Interés superior del menor e integración normativa en la concesión de la prisión domiciliaria para el aforado cabeza de familia en la Jurisdicción Penal Militar

**Autor**: Mónica Bibiana García Jiménez
U3000951

# Presentado a Doctor Andrés González Serrano Director trabajo de investigación

Como opción al grado de Máster en Derecho Procesal Penal



Universidad Militar "Nueva Granada"
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal Penal
Bogotá D.C.
2019

Interés superior del menor e integración normativa en la concesión de la prisión domiciliaria para el aforado cabeza de familia en la Jurisdicción Penal Militar<sup>1</sup>

### **Autor**

Mónica Bibiana García Jiménez<sup>2</sup>

#### Resumen

Ante las restricciones legales y contrapuestos pronunciamientos que existieron entre la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar frente a la concesión de la prisión domiciliaria del aforado cabeza de familia en la jurisdicción penal militar, se investigó cuáles eran los principios y normas que debieron incorporarse al Código Penal Militar, por la vía del principio de integración, para otorgar el referido subrogado en pro del derecho de los niños a crecer en una familia. De allí que se debatió, ¿por qué el interés superior del menor obligaba al Tribunal Militar a aplicar el principio de integración para conceder la prisión domiciliaria al aforado padre o madre cabeza de familia?, superando así el problema de validez normativo que planteó Robert Alexy y Luis Recasens, para lo cual se aplicó el método Delphi, donde se consultaron cinco expertos para dar respuesta a la pregunta de investigación que se formuló.

**Palabras claves:** Integración, prisión domiciliaria, interés superior del menor, padre o madre cabeza de familia.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Es el resultado de la investigación presentada como opción de grado de Máster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Abogada, especialista en Derecho Procesal Constitucional y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, juez 20 de Instrucción Penal Militar.

### **Abstract**

Given the legal restrictions and conflicting pronouncements that existed between the Supreme Court of Justice and the Military Superior Court in front of the concession of the house arrest of the family head in the military criminal jurisdiction, the principles and norms that had to be incorporated to the Military Criminal Code, by way of the principle of integration, to grant the said subrogation in favor of the right of children to grow up in a family. Hence it was discussed, ¿why the best interests of the minor forced the Superior Military Court to apply the principle of integration to grant house arrest to the father or mother head of family?, thus overcoming the problem of normative validity posed by Robert Alexy and Luis Recasens, for which the Delphi method was applied, where five experts were consulted to answer the research question that was asked.

**Key words:** Integration, house arrest, best interests of the child, father or mother head of the family.

## Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno ha generado modificaciones en la concepción del derecho procesal penal, cuyo principio fundante es la dignidad humana y por tanto se erige como un parámetro de obligatorio cumplimiento y criterio interpretativo de toda la normatividad, lo que pondrá en evidencia que en la Jurisdicción Penal Militar se está desconociendo el principio de integración normativa como vía efectiva para garantizar la prevalencia del interés superior del menor, pues el Tribunal Superior Militar no concede la prisión domiciliaria al miembro de la Fuerza Pública que acredita su condición de padre o madre cabeza de familia, vulnerando derechos fundamentales de los niños imprescindibles para su adecuado desarrollo personal, tales como gozar de una familia y de especiales cuidados por parte de sus padres.

De allí que se cuestionará ; por qué la prevalencia constitucional del interés superior del menor obligará al Tribunal Superior Militar a aplicar el principio de integración normativa para conceder la prisión domiciliaria a favor del aforado que acredite su condición de padre o madre cabeza de familia? Para responder esta pregunta se consultará, con un enfoque estructuralista, a los autores Sokolich, López y Pradilla, quienes proponen que la prevalencia del interés superior del menor por ocupar un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico debe ser respetado por los demás sujetos de la sociedad y todas las instituciones sin excepción, por ser expresión del Estado. Una manera de reivindicar el interés superior del menor que ha venido siendo desatendido en la jurisdicción penal militar, será la implementación, por vía del principio de integración consagrado en el Código Penal Militar, de la prisión domiciliaria prevista en la jurisdicción penal ordinaria, a quienes acrediten ser padres o madres cabeza de familia, para lo cual se hará uso de la técnica axiológica denominada el logos de lo razonable planteada por Luis Recasens, con lo cual se logrará que ese principio de integración que hace parte del ordenamiento jurídico en vigor, obtenga su realización en la conducta de los operadores de la justicia penal militar y en sus decisiones, por cuanto aquel contiene medios adecuados, lícitos y eficaces para conseguir el fin que se propone, que en este caso es el privilegio de los derechos de los menores a través de la concesión de la prisión domiciliaria a favor del aforado que acredite su condición de cabeza de familia.

La presente investigación revistirá importancia en el plano jurídico porque promoverá la necesaria observancia del principio de integración normativa por parte de todos los jueces de la jurisdicción especializada, incluidos los jueces colegiados del Tribunal Superior Militar, para hacer prevalecer el interés superior del menor en la jurisdicción castrense, mediante la concesión de la prisión domiciliaria a favor del miembro de la Fuerza Pública que demuestra su condición de padre o madre cabeza de hogar y de este modo, amparar el derecho de los niños a gozar de una familia y especiales cuidados por parte de sus padres, procurando disminuir las vicisitudes que conlleva la imposición de una medida intramural a los padres encargados de la formación y sustento de los menores. Así mismo se procurará que el presente trabajo investigativo sirva para incentivar pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia hasta generar doctrina probable o

precedente judicial que obliguen al Tribunal Superior Militar a su acatamiento, o lograr la manifestación de la Corte Constitucional en ejercicio de su función de revisar de manera eventual las sentencias de tutela y que por esta vía también se logre su aplicación, mientras en un futuro próximo se consagre la prisión domiciliaria en la ley penal militar.

# Metodología

La presente investigación jurídica tuvo un enfoque estructuralista, con alcance proyectivo y tuvo como finalidad explicar con base en la comprensión del logos de lo razonable de Recasens, los motivos por los cuales el principio del interés superior del menor obligaban al Tribunal Superior Militar a aplicar el principio de integración para conceder la prisión domiciliaria al aforado que acreditaba su condición de padre o madre cabeza de familia en la jurisdicción penal militar.

