.

¹⁵² Francia, *supra* nota 129 párr. 1.3.

¹⁵³ *Ibid* párr.6.

deben ser tratados primeramente como víctimas.¹⁵⁴ La Declaración de Montevideo “insta a todos los Estados de Latinoamérica y el Caribe a”, entre otros: “adoptar programas de desmovilización y reintegración integral de los menores de 18 años soldados, otorgar amnistías u otras medidas similares a los menores de 18 años que han participado, directa o indirectamente, en los conflictos armados, y otorgar pronta y efectiva reparación integral a los menores de 18 años soldados.”¹⁵⁵

84. Aún si estas recomendaciones no son obligatorias, la ausencia de planes para prevenir el uso de niños en hostilidades, y para ayudarlos a la finalización de las mismas, puede constituir incumplimiento por omisión de las obligaciones internacionales del estado. Está claro que el Estado colombiano tenía conocimiento de los abusos de las Autodefensas,¹⁵⁶ pero no hay evidencia de ningún plan de acción para ayudar a los niños antes o durante las hostilidades. Más aún, la Defensoría del Pueblo ha recientemente presentado una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 190 de la Ley 1448 de 2011, al considerar que la exclusión de los niños víctimas del reclutamiento forzado de los programas de reparación es inconstitucional en derecho colombiano.¹⁵⁷

Sección 4: Las Leyes de Amnistía Introducción

85. La jurisprudencia de la Corte ha adoptado hasta ahora una posición inflexible con respecto a las leyes de amnistía pues son vistas como una absolución general de hechos colectivos y un olvido de delitos internacionales graves, lo cual es incompatible con el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la Convención Americana¹⁵⁸. Sin embargo, no es cierto que el uso de amnistías siempre conduzca a la impunidad. De hecho, en el *Caso Masacres de el Mozote*, el juez Diego García-Sayán en su voto concurrente explica que en una situación excepcional de conflicto armado no internacional es posible apelar a “un mecanismo de respuesta también excepcional.”¹⁵⁹ Esto no significa una aceptación absoluta de las amnistías, pero sí parece sugerir un examen minucioso y un enfoque contextual de las leyes de amnistía. Así pues, es razonable justificar en ciertas ocasiones el uso de medidas alternativas para poner fin a conflictos armados internos y para facilitar los procesos de paz en la medida que ello no constituya impunidad.

86. En efecto, el Juez García-Sayán propone que “en el contexto específico de procesos de violencia generalizada y de conflictos armados no internacionales el recurso de la

¹⁵⁴ *Ibid* párr. 122; 129; 1.2.

¹⁵⁵ Montevideo, *supra* nota 70 Art 5.

¹⁵⁶ Fondo, *supra* nota 36 párr.s. 75-77.

¹⁵⁷ Defensoría del Pueblo, Colombia, “Defensoría interpone demanda para que menores de edad desmovilizados de las ‘bacrim’ sean beneficiados con Ley de Víctimas” (7 jul 2015), disponible en:

<[¹⁵⁸ Convención, *supra* nota 4 artículos 1 y 2,](http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/3832/Defensor%3%ADa-interpone-demanda-para-que-menores-de-edad-desmovilizados-de-las-‘bacrim’-sean-beneficiados-con-Ley-de-V%3%ADctimas-Ley-de-v%3%ADctimas-Bacrim-desmovilización-reclutamiento-Ley-1448-reclutamiento-forzado-.htm.>.”</p></div><div data-bbox=)

¹⁵⁹ *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas (El Salvador)* (2012), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 264, párr. 22 [*El Mozote*].

amnistía puede conducir, al menos teóricamente y según los casos o circunstancias específicas, a rumbos en diversas direcciones...” y además que “no hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión, pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta.”¹⁶⁰ Por lo tanto, el *Caso Masacres de el Mozote* propone un amplio espectro que abarca, por un lado, las leyes de amnistía que no puedan ser declaradas válidas porque constituyen un incumplimiento de los principios de derechos humanos, especialmente del deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos protegidos por la Convención, y por otro lado, el uso de disposiciones alternativas que respetan estos deberes y gozan de una validez internacional.

87. Asimismo, el *Caso Masacres de el Mozote* también esclarece que la jurisprudencia previa de la Corte sobre las leyes de amnistía no se dio en un contexto de conflicto interno o de negociaciones de paz.¹⁶¹ Al caracterizar el conflicto civil en El Salvador como un conflicto armado no internacional, el juez García-Sayán afirma que “la Corte ha tenido que tomar en cuenta no sólo las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos sino las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario.”¹⁶² Conforme a esta caracterización, se propone que los principios del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional pueden llevar a una interpretación más contextual de la legalidad de leyes de amnistía o de leyes que ofrecen penas alternativas (como la Ley de Justicia y Paz).

4.1. El Espectro de las leyes de amnistías y medidas alternativas:

4.1.i Las Autoamnistías son intolerables

88. La Corte ha declarado que las leyes de autoamnistía, las cuales se encuentran al extremo del espectro y conllevan impunidad, son incompatibles con la Convención y con el consenso de la comunidad internacional que reconocen que estas leyes no respetan normas imperativas, es decir los derechos humanos que caen en el ámbito de *jus cogens*.
89. En *Almonacid Arellano* la Corte declaró que “Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.”¹⁶³ Esta incompatibilidad es tan grave que en el *Caso Barrios Altos* el juez García Ramírez dispuso la invalidez absoluta pues “la incompatibilidad determina la invalidez del acto.”¹⁶⁴
90. Por lo tanto, es claro que el uso abusivo de las auto-amnistías como herramientas para facilitar un acuerdo de paz en un contexto de conflicto armado no internacional ha sobrepasado su implementación excepcional dando lugar al encubrimiento de delitos

¹⁶⁰ *El Mozote*, *supra* nota 159 párr. 20.

¹⁶¹ *El Mozote*, *supra* nota 159 párr. 10.

¹⁶² *El Mozote*, *supra* nota 159 párr. 10.