En función de lo anterior, los objetivos planteados fueron los siguientes:

Un objetivo general que tuvo como propósito explicar con base en la comprensión del logos de lo razonable de Recasens, la necesidad de la prevalencia del interés superior del menor para la integración normativa en relación con la concesión de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia en la jurisdicción penal militar.

Así mismo, se formularon tres objetivos específicos que tuvieron como finalidad profundizar en los siguientes asuntos:

Comprender las motivaciones que dieron lugar al desconocimiento del principio de integración normativa en la concesión de la prisión domiciliaria a favor del padre o madre cabeza de familia en la Jurisdicción Penal Militar.

Demostrar que la prevalencia de interés superior del menor obligaba a aplicar el principio de integración normativa en la concesión de la prisión domiciliaria a favor del padre o madre cabeza de familia en la Jurisdicción Penal Militar.

Validar con la técnica del logos de lo razonable de Luis Recasens, la necesidad de la primacía del principio del interés superior del menor en la concesión de la prisión

domiciliaria a favor del padre o madre cabeza de familia que acreditaba su condición en la Jurisdicción Penal Militar.

El modelo metodológico empleado fue cualitativo y para demostrar que el interés superior del menor, por ocupar un lugar prevalente en el ordenamiento jurídico colombiano, obligaba a aplicar el principio de integración en la concesión de la prisión domiciliaria al aforado padre o madre cabeza de familia en la Jurisdicción Penal Militar, se utilizó el método Delphi, por medio del cual se efectuaron entrevistas a los señores Dolly Janith Hernández García, Fiscal 13 Penal Militar ante Juez de Brigada; Soraya González Zakzuk, Fiscal 23 Penal Militar ante Juez de Brigada; Coronel Heidy Johana Zuleta Gómez, Juez 1 de Instancia de Brigada y dos expertos más que fungían como fiscales penales antes jueces de Brigada, pero que prefirieron que sus nombres no fueran mencionados en esta investigación.

Finalmente, el problema que se detectó fue del orden transdisciplinar, por cuanto se advirtió una dificultad en la validez de la norma, que haciendo uso de la técnica axiológica del logos de lo razonable de Luis Recasens, se explicó la necesidad de que el principio de integración que hace parte del ordenamiento jurídico en vigor, obtuviera su realización en la conducta de los operadores de la jurisdicción penal militar y en sus decisiones, por cuanto aquel contiene medios adecuados, lícitos y eficaces para conseguir el fin que se propone, que en este caso es el privilegio de los derechos de los menores a través de la concesión de la prisión domiciliaria a favor del aforado que acredite su condición de cabeza de familia.

#### Resultados

La influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno ha generado cambios en la concepción del derecho procesal penal, específicamente en la función de la pena, donde se consagra la dignidad humana como principio fundamental en el cual se estructura el Estado Social de Derecho y por tanto se constituye como un parámetro interpretativo de todas las normas, lo cual ha puesto en evidencia que la negación de la prisión domiciliaria como medida sustitutiva de la pena de prisión a favor del miembro de la Fuerza Pública que es padre o madre cabeza de familia,

vulnera derechos fundamentales de los niños, imprescindibles para su adecuado desarrollo personal, tales como gozar de una familia y de especiales cuidados por parte de sus padres.

El origen de este problema radica en que, por virtud de la libertad de configuración legislativa y la connotación de *lex specialis* el derecho penal militar, no está prevista la institución de la prisión domiciliaria en las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, los cuales regentan las instituciones sustanciales y procedimentales en la justicia penal militar, hecho que imposibilita conceder la prisión domiciliaria a aquel miembro de la fuerza pública que es padre o madre cabeza de familia y que en servicio activo cometió un delito en actos relacionados con el mismo; pese a que dicha medida sustitutiva de la pena de prisión sí está contemplada en la legislación penal ordinaria, específicamente el artículo 36, 38 y 68A del Código Penal Ordinario (Ley 599 de 2000), el artículo 314 y 461 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y la ley 750 de 2002; circunstancia que vulnera derechos fundamentales de los niños, tales como el que le asiste a tener una familia y gozar de especiales cuidados por parte de sus padres, consagrados en la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia).

El artículo 221 de la Constitución Política de 1991 enuncia a la justicia penal militar como un régimen especial autónomo para la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por delitos relacionados con el servicio, que no hace parte de la Rama Judicial pero que sí administra justicia, tal y como lo indica el artículo 116 ibídem y cuenta con instituciones y procedimientos propios que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa así lo ha establecido.

Por su parte, en pronunciamiento del 31 de julio de 2012 bajo la causa con radicado 153735, el Tribunal Superior Militar indicó que la prisión domiciliaria no estaba regulada en la legislación penal militar y que tal circunstancia estaba amparada por la Constitución Política, al consagrar en su artículo 221 que la justicia penal militar era autónoma e independiente y por tanto tenía un régimen punitivo especial que regulaba sus propias instituciones tanto en los sustantivo como en lo procesal; lo cual reiteró en sentencia del 27 de junio de 2014 dentro del radicado 150747 cuando expresó que la no consagración de la prisión domiciliaria en la ley penal militar no obedecía a un vacío u omisión legislativa,

sino a la voluntad de no incorporar este subrogado en el Código Penal Militar, en razón a la particular naturaleza de la Fuerza Pública.

Ahora bien, mediante pronunciamiento del 05 de abril de 2017 dentro del radicado 40282, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, concedió la prisión domiciliaria como sustitutivo de la pena de prisión a una mujer miembro de la Fuerza Pública que era madre cabeza de hogar, indicando que las mismas razones que justificaban la concesión de la prisión domiciliaria a los condenados de la justicia penal ordinaria, aplicaban para los que lo eran por la penal militar, en atención a los principios humanistas consagrados en la Carta Política, los tratados internacionales y las funciones de la pena, considerando como premisa fundamental inspiradora del todo el ordenamiento jurídico, incluido el penal militar, la protección de la infancia contra toda forma de abandono y que por tal motivo se debía procurar disminuir las vicisitudes que conllevaba la medida intramural impuesta a los padres y madres encargados de la manutención, educación y formación de los menores.

Sin embargo, en sentencia del 10 de octubre de 2017 dentro del radicado 158122, el Tribunal Superior Militar se apartó del pronunciamiento antes indicado, por no ser doctrina probable ni precedente judicial y decidió no conceder el beneficio de la prisión domiciliaria a un miembro de la fuerza pública que lo invocó, por considerar que la carencia de dicho instituto en la ley penal militar no obedecía a un vacío legal, sino a la especialidad de la ley penal castrense y a la libertad de configuración legislativa, sin que ello vulnere los derechos de los aforados.

En la actualidad, los jueces de instancia de la jurisdicción penal militar se enfrentan al dilema de acatar exegéticamente los designios del estatuto penal militar y las decisiones del Tribunal Superior Militar y no conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión al miembro de la Fuerza Pública que es padre o madre cabeza de familia, o proceder a su otorgamiento acudiendo al principio de integración previsto en el artículo 14 de la Ley 1407 de 2010, para amparar los derechos de los niños que se erigen como fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico y que además son salvaguardados por las normas internacionales generales de protección a los Derechos Humanos, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como las especiales de

protección de los niños, como ocurre con la Convención de los Derechos del Niño o la Declaración de los Derechos del Niño, procurando su total defensa contra toda forma de abandono y desprotección.

Así mismo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la cual fue incorporada a la legislación interna mediante la Ley 12 de 1991, proclama que la infancia tenía derecho a cuidados y asistencias especiales, para lo cual la familia se instituye como medio natural para su crecimiento y bienestar; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular en los artículos 23 y 24, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobados por Colombia mediante ley 74 de 1968), también preconizan la necesidad de proporcionar al niño una especial protección y consideran la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

Ante las restricciones legales y los contrapuestos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar frente a la concesión de la prisión domiciliaria a favor del padre o madre cabeza de familia en la justicia penal militar, se hace necesario investigar cuáles son los principios y las normas tanto internas como internacionales que se deben incorporar al Código Penal Militar, por vía del principio de integración previsto en dicho estatuto, para otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión a favor del miembro de la Fuerza Pública que es padre o madre cabeza de familia, en pro del derecho que tienen los niños a una familia y a crecer con cuidado y amor y de esta manera dotar de herramientas argumentativas a los operadores judiciales de la jurisdicción penal militar para que emitan decisiones respetuosas de derechos de mayor valía como los de los menores y de este modo honrar la dignidad humana como principio fundamental en el que se funda Colombia como Estado Social de Derecho.

Así mismo se pretende que el presente trabajo investigativo sirva para incentivar pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia hasta generar doctrina probable o precedente judicial que obliguen al Tribunal Superior Militar a su acatamiento, o lograr la manifestación de la Corte Constitucional en ejercicio de su función de revisar de manera

eventual las sentencias de tutela y que por esta vía también se logre su aplicación, mientras en un futuro próximo se consagre la prisión domiciliaria en la ley penal militar.

# El principio de integración analizado bajo el lente del estructuralismo y la validez de la norma desde su dimensión sociológica.

El enfoque jurídico a partir del cual se propone realizar el análisis conceptual de la presente investigación es el estructuralismo, por cuanto el derecho es un fenómeno de estructuras, conformado por normas individualmente consideradas que regulan aspectos específicos y que tienen una jerarquía en el ordenamiento jurídico, siendo la Constitución Política y los tratados internacionales normas superiores y las demás deben estar en armonía con sus preceptos e interpretadas a la luz de sus principios y fines inspiradores, so pena de ser derogadas y excluidas del sistema normativo.

A su vez, el ordenamiento jurídico, interactúa con otra estructura llamada sociedad, donde la superación de la visión formalista que comprendía al derecho como simple norma vacía de contenido con aplicación literal, fue reemplazada por una concepción dinámica donde se observa al derecho cómo interactúa en la sociedad y cómo resuelve las necesidades del conglomerado, en especial en aquellos casos en los que la norma escrita no ofrece una solución. Esta tendencia ha generado que con mayor frecuencia, situaciones de hecho sean incluidas por el legislador en la estructura normativa, en el ánimo de ajustar el derecho a la realidad social y hacerlo eficaz.

Establecida la orientación jurídica, se procede abordar el análisis conceptual, tomando como referente autores que han estudiado el principio de integración, dentro de los cuales se encuentra la disertación de Prada (s.f), donde precisa que dicho principio se erige como una herramienta fundamental para incorporar tratados y convenios internacionales en el ordenamiento jurídico interno y determinar el rango con el que son integrados. Según Uprimny (s.f.) "la existencia del bloque de constitucionalidad obliga a interpretar los alcances del procedimiento penal a partir de garantías fundamentales previstos no sólo en la Constitución, sino también en tratados internacionales de Derechos Humanos y Derecho

Internacional Humanitario" (p.1). En esta misma línea, el principio de integración para Enciso (2014) "apunta a una apertura garantista de los derechos fundamentales del imputado, de conformidad con establecido internacionalmente" (p.86), para Sotomayor & Tamayo (2017) "se erige en un principio fundamental para la consolidación de una lectura garantista de la legislación penal" (p.209), mientras que para Pinzón (2012), el principio de integración es necesario para contener el poder punitivo del Estado.

En cuanto a la materialización del mencionado principio en la práctica jurídica, Pinzón (2012), indica que el principio de integración permite que se asimilen, como propios, los derechos que en el plano internacional se han ido reconociendo a favor del ser humano, incluso de quien se ve sometido al poder sancionador del Estado" (p.73). Para Prada (s.f), por regla general, el derecho internacional adquiere el rango de ley en el sistema jurídico colombiano, pero por disposición de la misma Constitución, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno; pensamiento que se ve reflejado en Enciso (2014) al referir que "el bloque de constitucionalidad es un principio rector de la ley penal que tiene como función integrar a sus disposiciones, aquellos estándares normativos en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario" (p. 82). De allí que Sotomayor & Tamayo (2017), señalen que el principio de integración penal, ordena incorporar al código punitivo las normas y postulados sobre derechos humanos consignados en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por Colombia; por lo cual cobran gran importancia las palabras del autor Uprimny (s.f) cuando manifiesta que el funcionario judicial debe tener claridad sobre las normas constitucionales y de derechos humanos convencionales más importantes en relación con el proceso penal, para poder proteger los derechos fundamentales adecuadamente (p.21).