¹⁶³ *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Chile)* (2006) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 154, párr. 127 [*Almonacid Arellano*]

¹⁶⁴ *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo (Perú)* (2001), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 75, párr. 15 [*Barrios Altos*].

graves y violaciones de derechos humanos en clara contradicción con el deber de los estados de investigar y enjuiciar violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Estas violaciones no son simples actos políticos de rebeldía o actos puramente simbólicos sino que son actos que causan daños irreparables a los derechos a la integridad personal, a la vida, y a la protección jurídica garantizados por la Convención.¹⁶⁵

4.1.ii Las Amnistías generalmente no son aceptables

91. A la luz de la jurisprudencia precedente que considera las auto-amnistías como generadoras de impunidad, es evidente que la Corte mantiene una postura rígida con respecto a las amnistías en general. De hecho, la Corte ha declarado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como...las desapariciones forzadas.”¹⁶⁶
92. Aunque el *Caso Barrios Altos* se clasifica como un caso de autoamnistía, pues la controversia se debía a la sanción, por el Congreso Peruano, de una ley de amnistía que exoneraba los militares y policías que cometieron violaciones de derechos humanos entre 1980-95, este caso igual sirve para establecer un parámetro de interpretación: cualquier ley interna que impida la investigación y sanción de graves infracciones de derechos humanos no es compatible con las obligaciones del estado bajo la Convención ni con el derecho internacional.
93. Asimismo, en *Gelman v Uruguay* la Corte reiteró que la obligación estatal de investigar, enjuiciar y sancionar es una “de las medidas positivas que deben adoptar los estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención”.¹⁶⁷ La Corte señaló que la incompatibilidad de la Ley de Caducidad se derivó del hecho que ella impide al estado ejercer su deber de investigar y sancionar. Se convirtió en “un obstáculo a la verdad al oponerse a una investigación a fondo sobre los hechos”.¹⁶⁸

4.1.iii Bajo ciertas condiciones establecidas, las amnistías y las medidas alternativas pueden ser aceptables

94. Por lo tanto, lo que se ha de destacar de la jurisprudencia de la Corte es que las leyes de amnistía ofenden los derechos humanos en cuanto impiden el deber estatal de investigar las violaciones graves de los derechos humanos y de enjuiciar a los responsables. Es decir que la incompatibilidad se manifiesta por los efectos, en especial la impunidad, que produce una disposición de una ley de amnistía que impide la investigación, el enjuicio y las correspondientes sanciones y no simplemente por un carácter general. De hecho, en el caso *Gelman*, la Corte indicó que “[l]a incompatibilidad de las leyes de amnistía con la

¹⁶⁵ *Convención*, *supra* nota 4 artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal) y 7 (derecho a la libertad personal).

¹⁶⁶ *Barrios Altos*, *supra* nota 164 párr.s. 41-44.

¹⁶⁷ *Gelman*, *supra* nota 69 párr. 184.

¹⁶⁸ *Gelman*, *supra* nota 69 párr. 199.

Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.”¹⁶⁹

95. Además, El Tribunal Europeo también ha considerado el uso de amnistías como herramientas útiles en ciertos contextos. En el caso de *Tarbuk* el Tribunal declaró que estaba dispuesto a reconocer que este tipo de ley puede limitar bajo ciertas condiciones los derechos fundamentales:

even in such fundamental areas of the protection of human rights as the right to life, the State is justified in enacting, in the context of its criminal policy, any amnesty laws it might consider necessary, with the proviso, however, that a balance is maintained between the legitimate interests of the State and the interests of individual members of the public.¹⁷⁰

96. Aún más recientemente, en el caso de *Marguš v. Croatia* el Tribunal reproduce comentarios de intervinientes que explican que aún si la jurisprudencia del Tribunal afirma que una amnistía con respecto a los asesinatos y malos tratos a los civiles es contraria a las obligaciones del estado bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se concede que las amnistías podrían dar resultados positivos y pueden ser útiles cuando “representan la única manera de salir de dictaduras violentas y de conflictos interminables”.¹⁷¹

97. De hecho, el Tribunal hace referencia al caso *El Mozote* para señalar que la Corte, a pesar de haber adoptado una postura estricta respecto del uso de amnistías en *Barrios Altos*, ha matizado su posición al reconocer que “la obligación de enjuiciar no era absoluta y tenía que buscar un equilibrio con los requisitos para la paz y la reconciliación en situaciones de posguerra”.¹⁷² Al igual que la Corte, el Tribunal Europeo prohíbe las amnistías generales con respecto a violaciones graves de los derechos humanos pero concede la posibilidad de usar este tipo de ley como forma legítima de poner fin a conflictos interminables.

98. Tal como lo sugiere el Juez García-Sayán, las leyes de amnistía podrían ser teóricamente útiles en situaciones de conflicto armado no internacional, pero ello depende del contexto y del efecto de la ley. Si la ley impide una investigación efectiva, es inválida. En caso contrario, podría ser una herramienta para lograr un acuerdo de paz sin perjuicio de los

¹⁶⁹ *Gelman*, *supra* nota 69 párr. 229.

¹⁷⁰ *Case of Tarbuk v. Croatia*, No 31360/10, [2012] ECHR párr. 50 [*Tarbuk*].

¹⁷¹ De hecho, el Tribunal señaló que “los intervinientes se declaran en contra de la prohibición total de las amnistías y son partidarios de un enfoque más matizado a la hora de abordar la cuestión de la concesión de amnistías.” *Asunro Margus contra Croacia* [Gran Sala], No 4455/10 [2014] ECHR párr. 113 [*Margus*].

¹⁷² *Margus*, *supra* nota 171 párr. 111.

derechos de las víctimas y de los deberes del estado bajo la Convención. En pocas palabras, se debe medir la legalidad de tal ley por su alcance y efectos.

4.2. Principios y Normas de Otras Ramas del Derecho Internacional

4.2.i Relación integral entre el Derecho Internacional Humanitario, El Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de Derechos Humanos

99. No hay duda que existe una relación integral y cercana entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Derechos Humanos. Ambas ramas reconocen el carácter inderogable de ciertos derechos humanos. En *Coard et al.v. United States*, la Comisión afirmó que este reconocimiento de derechos fundamentales exige una protección vigorosa que involucre la aplicación de ambas ramas.¹⁷³
100. Asimismo, en su voto razonado del caso *Las Palmeras*, el Juez A. A. Cançado Trindade indicó que es por medio del concepto de deberes *erga omnes* que las ramas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario encuentran una base común pues consagran “la protección fundamental a la vida”¹⁷⁴
101. Con respecto a la pertinencia del derecho penal internacional, la Corte ha también considerado su aplicación con respecto a la validez de leyes de amnistía en el caso *Gelman* de la manera siguiente:

En el ámbito universal, aunque en otra rama del derecho internacional como lo es el derecho penal internacional, las amnistías o normas análogas también han sido consideradas inadmisibles. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en un caso relativo a tortura, consideró que carecería de sentido, por un lado, sostener la proscripción de violaciones graves a derechos humanos y, por el otro, autorizar medidas estatales que las autoricen o condonen, o leyes de amnistía que absuelvan a sus perpetradores.¹⁷⁵

102. Evidentemente, el derecho penal internacional también es una fuente de derechos y obligaciones estatales que imponen un deber vigoroso de perseguir jurídicamente a los autores de actos criminales internacionales y de violaciones graves de los derechos

¹⁷³ “First, while international humanitarian law pertains primarily in times of war and the international law of human rights applies most fully in times of peace, the potential application of one does not necessarily exclude or displace the other. There is an integral linkage between the law of human rights and humanitarian law because they share a “common nucleus of non-derogable rights and a common purpose of protecting human life and dignity,” and there may be a substantial overlap in the application of these bodies of law.” *Coard et al.v. United States* (1999), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No 10.951, párr. 39.