De otra parte, Prada (s.f) manifiesta que para integrar normas y principios que no se encuentran formalmente en el articulado de la Constitución, es necesario hacer uso de la doctrina del bloque de constitucionalidad (p.371), pensamiento que está alineado con lo concebido por Pinzón (2012), cuando señala que el bloque de constitucionalidad es quien

da vida al principio de integración en materia penal y de igual modo Uprimny (s.f.) precisa que para que una norma se pueda incorporar al bloque de constitucionalidad, se necesita que la misma Constitución Política así lo ordene. En el mismo sentido, Sotomayor & Tamayo (2017) refieren que para incorporar un tratado internacional sobre Derechos Humanos al ordenamiento penal, se requiere hacer un análisis de cada uno de los derechos humanos incorporados, a fin de determinar su impacto en materia de control del poder punitivo estatal, mientras que Enciso (2014), agrega que "al incorporarse tratados internacionales al ordenamiento interno, se logra limitar las actuaciones no sólo de las autoridades legítimamente constituidas sino también de los actores armados, bajo la presión de que se anulen los acuerdos de indultos o amnistías logrados". (p.81)

Finalmente, al analizar la operacionalización del principio de integración en las prácticas jurídicas, se tiene que para Sotomayor & Tamayo (2017), por virtud del citado principio, sólo se incorporan a la ley penal aquellos tratados y convenios internacionales de derechos humanos que restringen el poder punitivo del Estado. Para Prada (s.f) "los mecanismos de integración de derecho internacional en el ordenamiento interno se encuentran limitados por el principio pro homine". (p.367), percepción que se evidencia en el pensamiento de Pinzón (2012), quien concibe al principio de integración en materia penal ligado al bloque de constitucionalidad y de allí deriva su observancia obligatoria para el operador judicial. Es por esta razón que el autor Uprimny (s.f) sugiere que "el operador judicial debe realizar un estudio juicioso al caso concreto, para establecer las normas que integran el bloque de constitucionalidad para determinar el alcance de las garantías en el proceso penal" (p.21), argumento que es complementado por Enciso (2014) cuando expresa que las sentencias emitidas por la Corte Constitucional como producto del examen de exequibilidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, fija parámetros de obligatorio cumplimiento, que marcan derroteros de la política pública en materia criminal.

Habiendo hecho la síntesis de los conceptos de los autores enunciados, se puede afirmar que el principio de integración es una herramienta jurídica necesaria para generar conciencia en los operadores judiciales sobre la importancia de realizar una interpretación integral de la legislación penal, la cual no se agota en los códigos penales, sino que es

imperioso consultar los preceptos constitucionales y los tratados internacionales que en materia de Derechos Humanos ha ratificado Colombia, para la consecución de un procedimiento penal respetuoso de las garantías fundamentales de los menores cuyos padres están condenados y de este modo lograr la humanización del poder sancionador del Estado.

Ahora bien, el principio de integración permite incorporar al estatuto punitivo castrense, aquellos tratados internacionales que hagan parte del bloque de constitucionalidad que consagren garantías a favor del procesado, que en este caso resultan ser miembros de la fuerza pública en servicio activo que han cometido una infracción penal relacionada con el mismo servicio, con lo cual se ejerce control al poder punitivo estatal. Es por eso que el operador judicial de la jurisdicción penal militar debe realizar un estudio pormenorizado del caso específico, para establecer las normas que integran el bloque de constitucionalidad y cuáles de éstas prevén garantías frente a la actividad punitiva del Estado, con el fin de ser incorporadas a la ley penal militar, por virtud del principio de integración.

De allí que al concebirse el ordenamiento jurídico como una estructura donde la Constitución Política tiene supremacía sobre las demás normas, incluidas las leyes que regulan los institutos sustanciales y procedimentales en la justicia penal militar, no se comprende la razón por la cual el Tribunal Superior Militar ha desconocido el principio de integración para la prevalencia constitucional del interés superior del menor, al negar el subrogado penal de la prisión domiciliaria como medida sustitutiva de la pena de prisión a favor del miembro de la Fuerza Pública que es padre o madre cabeza de familia; pues la tensión entre la imposición de una pena de prisión como consecuencia de la sanción penal y la protección del vínculo familiar del menor, debería someterse a un ejercicio de ponderación y ser resuelto a favor de este último, ya que con el mencionado subrogado penal se logra cumplir con ambos intereses, sin sacrificar el derecho fundamental del niño a ser criado por sus padres, a no fragmentar su núcleo familiar que se instituye como estructura privilegiada para su desarrollo en condiciones dignas y mucho menos trasladarle las consecuencias de los actos cometidos por sus padres, pues en últimas es el menor quien

soporta la desprotección y el abandono y es precisamente en estas circunstancias donde cobra mayor vigencia el principio del interés superior del niño que obliga a todas las autoridades, incluidas las de la jurisdicción penal militar, a tomar decisiones sin perder de vista este mandato constitucional.

Continuando con la exposición, se procede a realizar el análisis de los referentes normativos y jurisprudenciales que han estudiado la viabilidad de aplicar el principio de integración en la Jurisdicción Penal Militar, comenzado por revisar los normativos, para efectos de una mejor comprensión.

Se observa que el artículo 93 de la Constitución Política consagró una cláusula fundamental para armonizar la normatividad doméstica con los preceptos internacionales que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, haciendo que ellos prevalezcan en el orden interno. Al igual, el Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010), en su artículo 14 consagra de forma expresa el principio de integración, el cual es necesario para incorporar a dicho estatuto, normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. Es por ello que para lograr la humanización del poder punitivo del Estado, el operador judicial de la Justicia Penal Militar, necesita hacer una interpretación integral del ordenamiento jurídico, el cual no se agota en el Código Penal Militar.