¹⁷⁴ *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares (Colombia)*. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 67, párr. 8 (voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade) [*Las Palmeras*].

¹⁷⁵ *Gelman*, *supra* nota 69 párr. 209.

humanos lo cual corresponde con el deber de investigar que se basa en las leyes de la Convención y del derecho internacional de derechos humanos.

4.2.ii Alcance y Ámbito del deber de perseguir determinados delitos en un conflicto armado no internacional

103. Al adoptar Los Convenios de Ginebra, los Protocolos Adicionales y la resolución 827 (1993) y al otorgar a los tribunales especiales una competencia jurídica bajo la Carta de las NU, el Consejo de Seguridad reconoció y afirmó que los crímenes de guerra pueden ocurrir en un contexto de conflicto armado no internacional.¹⁷⁶ Se afirma pues el deber de perseguir los delitos en un conflicto armado no internacional bajo el derecho penal internacional.

4.2.ii.a Los Objetivos de la Responsabilidad Penal

104. La extensión de la responsabilidad penal al plano mundial fue una respuesta al interés de reforzar la cooperación entre la comunidad estatal internacional para combatir los crímenes transnacionales y para proteger a esta comunidad contra los trasgresores más peligrosos.¹⁷⁷ El derecho penal internacional se fue definiendo a través de una evolución progresiva en la cual comenzó a surgir la conciencia de la necesidad de tipificar ciertos delitos como “atentatorios de un interés social de trascendencia mundial”.¹⁷⁸ Esta rama del derecho internacional reconoce pues la existencia de valores comunes, compartidos por la sociedad mundial, y consiguientemente reconoce la existencia de objetivos mundiales “de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes”.¹⁷⁹

105. A fin de lograr estos objetivos, el derecho penal internacional reconoce la necesidad de criminalizar aquella conducta individual lo suficientemente grave para ser considerada una afrenta a la humanidad y una violación manifiesta de las normas del derecho internacional humanitario¹⁸⁰, lo cual era anteriormente objeto de las obligaciones asumidas por medio de tratados y de los principios del derecho internacional consuetudinario. Coincidiendo con el objetivo global de la protección de estos valores e intereses comunes, los objetivos de la responsabilidad criminal son castigar y sancionar, esclarecer los hechos, conocer la verdad, generar disuasión y disminución de riesgos y reforzar el repudio público de ciertos delitos inaceptables.

106. En este sentido, cualquier ley o disposición interna que pretenda impedir la investigación de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y que obstaculice el enjuiciamiento de sus autores es vista como causa de impunidad. Sin el esclarecimiento de los hechos y la averiguación de la verdad no puede

¹⁷⁶ Hortensia D.T. Gutierrez Posse, “The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals” (2006) 88:861 Intl Rev Red Cross 65 pág.73.

¹⁷⁷ A. Cassese et al., eds, *Cassese’s International Criminal Law*, 3rd ed (Oxford: Oxford University Press, 2013) pág. 7, 18.

¹⁷⁸ Cherif Bassiouni, “El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido” (1982) 35:1 Anuario de derecho penal y ciencias penales 1 pág. 6.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Tadic*, *supra* nota 13 párr. 189.

realizarse la justicia. La responsabilidad penal es importante pues denuncia atrocidades de cierto calibre y permite el enjuiciamiento de los responsables. Sin embargo, el derecho penal internacional también reconoce que la persecución penal de los responsables de todos los casos de violaciones es imposible y por lo tanto admite que poner fin a la impunidad significa perseguir los autores de los crímenes *más graves* y de trascendencia internacional.¹⁸¹ Asimismo, la implementación de una medida alternativa que igualmente busca enjuiciar y sancionar a los *principales responsables* se puede interpretar como una acción tendiente a combatir la impunidad.

4.2.ii.b Sustituto de la investigación y el enjuiciamiento penal bajo la Corte Penal Internacional

107. El principio de la complementariedad basado en el décimo párrafo del preámbulo del Estatuto de Roma, destaca que la inacción no es compatible con el deber de los estados de investigar y enjuiciar los responsables de “crímenes más graves de trascendencia internacional” conforme al Estatuto de Roma.¹⁸² La mera existencia de procesos penales no es suficiente. De hecho, la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”) resuelve la inadmisibilidad de un asunto siempre y cuando el Estado parte pueda confirmar que el asunto fue objeto de una investigación o enjuiciamiento en los cuales no hubo demora injustificada y el asunto fue sustanciado de manera independiente e imparcial.¹⁸³

108. La terminología empleada parece indicar que la CPI declina su competencia solamente si el proceso investigativo que se llevó a cabo fue un proceso penal pues el uso de cualquier otro proceso puede ser interpretado como evidencia de la inhabilidad o la reticencia a, como lo establece el artículo 17 2(b), “hacer comparecer a la persona de que se trata ante la justicia”.¹⁸⁴ Sin embargo, el Profesor Jann K Kleffner propone que la intención de enjuiciar se evalúe considerando las circunstancias; en ciertas circunstancias la demora que ocurre cuando se aplica una ley de amnistía puede ser coherente con el Estatuto de Roma.¹⁸⁵

109. Rechazar de manera categórica las alternativas a los procesos penales perjudica los esfuerzos genuinos de parte de los estados que buscan implementar estrategias alternativas para poner fin a crímenes en masa sin bajo la salvedad de que dichas estrategias no deben llevar a la impunidad.¹⁸⁶

4.2.ii.c La Justicia Penal y la Centralidad de la Víctima

110. Muchos de los principios del derecho internacional humanitario fueron adoptados por el Estatuto de Roma el cual constituyó la CPI en 1998. De hecho, una de las categorías de delitos es la de delitos graves que se pueden cometer durante “los conflictos armados que

¹⁸¹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 julio 1998, A/CONF.183/9, preámbulo (entró en vigor el 1 de julio de 2002) [*Estatuto de Roma*].

¹⁸² *Ibid* artículo 1

¹⁸³ *Ibid* artículo 17(1)(a), 2(b)(c)

¹⁸⁴ Jann K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford: Oxford University Press, 2008) pág. 265.

¹⁸⁵ *Ibid*.

¹⁸⁶ Kleffner, *Ibid* pág. 307.

tienen lugar en el territorio de un estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.”¹⁸⁷

111. Normalmente, situaciones de disturbios interiores y actos esporádicos de violencia no justifican la aplicación del derecho penal internacional. En tal contexto, la responsabilidad de restaurar la paz recae sobre el estado. En cambio, si la intensidad de un conflicto armado interno y los efectos de las violaciones de los derechos humanos son lo suficientemente graves, hay lugar para la aplicación del derecho internacional humanitario y para la atribución de responsabilidad penal individual. Esta armonización tiene por objetivo prevenir la impunidad y asegurar que los autores de tales delitos no queden sin castigo simplemente a causa de que cambió el contexto en el cual se cometieron las violaciones.

112. De acuerdo con la interpretación teleológica que adoptaron los estados al importar imperativas de los Convenios de Ginebra al Estatuto de Roma durante la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una CPI – el objetivo esencial del derecho penal y del derecho internacional humanitario es el de prevenir la impunidad y reparar el daño sufrido por la víctima. Ante ello es razonable aplicar en un contexto armado no internacional los principios de la justicia penal que reconocen la centralidad de los derechos de la víctima y de su participación en el proceso de reparación. La centralidad de la víctima es a la vez consistente con el Estatuto de Roma¹⁸⁸ y con la Convención Americana.¹⁸⁹ Este principio debería ser esencial en la elaboración de leyes de amnistías y de disposiciones internas que propone penas alternativas.

113. La justicia penal permite a la vez un esclarecimiento de los hechos con el objetivo de enjuiciar y sancionar a los culpables y una afirmación del derecho de la víctima y de su familia de conocer la verdad.¹⁹⁰ Condena para el culpable, reparación para la víctima. Efectivamente, el artículo 32 del Protocolo I Adicional de los Convenios de Ginebra afirma que las partes contratantes “deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer el paradero de sus miembros.” El Comité Internacional de la Cruz Roja declaró que una serie de artículos del Protocolo, incluyendo el derecho de conocer el paradero de un familiar víctima de una desaparición forzada, constituyen normas del derecho internacional consuetudinario y se aplican en conflictos armados

¹⁸⁷ *Estatuto de Roma, supra* nota 181 artículo 8(f).

¹⁸⁸ “La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos.” *Estatuto de Roma, supra* nota 181 artículo 68 (1).

¹⁸⁹ *Convención, supra* nota 4 artículo 8 (garantías judiciales).

¹⁹⁰ La Corte caracteriza el esclarecimiento de los hechos como un paso esencial para la reparación de la víctima: “durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación.” *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Suriname)* (2005) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 124, párr. 147 [*Moiwana*].

internacionales y no internacionales.¹⁹¹ Este derecho es tan importante que también se reconoce en el artículo 24 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.¹⁹²

114. Por lo tanto, el derecho a la verdad sirve como una herramienta para prevenir la impunidad porque su afirmación requiere el enjuiciamiento del autor del delito pero también puede servir como una herramienta de reparación. En *Pueblo Bello* la Corte interpreta el derecho a la verdad como “una justa expectativa que el Estado debe satisfacer a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares” e incorpora este derecho dentro de los artículos 8 y 25 de la Convención.¹⁹³

115. Varias organizaciones no-gubernamentales e incluso la Comisión de Derechos Humanos de la ONU abogan por el reconocimiento del derecho a la verdad como un derecho autónomo.¹⁹⁴ Estas instituciones también afirman que las leyes de amnistías no deberían limitar este derecho: “Amnesties or similar measures and restrictions to the right to seek information must never be used to limit, deny or impair the right to the truth. The right to the truth is intimately linked with the States’ obligation to fight and eradicate impunity.”¹⁹⁵

116. En el espíritu de reconocimiento del carácter primordial del derecho a la verdad, se propone que este derecho de la justicia penal sea especialmente considerado al analizar una ley de amnistía. En particular, la contextualización de leyes de amnistía debe de considerar el efecto sobre el derecho a la verdad.

4.3 Medidas Alternativas

117. Las medidas alternativas que no otorgan amnistía pero que sí implementan procesos de investigación y sanción complementarias o que completamente sustituyen el proceso penal deben ser escrutinadas para determinar si son coherentes con las obligaciones de investigación e enjuiciamiento bajo el artículo 1 de la Convención así como con las obligaciones de investigación reiteradas en el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario.

¹⁹¹ Scovazzi, *supra* nota 56 pág. 348.

¹⁹² Convención desapariciones, *supra* nota 94 artículo 24.

¹⁹³ *Pueblo Bello*, *supra* nota 1 párr. 219.

¹⁹⁴ “El derecho a la verdad sobre las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho humanitario es un derecho autónomo e inalienable, reconocido en diversos tratados e instrumentos internacionales y también en la jurisprudencia nacional, regional e internacional y en numerosas resoluciones de órganos intergubernamentales a nivel regional y universal.” Comisión de Derechos Humanos, *Estudio sobre el derecho a la verdad*, OACDH, 2006, E/CN.4/2006/91 párr. 55. La Corte ha también reconocido el derecho a conocer la verdad en relación con el derecho de acceso a la justicia: *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Brasil)* (2010), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 219, párr.s. 200-201.