El juez de instancia de la Jurisdicción Penal Militar, al momento de resolver un caso concreto, debe atender el precepto constitucional consagrado en el artículo 93 que incorpora con rango supra legal los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, al igual que el artículo 14 del Código Penal Militar que permite introducir a dicho código las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Es fundamental establecer, en primer lugar, que el instrumento internacional que se presente incorporar al ordenamiento jurídico interno haya sido ratificado por Colombia y en segundo lugar, que reconozca los Derechos Humanos y prohíban su limitación en los estados de excepción, con lo cual se asegura su pertenencia al bloque de constitucionalidad y se garantiza su aplicación en el Código Penal Militar, a través del artículo 14 que expresamente lo dispone.

Finalmente, el principio de integración se operacionaliza en la jurisdicción penal militar, a través del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de la Constitución Política y del artículo 14 de la Ley 1407 de 2010, por lo cual el juez penal militar al momento de resolver el caso concreto, debe atender no sólo la ley punitiva castrense y la Constitución, sino los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que reconoce derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, con el fin de armonizar la aplicación del Código Penal Militar con las herramientas jurídicas del bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad.

Dicho lo anterior, se procede a revisar los referentes jurisprudenciales que hasta la fecha, han estudiado la posibilidad de aplicar el principio de integración en la Jurisdicción Penal Militar para la concesión de la prisión domiciliaria para quien acredite la condición de padre o madre cabeza de familia, donde se observa que en los radicados 20748 del 01 de junio de 2005 y 40893 del 19 de marzo de 2009, la Sala de decisión de tutelas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia negó la viabilidad de conceder la prisión domiciliaria a miembros de la Fuerza Pública condenados por la justicia penal militar que alegaban su derecho por ser padres cabeza de familia, por considerar que la justicia castrense tenía sus propias instituciones, era autónoma y la no previsión de la prisión domiciliaria obedecía a la libertad de configuración del legislador y no a la existencia de un vacío legal, por lo que no era posible traer de otra codificación institutos no previstos en el Código Penal Militar.

Sin embargo, en sentencia del 05 de abril de 2017, proferida dentro del radicado No. 40282, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 31 de julio de 2012 emitida por el Tribunal

Superior Militar dentro del radicado No. 153735, donde consideró necesario que por vía del principio de integración se aplicara el instituto de la prisión domiciliaria previsto en los artículos 38 y 38 B del Código Penal Ordinario, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, en la legislación penal militar para concederla a una miembro de la Policía Nacional que acreditó su condición de madre cabeza de familia, con la pretensión de proteger a los menores del abandono al que se ven expuestos por el encierro intramural de sus padres, quienes son los llamados a propender por su formación y educación.

Por su parte, el Tribunal Superior Militar en los pronunciamientos realizados dentro de los radicados No. 149123 del 20 de octubre de 2011, 154067 del 14 de mayo de 2012, 153735 del 31 de julio de 2012, 154892 del 17 de febrero de 2014, 150747 del 27 de junio de 2014, 158051 del 29 de agosto de 2014, 158207 del 12 de julio de 2016 y 158122 del 10 de octubre de 2017 entró a decidir sobre la procedencia del citado subrogado, precisando que no era necesario dar aplicación al principio de integración consagrado en el artículo 14 del Código Penal Militar, para incorporar al digesto punitivo castrense el instituto de la prisión domiciliaria previsto en el Código Penal Ordinario, por cuanto la justicia penal militar contaba con un régimen penal especial que regulaba sus propias instituciones y en tal sentido, si la prisión domiciliaria no fue prevista en el estatuto punitivo castrense, fue porque el legislador así lo dispuso. No obstante, dentro del radicado No. 158043 del 19 de agosto de 2014, el alto Tribunal Militar hizo las mismas afirmaciones antes señaladas para negar la viabilidad de acudir al principio de integración previsto en el artículo 14 del Código Penal Castrense para incorporar el instituto de la prisión domiciliaria, pero dejó entrever una posibilidad para su concesión en aquellos eventos en que se acreditara la condición de padre o madre cabeza de hogar, siempre y cuando se reunieran los requisitos para ello, pero como se indicó anteriormente, la tendencia actual del Tribunal Superior Militar es rotunda en su negación.

Del análisis jurisprudencial se puede colegir que, si bien en época anterior la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar compartían la misma línea de pensamiento, al considerar improcedente integrar en el Código Penal Militar el instituto de la prisión domiciliaria previsto el Código Penal Ordinario, para otorgarla a aquellos

miembros de la Fuerza Pública condenados que argumentaban ser padres o madres cabeza de hogar, dada la categoría de ley especial de la norma punitiva castrense, actualmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hizo un importante cambio en su posición visible dentro del radicado No. 40282 del 05 de abril de 2017, ya que por vía del principio de integración consagrado en el Código Penal Militar, aplicó el instituto de la prisión domiciliaria previsto en el Código Penal Ordinario, en la legislación penal militar para otorgarla a una miembro de la Fuerza Pública que acreditó su condición de madre cabeza de familia, en pro de la protección de la infancia contra toda forma de abandono; pero posterior a esta decisión, el 10 de octubre de 2017, el Tribunal Superior Militar emitió un pronunciamiento dentro del radicado 158122, donde se apartó del pensamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que su fallo no era obligante al no ser precedente judicial ni doctrina probable, y negó la solicitud de prisión domiciliaria que elevó un miembro de la fuerza pública retirado que afirmaba ser padre cabeza de hogar, argumentando que la justicia penal militar contaba con un régimen penal especial que no consagraba la prisión domiciliaria y que por este motivo no era necesario dar aplicación al principio de integración previsto en el Código Penal Militar, para incorporar al digesto punitivo castrense un instituto jurídico foráneo.