¹⁹⁵ *Ibid.*

4.3.i Parámetros de Referencia

4.3.i.a Investigación efectiva

118. El proceso penal no se puede remplazar pero si se puede complementar con un proceso alternativo.
119. El caso de *Almonacid Arellano* claramente declara que ni las comisiones de la reconciliación y verdad ni las acciones civiles pueden remplazar los procesos requeridos para conducir una investigación efectiva.¹⁹⁶ La obligación de investigar, enjuiciar y sancionar no es una aspiración ambiciosa, es un deber jurídico bajo la Convención.¹⁹⁷ Asimismo, en el caso *Comunidad Moiwana*, la Corte indicó que las acciones civiles pueden servir como medios para reparar pero que en casos donde los hechos demuestran ejecuciones extrajudiciales por agentes estatales, el estado tiene el deber de iniciar una investigación sin dilación.¹⁹⁸ Estos casos demuestran la necesidad de que el estado cumpla con su deber de investigación e implemente procesos penales confiables.
120. Asimismo, dada la gravedad de ciertos conflictos, el GTDFI declaró en su informe del 2005 a la Comisión de Derechos Humanos que “en Estados que hayan tenido profundos conflictos internos, las investigaciones y procesamientos penales no se podrán sustituir.”¹⁹⁹
121. El deber de investigar se tiene que emprender con seriedad. El deber de iniciar una investigación de una violación grave de los derechos humanos le incumbe al estado y no a la víctima o a sus familiares.²⁰⁰ En el caso de *El Mozote* el juez García Sayán afirma que el estado debe emprender un esfuerzo genuino y que se debería evitar un proceso burocrático que no lleve a una transformación de las condiciones que permitieron las violaciones en primer lugar.²⁰¹ Por lo tanto, la mera existencia de un proceso penal no es suficiente. En los casos de desapariciones forzadas, para ser efectivas las investigaciones deben llegar a encontrar la verdad y determinar el paradero de la víctima.
122. El beneficio de amnistía no puede ser otorgado hasta no finalizarse el enjuiciamiento. El autor de graves crímenes no puede beneficiarse de tales medidas hasta que el estado haya cumplido con su obligación de emprender una investigación y un enjuiciamiento. El GTDFI afirma que una ley de amnistía no puede “cesar la obligación del Estado de

¹⁹⁶ *Almonacid Arellano*, supra nota 163 párr. 150.

¹⁹⁷ *Velasquez Rodríguez*, supra nota 3.

¹⁹⁸ *Moiwana*, supra nota 190 párr. 145.

¹⁹⁹ Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, OACDH, 2005, E/CN.4/2006/56 pág. 17 [Informe Desapariciones].

²⁰⁰ *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo (Guatemala) (1999)* Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 63, párr. 226 [Niños de la Calle].

²⁰¹ “Así, la simple aplicación de sanciones penales, sin que ellas impliquen un serio esfuerzo de encontrar y decir la verdad en su conjunto, podría convertirse en un proceso burocrático que no satisfaga la pretensión válida de las víctimas de llegar a la mayor verdad posible. Por otro lado, el otorgamiento de reparaciones sin que se sepa la verdad de las violaciones ocurridas, y sin sentar condiciones para una paz duradera, sólo produciría un aparente alivio en la situación de las víctimas, pero no una transformación de las condiciones que permiten la recurrencia de las violaciones.” *El Mozote*, supra nota 159 párr. 23.

investigar, procesar y castigar los responsables”²⁰² y que además, “quienes hayan perpetrado desapariciones no podrán beneficiarse de tales leyes si el Estado no ha cumplido sus obligaciones de investigar las circunstancias pertinentes”, lo cual incluye la identificación y la detención de los responsables.²⁰³

123. Asimismo, el principio de complementariedad del derecho penal internacional no permite que un autor de un crimen internacional se beneficie de una amnistía sin haber sido enjuiciado. La realización de una investigación y de un enjuiciamiento es esencial para que se haga justicia.

4.3.i.b Sanciones

124. Una medida alternativa puede consistir en penas alternativas a la privación de la libertad. Sin embargo, no deberán eliminarse completamente las sanciones penales.²⁰⁴ La ley tiene que imponer sanciones aún si son alternativas, por ejemplo, el pago de indemnizaciones o trabajo comunitario a cambio de la encarcelación.²⁰⁵ Lo que resalta de este requerimiento es que una convicción es un resultado de un enjuiciamiento propio e indica que el estado realizó una investigación justa y efectiva bajo la Convención.

125. Se puede cambiar el tipo de sanción pero no se puede eliminar el proceso penal. Además, la sustitución de una sanción por otra tampoco puede ser producto de una decisión arbitraria por parte del poder ejecutivo; debe ser producto de una ley adoptada por el órgano legislativo.²⁰⁶ Así como la Convención afirma la obligación estatal de investigar y perseguir, bajo el derecho penal internacional el estado tiene la obligación de hacer comparecer a los autores de crímenes ante la justicia para su enjuiciamiento y condena. . Las medidas de clemencia pueden ser útiles y aceptables siempre y cuando se otorguen después de una declaración de condena.²⁰⁷

4.3.1.c Participación de la víctima

126. Tal y como se ha mencionado anteriormente, los derechos de las víctimas son sumamente importantes y “adquieren un peso especial”²⁰⁸.

127. En lo particular, el juez García-Sayán enumera tres derechos: los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.²⁰⁹ Una simple aplicación de una sanción sin una búsqueda genuina de la verdad se convierte en un acto burocrático pero la búsqueda de la verdad sin la iniciación de un proceso penal con todas las garantías judiciales tampoco satisface los derechos enumerados.

²⁰² Informe Desapariciones, *supra* nota 199 pág. 15.

²⁰³ *Ibid* pág. 17.

²⁰⁴ *Ibid*.

²⁰⁵ *Ibid*.

²⁰⁶ *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Uruguay)* (1986), Opinión Consultativa OC-6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser A) No 6, párr.s. 22, 27.

²⁰⁷ Kleffner, *supra* nota 186 pág. 267.

²⁰⁸ *El Mozote*, *supra* nota 159 párr. 29.

²⁰⁹ *Ibid* párr. 23.

128. En el caso *Almonacid Arellano*, el juez Cançado Trinidad reforzó la necesidad de participación de la víctima al explicar que “el perdón no puede ser impuesto por decreto ley, ni de ninguna otra forma: sólo puede ser concedido espontáneamente por las propias víctimas. Y, para eso, éstas han buscado la realización de la justicia.”²¹⁰ Por lo tanto, una ley de amnistía o una medida alternativa debe garantizar a las víctimas su participación en los procesos judiciales y la realización de sus derechos.

4.3.1.d Esclarecimiento de la verdad y de los hechos

129. El esclarecimiento de la verdad debe ser uno de los objetos esenciales de las amnistías o de las medidas alternativas. La aplicación práctica de tales leyes debe procurar la reparación del daño social ocasionado por graves violaciones de derechos humanos. En el caso *Bámaca Velásquez* la Corte indica que:

el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención²¹¹

130. La obligación de realizar un esclarecimiento de la verdad debe de fluir naturalmente de la obligación estatal de investigar, perseguir y sancionar los autores de crímenes graves. Las medidas preventivas y de reparación comienzan sólo cuando hay esclarecimiento de los hechos y reconocimiento de las atrocidades del pasado. Esta obligación no debe “[c]ondicionar el derecho de la víctima a la verdad.”²¹² Dicho de otro modo, esta obligación no debe depender del recurso o de la indemnización que la víctima o que sus familiares deciden perseguir.²¹³

131. En un contexto de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, y en casos de desapariciones forzadas en particular, las medidas alternativas pueden conducir al esclarecimiento de la verdad siempre y cuando las provisiones bajo la medida alternativa “aporten informaciones que permitan esclarecer la suerte del desaparecido.”²¹⁴ Por lo tanto, una ley de amnistía o una medida alternativa debe impulsar al estado a realizar una investigación y enjuiciamiento efectivo para llegar al esclarecimiento de la verdad.

132. Por otra parte, y conforme al esquema propuesto, es importante reiterar que el esclarecimiento es esencial pero esto también debe ser contextualizado. Por ejemplo,

²¹⁰ *Almonacid Arellano*, *supra* nota 163, párr. 4 (voto razonado del Juez A.A. Cançado Trinidad).

²¹¹ *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo (Guatemala)* (2000) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser C) No 70, párr. 201. [*Bámaca Velásquez*].

²¹² Informe Desapariciones, *supra* nota 199 pág. 16.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

aunque una comisión de verdad y reconciliación no debería sustituir el deber del estado de investigar y enjuiciar, es posible establecer una comisión con el objeto de contribuir a un esclarecimiento global de graves violaciones, crear un registro de verdades históricas, formular propuestas de reparación, etc. Sin embargo, en la mayoría de los casos, no es realista esperar que una comisión de verdad lleve al enjuiciamiento de absolutamente todos los autores de los delitos perpetrados. Puede ser deseable pero no siempre factible.

133. De hecho, quizá una comisión con objetivos tan excesivos no es conveniente. Considerando el método del Estatuto de Roma, el cual autoriza el enjuiciamiento de los autores de los crímenes más graves²¹⁵, es concebible que tal tipo de comisiones no sean necesarias para llegar al esclarecimiento de la verdad. Puede resultar más factible y deseable perseguir a los principales responsables de las violaciones graves.
134. No obstante, puede haber situaciones en las cuales es factible implementar una comisión en armonía con un procedimiento judicial. El proceso de justicia transicional en Sierra Leone es un buen ejemplo que ilustra la posibilidad de usar ambos procedimientos de manera complementaria. Por una parte, la Comisión sirvió para recopilar datos y determinar hechos pero también fomentó una catarsis y creó un intercambio entre las víctimas y los autores de delitos graves.²¹⁶ Por otra parte, el Tribunal Especial sirvió una función punitiva; perseguir, enjuiciar y sancionar a los principales responsables de los delitos más graves.²¹⁷ Ambos procedimientos se reforzaron mutuamente. Por ejemplo, mientras que el Tribunal sólo pudo ejercer su autoridad sobre individuos, la Comisión, con una misión más amplia, pudo explorar y examinar la responsabilidad de grupos. Asimismo si bien la competencia del Tribunal no abarcó la cuestión de la utilización de mercenarios-la cual califica como materia de derecho internacional humanitario aplicable en situaciones de conflicto armado internacional, habiendo sido la guerra civil en Sierra Leone un conflicto interno, el análisis de dicha cuestión formó parte de la misión la Comisión.²¹⁸
135. De hecho, en el informe 2002 sobre la situación en Sierra Leone, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la Naciones Unidas afirmó que aunque la Comisión y el Tribunal cumplen distintos mandatos, “Sin embargo, cumplen funciones complementarias en lo que respecta a la responsabilización, la disuasión, un mecanismo para facilitar las declaraciones tanto de las víctimas como de los autores de violaciones, reconciliación nacional, la reparación y la justicia restitutiva para el pueblo de Sierra Leona”²¹⁹

²¹⁵ El preámbulo del Estatuto de Roma afirma que los crímenes más graves no deben quedar sin castigo y que las partes están decididas “a poner fin a la impunidad de los *autores de esos crímenes.*” *Estatuto de Roma, supra* nota 181.

²¹⁶ William Schabas, “The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone” (2003) 25: 4 Hum Rts Q 1035 pág. 1039 [Schabas].

²¹⁷ *Ibid* pág. 1040.

²¹⁸ *Ibid* pág. 1047.

²¹⁹ Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, presentados de conformidad con la resolución 2001/20 de la Comisión de Derechos Humanos*, OACDH, 2002, E/CN.4/2002/37 párr. 70.

136. Una de las inquietudes de la relación entre una comisión y un tribunal es el intercambio de información y el temor de los autores de crímenes de que los testimonios receptados sean usados como evidencia en un procedimiento judicial. Esto tiene un efecto disuasivo que debilita la misión de llegar a la verdad. Sin embargo, como nota William Schabas, uno de los seis comisionados de la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sierra Leone, ello se puede resolver mediante la adopción por el tribunal especial de una regla probatoria que prohíba la autoincriminación, tal cual es el caso en las cortes ordinarias, y de disposiciones que establezcan la confidencialidad de lo acaecido frente a una comisión.²²⁰

137. En breve, el esclarecimiento de la verdad es esencial y particularmente útil porque puede aportar información que permita conocer la suerte del desaparecido. Sin embargo, hay que ponderar las ventajas globales de una comisión de verdad exhaustiva contra la desventajas de una examinación tan profunda que pueda llegar a ser un obstáculo al enjuiciamiento de los principales responsables de violaciones graves, quienes podrían revelar la verdad que las víctimas y la comunidad buscan. Más importante aún, es reconocer la relación sinérgica que puede existir entre un tribunal y una comisión. En lugar de interpretar la relación entre un tribunal y una comisión como una relación antagónica o excluyente, se debe reconocer que un tribunal y una comisión pueden funcionar de manera complementaria.

4.3.i.e Reparación de geometría variable

138. El concepto de la reparación trabaja conjuntamente con el concepto de participación de la víctima para asegurar que ésta tenga acceso a la administración de justicia y a una integral reparación por el daño sufrido. Por esta razón el GTDFI afirma que los autores de desapariciones no podrán beneficiarse de una ley de amnistía sin que el estado haya cumplido con su deber de investigar y enjuiciar, para que “se satisfaga el derecho a la justicia, la verdad, la información, el recurso, la reparación, la rehabilitación y la indemnización de las víctimas.”²²¹

139. La reparación puede tomar varias formas: declaraciones públicas, programas de reparación colectivas (recuperar y promover los derechos de los ciudadanos), rehabilitación (médica, psicológica, etc.), fondos de reparación, etc. La indemnización no es la única forma de reparación y no absuelve a los autores de su responsabilidad criminal. También es importante señalar que la reparación sigue al enjuiciamiento. Hay que cuidar de no confundir una reparación anticipada con una forma de eliminar el deber estatal de investigar, perseguir y sancionar.