En resumen, partiendo de estas premisas se puede concluir que es necesario que el juez penal militar a través del principio de integración previsto en el artículo 14 de la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar), incorpore a la normatividad punitiva castrense principios, normas constitucionales e internacionales, para otorgar la prisión domiciliaria a miembros de la Fuerza Pública que fueron condenados por la jurisdicción penal militar que acrediten su condición de padre o madre cabeza de familia, con el fin de hacer prevalecer el principio del interés superior del menor, ya que en la actualidad se advierte un problema de validez frente a la aplicación del principio de integración en la ley penal militar; validez entendida desde la dimensión sociológica que plantea Robert Alexy (1997), que supone que "una norma vale socialmente si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción" (p.87), circunstancia que no se advierte en el objeto de estudio, pues el Tribunal Superior Militar no emplea el principio de integración previsto en el Código Penal Militar, para incorporar postulados constitucionales e internacionales al ordenamiento castrense que

le sirvan de fundamento para conceder la prisión domiciliaria a miembros de la fuerza pública que son padres o madres cabeza de hogar, para honrar la prevalencia del interés superior del menor; y tal desatención no le ha representado ningún tipo de sanción al alto Tribunal Castrense, quien está en la obligación de aplicar al caso concreto la norma penal militar, sin dejar de lado los preceptos constitucionales e instrumentos internacionales que abogan por la protección del menor, pues el Código Penal Militar, pese a ser norma autónoma y especial obedece a un ordenamiento jurídico, cuya norma fundamental exalta la especial protección de la infancia y por ello permite que instrumentos internacionales que reconocen este designio, la integren.

# El principio de integración como vía efectiva para la prevalencia del interés superior del menor en la concesión de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar.

De otra parte y con el propósito de determinar el estado del arte del presente trabajo, se ubicaron treinta y nueve (39) investigaciones que han aportado avances significativos en áreas del derecho como el constitucional, el penal y el de familia, con relación al principio de integración normativa como mecanismo para la garantía del interés superior del menor.

En el ámbito del derecho constitucional, los autores de las investigaciones consultadas coinciden en reconocer que la efectiva garantía y respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al interior de un país, se logra a través de la integración de su legislación interna con los instrumentos internacionales ratificados por los Estados en virtud de su soberanía, que promueven el interés superior del menor; pero que más allá de esa armonización formal se requieren compromisos serios de los Estados en el desarrollo de políticas públicas a favor de la infancia para que todas sus instituciones sean respetuosas y garantes del principio *pro infans* en el desarrollo de sus actividades.

Al respecto, Cano (2014) precisa que el principio del interés superior del menor es el eje de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y que uno de sus aportes fue la transformación de la noción de niñez que tenía elaborada el derecho, pues reconoció a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos con una protección especial debido a su estado de desarrollo. De Bartolomé (2012) indica que a pesar de que el interés superior del menor es un concepto indeterminado que permite un amplio margen de

discrecionalidad, es la Constitución misma la que dispone de los mecanismos jurídicos adecuados para garantizar una correcta interpretación del mismo en pro de la garantía de los derechos fundamentales del menor a la luz de los tratados internacionales ratificados sobre la materia. Por su parte, Aguilar (2008) refiere que gracias a la amplia adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de los Estados latinoamericanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha podido pronunciarse indicando que los niños no son sólo sujetos de protección especial, sino que son plenos sujetos de derechos; pensamiento que también comparte Lora (2006), quien hace alusión a una serie de instrumentos internacionales tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijin, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de la Libertad y las Directrices de Riad, enfatizando que aquellos hacen parte de lo que en la doctrina de las Naciones Unidas han denominado protección integral de la infancia y que gracias a estos instrumentos se dejó de concebir al menor como digno de compasión y represión, para reconocerlos como sujetos plenos de derechos. Sin embargo, De Armas & García (s.f), manifiestan que de todos los instrumentos anteriores, el más importante es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ya que no sólo es el que brinda el marco general de interpretación de todo el resto de esa normatividad, sino que ha tenido la capacidad de inspirar movimientos sociales y políticas públicas para mejorar las condiciones de la infancia. De ahí que Cillero (s.f), es enfático en afirmar que el desarrollo integral de los menores necesita una protección social y jurídica que garantice la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos; responsabilizando a padres, al Estado y especialmente a la sociedad.

Morlachetti (2010), informa que la mayoría de los Estados de América Latina y del Caribe que han suscrito la Convención sobre los Derechos del Niño y los tratados de Derechos Humanos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales; los han incorporado a sus legislaciones internas con estatus supra legal e incluso en algunos casos, con jerarquía constitucional; con lo cual se han obligado a adoptar medidas legislativas y políticas públicas para permitirles a los niños vivir en un presente y un futuro sin pobreza. Así mismo manifiesta Morlachetti (2013) que después de la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la mayoría de los países de América Latina han

hecho cambios en su legislación interna para proteger en mayor medida los derechos de la niñez, al punto que han adoptado codificaciones integrales en favor de la infancia y la adolescencia, en donde crean Sistemas Nacionales de Protección Integral de la Infancia. Sin embargo, Cárdenas (2011) indica que a la fecha de publicación de su investigación, esto es el 13 de junio de 2011, México no había cumplido cabalmente con los compromisos que adquirió con la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pues no había adoptado políticas ni un sistema de protección infantil y que por esa razón aprobó una reforma para elevar a rango constitucional el interés superior del niño, con el propósito de generar mecanismos de protección progresiva de los derechos de la niñez mexicana. De ahí que Ramos (2014) asegure que en México el principio de interés superior del menor hace parte del núcleo duro de los derechos fundamentales y tiene como función colmar las lagunas de la ley y coadyuvar a la interpretación y ponderación de los derechos fundamentales. En efecto, Cantoral & López (2018) explican como en el sistema jurídico mexicano, el 12 de octubre de 2011 publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto de reforma al artículo 4º de la Constitución, elevando a estatus constitucional el principio del interés superior de la niñez como premisa fundamental para el diseño y puesta en marcha de políticas públicas en favor de esta población especial. Finalmente, Baeza (2001) ilustra como el Estado chileno mediante una ley del año de 1990, incorporó a su sistema jurídico y con rango constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, asumiendo el compromiso de asegurar su aplicación en beneficio de los menores sin que se permita ningún tipo de discriminación.