140. La reparación es una parte esencial del acceso a la justicia. Hay veces que un programa de compensación puede servir como reparación pero no es suficiente para satisfacer el interés de la justicia. De hecho, si un programa de compensación se ofrece a cambio de

²²⁰ Schabas, *supra* nota 216 págs. 1053, 1061.

²²¹ Informe Desapariciones, *supra* nota 199 pág. 17.

que se retire una acusación y que se elimine el proceso penal por completo, este tipo de reparación puede ser defectuosa.

141. En el caso de *Mavi Marmara*, un incidente violento en el cual murieron diez nacionales turcos que intentaban transportar ayuda humanitaria a la Franja de Gaza cuando la flotilla fue interceptada por las Fuerzas de Defensa israelíes, la CPI abrió un examen preliminar pero concluyó que el asunto no era de gravedad suficiente para justificar la investigación de la CPI.²²² Recientemente Israel ofreció una compensación de 20 millones de dólares a las víctimas del incidente a cambio de que el Estado turco retire los cargos contra Israel.²²³ Esto ha iniciado un debate sobre la supuesta compensación. Algunos caracterizan esta oferta como un pago *ex gratia* y no como una compensación genuina que acompaña un hecho ilícito.²²⁴ Otros sugieren que aún si se afirma que no existe la gravedad suficiente para justificar una investigación de la CPI, se debe examinar si hay razones sustanciales para creer que una investigación no serviría a “los intereses de la justicia.”²²⁵ El caso señala que lo controversial no es tanto el monto sino el hecho de que la ausencia de una investigación y el retiro de la CPI facilita la impunidad de actos ilícitos y por lo tal una compensación puede resultar ser defectuosa.

142. El deber de reparar a las víctimas y a sus familiares forma parte del proceso jurídico que requiere primero el enjuiciamiento y luego la medida de satisfacción apropiada.

4.3.i.f Excepciones

143. Los crímenes que caen bajo la competencia de la CPI, como los crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad que están enumerados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, pueden brindar un marco jurídico para regular las excepciones a las leyes de amnistías.

144. Por analogía, es aceptable reconocer que la jurisdicción militar tiene alcance restrictivo y no puede pronunciarse sobre casos referidos a las violaciones de derechos humanos por las fuerzas armadas.²²⁶ Asimismo, la comunidad internacional tiene presente que hay

²²² *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report*, The Office of the Prosecutor, International Criminal Court, 6 November 2014, párr. 134.

²²³ “Israel ofrece 15 millones de compensación a las víctimas del ‘Mavi Marmara’”, *Europa Press* (el 3 de febrero del 2014), disponible en: <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-israel-ofrece-15-millones-compensacion-victimas-abordaje-mavi-marmara-20140203130457.html>>.

²²⁴ “Turquía: La Compensación de Israel por el caso del Mavi Marmara no es suficiente”, *Aurora* (el 25 de julio del 2013) disponible en: <http://www.aurora-israel.co.il/articulos/israel/Diplomacia/52706,Turquia:_La_compensacion_de_Israel_por_el_caso_del_Mavi_Marmara_no_es_suficiente/>; “Turkish families reject Israel compensation talks”, *The Times of Israel* (20 April 2013) disponible en: <http://www.timesofisrael.com/turkish-families-reject-israel-compensation-talks/?fb_comment_id=169568109868556_478841#f34b22491b43d58>.

²²⁵ Alexandre Skander Galand, “The Situation Concerning the Mavi Marmara at the ICC: What might the next move of the Prosecutors be?” (22 March 2016) *EJIL: Talk!* (blog), disponible en: <<http://www.ejiltalk.org/the-situation-concerning-the-mavi-marmara-at-the-icc-what-might-be-the-next-move-of-the-prosecutor/>>.

²²⁶ Pablo Saavedra Alessandri, “El *Ius Puniendi* en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” in Sergio García Ramírez & Olga Islas de Gonzáles Mariscal, eds, *Panorama internacional sobre justicia penal* (D.F., Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007) pág. 263.

graves crímenes y violaciones de los derechos humanos que constituyen una amenaza, no solo para el bienestar de una población nacional sino también para la paz internacional y que, por consiguiente, requieren sanción.

145. Se considera aceptable que hay ciertos delitos para los cuales no se permiten amnistías. Así como hay normas restrictivas para evitar la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos,²²⁷ también hay un reconocimiento que para tales delitos no hay amnistías. Por esta razón también se recomienda que no se debería otorgar el beneficio de la amnistía para ciertos delitos contra los menores de edad.

146. Aún si se permiten amnistías para algunos delitos cometidos contra adultos, el umbral debe ser más elevado para estos mismos delitos cometidos contra los menores de edad. En el primer informe presentado por el Secretario General al Consejo de Seguridad sobre los niños y los conflictos armados, el Secretario General exhorta a que los principales responsables de la reparación “hagan de los derechos, la protección y el bienestar de los niños un tema central de la planificación, la programación y la asignación de recursos desde un principio.”²²⁸ El informe claramente recomienda que “[e]l genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y otros crímenes atroces perpetrados contra niños deberían quedar excluidos de las disposiciones de amnistía previstas en las negociaciones de paz”²²⁹

147. Al igual que el informe del Secretario General, la actualización de las Directrices de la UE sobre los Niños y los Conflictos Armados llama atención sobre la centralidad de la situación de los niños en un contexto de conflicto armado. La Unión Europea refuerza la importancia de mantener las necesidades específicas de los niños como prioridad durante todo el proceso de planeamiento e implementación de programas que siguen a una negociación de paz. Además, la UE afirma que “velará por que los crímenes cometidos contra los niños sean excluidos de cualquier tipo de amnistía.”²³⁰

148. Aunque se reconoce que las amnistías pueden ser necesarias, los mismos objetivos de la responsabilidad criminal señalan que hay ciertos delitos reprensibles que deben ser absolutamente repudiados. Sólo una tal repudiación y condenación puede garantizar que no se vuelvan a repetir. Estos delitos no pueden caer bajo el ámbito de las amnistías.

4.3.i.g Negociaciones *bona fide*

149. Reconociendo que en un contexto de conflicto armado no internacional prolongado no hay una solución universalmente aplicable, las amnistías pueden ser útiles para iniciar un proceso de paz negociada. No obstante, se debe destacar que para justificar el uso de

²²⁷ *Ibid* pág. 257.