Ahora bien, en el ámbito del derecho de familia, las investigaciones examinadas comparten un mismo designio en el sentido que procuran dar soluciones que privilegian a los menores de cara a problemas jurídicos puntuales que se presentan durante su etapa de desarrollo, enalteciendo el interés superior del menor, el cual es el pilar en el que se funda la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que ha sido integrado a todos los ordenamientos jurídicos internos de los países que lo han suscrito.

Es así como Campaña (2013) manifiesta que el interés superior del menor ocupa un lugar preferente en las leyes, la jurisprudencia y la doctrina del derecho de familia, indicando que éste debe entenderse en una triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento; cuya aplicación es imposible obviar cuando se pretende resolver un problema jurídico de índole familiar en el que resulte involucrado un menor; pensamiento que también comparte Sokolich (2013) cuando informa que el principio del interés superior del niño debe ser el punto de mira y el criterio rector de los operadores judiciales de todas las instancias en la toma de decisiones en materia de infancia, cuyos derechos deben privilegiarse con relación a otros. Jurado & Macías (2016) centran sus esfuerzos en diferenciar entre niño, niña, adolescente y menor, ya que a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es niño todo menor dieciocho años de edad, excepto si en un país la ley señala un rango menor. La anterior apreciación la realizan en razón a que los derechos del niño también abarcan a los adolescentes hasta que cumplen su mayoría de edad, pero biológicamente se considera que una persona es adolescente aproximadamente hasta los 25 años, cuando en realidad ya tiene mayoría de edad, lo que implica que los derechos del niño solo podrán ser aplicables durante sus primeros cuatro años de adolescencia, esto es de los 14 a los 18 años. En esa misma línea, Ruiz (2004) dice que la determinación de la edad en los extranjeros indocumentados es de vital interés, ya que el régimen jurídico aplicable a los extranjeros menores está inspirado en el principio de protección del interés superior del menor que impide su expulsión del territorio, cosa que no ocurre con el extranjero irregular adulto. Del Ángel (2015) señaló que México suscribió diferentes tratados internacionales, dentro de los cuales se encontraban la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y Cooperación en materia de adopción internacional de 1993, con la finalidad de regular procesos de adopción de menores, como mecanismo de protección que permite a los niños abandonados, huérfanos o privados de su medio familiar, beneficiarse de una familia permanente y de esta manera garantizar el principio del interés superior del niño. Silvia (2012) también manifiesta que la Convención de la Haya impone un nuevo enfoque de los Derechos Humanos aplicados a la infancia, donde se parte de la premisa que ningún menor puede ser considerado propiedad de sus progenitores, sino un sujeto de derechos que debía ser respetado y por tal razón sus padres o quienes estuvieran a su cargo, no pueden retenerlos ni trasladarlos de un lugar a otro sin su consentimiento, salvo en algunas excepciones que lo justifican.

Por otra parte, Viola (2012) informa que el cambio de perspectiva en la concepción del menor como sujeto pleno de derechos reconocido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, hace necesaria la adecuación integral del ordenamiento jurídico que respete la autonomía progresiva de los menores en el ejercicio de sus derechos, de tal suerte que sean ellos los protagonistas de sus vidas y vayan adquiriendo autonomía para la toma de decisiones de acuerdo a su evolución. Así mismo Llobet (2008) dice que por virtud del interés superior del niño, en los procesos administrativos y judiciales debe tenerse en cuenta la opinión de los menores de edad y que de acuerdo a la edad y madurez del menor, ésta debe tener un peso en la toma de la decisión, a lo cual Lizaola (2017) se adhiere cuando manifiesta que el principio del interés superior del menor transformó la práctica judicial, ya que dejó de concebirse al menor como objeto de protección que carecía de capacidad donde ni siquiera era conocido físicamente por no ser apto para ser escuchado; para ser sujeto pleno de derechos al que el juez debe procurarle su mayor beneficio en las actuaciones judiciales. Revetllat & Pinochet (2015) muestran como a través de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dio la entrada definitiva al concepto del interés superior del menor, el cual irradió a todo el ordenamiento jurídico chileno, destacando que en el derecho civil el niño, niña y adolescente se empezaron a considerar como personas a quienes se les deben reconocer y garantizar sus derechos y dignidad, teniendo presente sus necesidades específicas; lo cual también comparte Torrecuadrada (2015) cuando refiere que el principio del interés superior del menor es un concepto jurídico que por su indeterminación es aplicable a todos los casos, pues todos los niños de acuerdo a sus circunstancias, tienen necesidades diferentes y cita como ejemplos los casos de los niños huérfanos, discapacitados, refugiados, niños soldados o víctimas del conflicto armado y a los que son víctimas de abusos sexuales o escolares. Legerén (2014) por su parte, hace notoria la situación de los niños en entorno de conflicto armado, donde expresa que los Estados están en la obligación de implementar procedimientos que permitan determinar qué decisión tomar en cada caso particular y sugiere la aplicación de dos procedimientos que ha desarrollado el ACNUR a saber: evaluación del interés superior y procedimiento para la determinación del interés superior.

Ahora bien, otras investigaciones han aportado soluciones a otros eventos que se presentan en la cotidianidad de los menores. Es el caso de Zabala (2013) quien afirma que pese a la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño por parte del Estado colombiano, en la práctica jurídica no se está aplicando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes a la hora de fijar la cuota alimentaria para ellos, ya que los montos estipulados son tan exiguos que riñen no sólo con la dignidad de aquel grupo poblacional vulnerable, sino de quienes tienen su custodia; motivo por el cual propone la fijación de cuotas no inferiores al 50% de un salario mínimo para cada uno de los hijos para poder garantizar el cubrimiento de algunas de sus necesidades. Quiñones (2017) también refiere que es un derecho fundamental del menor que sus abuelos estén cerca de él para generarle todo el bienestar que requieren para su desarrollo y por esta razón los abuelos, parientes por consanguinidad, por afinidad, responsables del niño o quienes hayan tenido un contacto permanente con éste; pueden solicitar la convivencia familiar contra aquel progenitor que impide el contacto permanente con el menor, en aras de proteger el interés superior del niño, niña o adolescente.