²²⁸ El Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la aplicación de la resolución 1261 (1999)* AG A/55/163-S/2000/712, pág. 31.

²²⁹ *Ibid* pág. 30.

²³⁰ Consejo de Asuntos Generales de la Unión Europea, *Actualización de las directrices de la UE sobre los niños y los conflictos armados*, adoptado el 9 de diciembre del 2003, 15634/03, en línea: <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/10019.es08.pdf>> párr. 18.

amnistías, además de las condiciones que aseguran que no se dejen impunes graves violaciones de los derechos humanos, se debe imponer la obligación de proseguir con las negociaciones de *bona fide*, es decir que la ley debe facilitar una paz genuina.

150. El GTDFI recomienda que “la legislación debe prever claramente como objetivo, con adecuados mecanismos de aplicación, el logro efectivo de una paz genuina y sostenible, y garantías a las víctimas de que terminará y no se repetirá la práctica de la desaparición.”²³¹

151. En lugar de servir como escudo para un autor de crímenes graves, tal ley debe ser motivada por el objetivo de poner fin al conflicto y llevar a una paz genuina y sostenible con consecuencias adecuadas (investigación, enjuiciamiento, sanción, penas alternativas, etc.).

4.4 Conclusión

152. En conclusión, mientras que nuestra intención no es elucidar la dirección que la Corte debería tomar con respecto a la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en el caso *Vereda la Esperanza*, ni pretendemos aclarar si esta ley en particular conduce a una demora excesiva e injustificada²³² que presenta obstáculos a la obligación de investigar y sancionar bajo la Convención, si afirmamos que el presente caso ofrece la oportunidad para re-examinar el valor y la efectividad de leyes de amnistía y otras medidas alternativas como herramientas de la justicia transicional.

153. Recomendamos que al examinar la aplicación de leyes de amnistía o leyes similares, la Corte pondere las ventajas y desventajas de estas leyes. Principalmente, afirmamos que una interpretación más flexible reconoce que la aplicación de tal ley está íntimamente ligada al contexto. Una interpretación flexible reconoce el valor de otras formas alternativas de justicia en un contexto de conflicto armado interno prolongado. En efecto, la limitación de ciertos derechos puede proporcionar una justicia mayor pues bajo ciertas condiciones que respeten la obligación estatal de enjuiciar y sancionar, las leyes de amnistía pueden facilitar una negociación de paz, la desmovilización, el esclarecimiento de la verdad y una reparación genuina.

iii. CONCLUSIÓN

154. Considerando todo lo anteriormente expuesto con respecto al desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre la responsabilidad del estado, los actos *ultra vires* de los agentes estatales, los derechos del niño y las leyes de amnistía, proponemos las siguientes recomendaciones:

155. En primer lugar, se propone en la Sección 1 que la Corte aplique la teoría de la prueba de control global adoptada al contexto nacional al examinar la responsabilidad del Estado de Colombia en cuanto a los actos ilícitos que ocurrieron en Vereda la Esperanza.

²³¹ Informe Desapariciones, *supra* nota 199 pág. 17.

²³² *Fondo*, *supra* nota 36 párr. 282.

El uso de dicho tipo de prueba en el análisis de los hechos del caso *Vereda la Esperanza* tendrá como efecto una diferenciación entre las formas y grados de la responsabilidad estatal por las acciones de particulares que violan los derechos humanos de otros particulares. Diferenciar entre la responsabilidad directa bajo el artículo 1.1 de la Convención y la responsabilidad indirecta bajo del artículo 2 permitirá la Corte categorizar el comportamiento del Estado parte de una manera más matizada. Además, ello hará progresar la jurisprudencia internacional con respecto a la responsabilidad estatal por las acciones de particulares.

156. En segundo lugar, esta intervención espera contribuir al debate sobre el problema jurídico que debe resolver esa Honorable Corte con relación a la atribución de responsabilidad internacional por los actos *ultra vires* de los agentes estatales cometidos en su capacidad oficial dentro de un contexto de colusión sistemática de las fuerzas públicas con los paramilitares colombianos. Para una mayor protección y garantía de los derechos humanos, se recomienda en la Sección 2 que la prohibición de desapariciones forzadas sea objeto de una interpretación amplia a fin de obligar a los Estados partes del sistema interamericano a asumir la responsabilidad por los actos de sus agentes.
157. Adicionalmente, se afirma que en el derecho internacional el uso de niños en hostilidades, ya sea directa o indirectamente o por grupos estatales o no estatales, está prohibido. Se ha concluido en la Sección 3 que el Estado colombiano tuvo la responsabilidad en derecho internacional e interamericano de proteger a los niños afectados por las hostilidades durante el periodo en cuestión. No fue suficiente criminalizar en derecho doméstico el uso de los niños en las hostilidades; el Estado también tenía la responsabilidad de tomar todas las medidas razonablemente posibles para asegurar la conformidad con estas leyes. Además, el estado que carente de la capacidad de prevenir el abuso de los derechos del niño tiene la responsabilidad bajo el Protocolo Facultativo, que con la Convención forman un *corpus iuris* interamericano, de proteger los derechos del niño y pedir la cooperación de la comunidad internacional en el cumplimiento de este deber. En resumen, el estado tiene la obligación de tomar toda medida razonablemente posible para proteger a los niños menores de 18 años, lo que el Estado colombiano no ha hecho en el periodo en cuestión.
158. Finalmente, considerando que no hay una solución universal que pueda responder adecuadamente a la complejidad de un conflicto armado interno y que por lo tanto las leyes de amnistía y medidas alternativas, bajo condiciones que mantengan la obligación estatal de investigar, enjuiciar y sancionar, pueden ser herramientas de la justicia transicional, se propone en la Sección 4 que la Corte adopte un enfoque más matizado al examinar la aplicación y eficacia de tales leyes. Las amnistías pueden ofrecer otros medios para perseguir a los principales responsables de graves violaciones de derechos humanos, para revindicar a las víctimas de esos conflictos y para proveer la reparación de una nación entera. Se sugiere respetuosamente que en vez de adoptar una prohibición total de las amnistías, la Corte desarrolle parámetros (como los previamente expuestos en la Sección 4) para realizar un examen minucioso al abordar la cuestión de amnistías. Bajo ciertas condiciones, las amnistías pueden representar una salida de un conflicto

interminable sin impedir la obligación estatal de investigar y perseguir a los autores de graves violaciones de los derechos humanos.