En el ámbito del derecho penal, se observa un hilo conductor en las investigaciones exploradas, las cuales abogan por un tratamiento diferencial en la legislación cuyo beneficiario sea el menor de edad, con el fin de hacer prevalecer sus derechos que se erigen como prevalentes por virtud del principio del interés superior del menor previsto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que ha irradiado las legislaciones de los Estados que a bien la han suscrito.

Es así como Thoilliez (2008) hace alusión a que el solo hecho de promulgar una legislación penal destinada para menores de edad, es una clara intención de cumplir con el interés superior del niño prevista en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y reconocerle entidad propia a la infancia. En ese mismo sentido, Serrano (2013) manifiesta que tanto para el Consejo de Europa como para la Unión Europea han

emprendido acciones con el fin de promover una justicia adaptada al menor y por esa razón se enfrentan a dos retos, uno que tiene que ver con la formulación de reglas mínimas comunes que regenten la exploración de menores víctimas o testigos de hechos delictivos y el valor que se le ha de dar a sus declaraciones obtenidas en fase previa al juicio. Así mismo, Cruz (2011) también advierte la necesidad de prever un sistema de responsabilidad penal juvenil, separado del derecho penal de los adultos, con el propósito de establecer una distinción entre la orientación preventivo-especial de éste último y la observación del interés superior del menor en el sistema penal juvenil al momento de comprobar y medir la culpabilidad del menor de edad. Beloff (s.f) refiere que con la incorporación en América Latina de la Convención Internacional sobre el niño a los sistemas jurídicos nacionales se han producido cambios significativos a nivel normativo en la manera de concebir a los menores y a sus derechos, pues se sustituyó la doctrina de la situación irregular por la doctrina de la protección integral y bajo esta premisa la consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven acarrea sanciones diferentes que pueden ir desde la advertencia y la amonestación, pasando por la internación y como último recurso, la privación de la libertad que debe aplicarse por el tiempo más breve. Díaz (2017) refiere que el Estado peruano hizo una transición en el sistema jurídico punitivo en cuanto al tratamiento del menor infractor, pues pasó del Código de los niños y adolescentes al Decreto Legislativo 1348 que introdujo la doctrina de la protección integral del menor y le dio fuerza normativa superior, con el fin de enaltecer el principio del interés superior del niño.

Entre tanto, Ojeda (2014) demuestra cómo el Estado paraguayo incorporó en su legislación penal disposiciones inspiradas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o llamadas también las Reglas de Tokio, al igual que las Reglas de Bangkok y las Reglas de Brasilia, las cuales propugnan por la imposición de sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a su cargo y que aquellos eventos en los que la mujer en ese estado comete delitos graves, en atención al interés superior del menor. Comas (2016) a través del análisis del caso de Ana María Fernández, quien solicitó la prisión domiciliaria, demuestra cómo la administración de justicia argentina resolvió el caso con relación a la perspectiva de género

y el interés superior del niño, en donde los tribunales de primera y segunda instancia negaron la solicitud y fue su homosexualidad un factor determinante para la denegación del citado instituto y por su parte la Corte Suprema de la Nación Argentina, tampoco tomó una decisión de fondo más allá que ordenar la revisión de las decisiones a ver si estaban en consonancia con los derechos del niño; observándose entonces que los operadores judiciales no han abordado el interés superior del menor desde la perspectiva de género. De otro lado, Di Corletto & Monclús (2018) demuestra cómo a través de la ley 26.472 sancionada el 17 de diciembre de 2018, el Estado argentino introduce el arresto domiciliario para mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años, con el ánimo de hacer prevalecer el interés superior del menor, puntualmente el derecho al vínculo materno filial que prevalece ante la potestad punitiva del Estado. De igual modo, Becerra, Camaño, Dias, Donnes & Oliver (2013) describen como un gran avance del Código Penal Argentino el hecho de haber implementado el instituto de la prisión domiciliaria en los casos de madres que tienen a su cargo niños menores de cinco años, pero consideran necesaria una ampliación de dicha norma para que también cobije a los hombres que presentan idénticas circunstancias, con el fin de proteger el interés superior de los menores que tienen a sus padres privados de la libertad. Para Maya (2012) la consagración de la prisión domiciliaria en el sistema penal colombiano se erige como un mecanismo concebido para procurar el cumplimiento del principio constitucional de prevalencia de los derechos del menor que aboga por la unidad familiar para su desarrollo y su procedencia depende del cumplimiento de una serie de requisitos determinados en la ley 750 de 2002, el principal de ellos, que la persona privada de la libertad acredite su condición de padre o madre cabeza de familia. Es así como Pradilla (2011) en su investigación demuestra la construcción de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana a partir de los pronunciamientos que la alta corporación realizó con base en las acciones de tutela que fueron interpuestas por los niños accionantes por considerar que se les vulneraba el derecho a tener una familia, ya que uno de sus padres se encontraba privado de la libertad; destacando en primer lugar, que la Corte Constitucional protegió el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella en virtud del principio del interés superior del menor y en segundo lugar, que del análisis jurisprudencial pudo observar que el precedente no se estaba cumpliendo, debido a que algunos jueces de primera instancia no concedían la protección de este

derecho, cuando son estas autoridades judiciales las que tienen altos deberes legales y constitucionales de procurar el bienestar integral de los niños cuando emiten sus decisiones. Así mismo Vargas (2006), precisa que Colombia con el fin de asumir su compromiso internacional de proteger la infancia y la adolescencia, expidió el Código de Infancia y Adolescencia en el año 2006, con el propósito de proteger integralmente a los niños, niñas y adolescentes y de esta forma garantizarles el ejercicio de sus derechos consagrados en la Constitución Política y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos; pero que dicha normativa no tuvo en cuenta el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil que indica que la participación de menores en cualquier fase de la producción de drogas ilícitas, era una de las peores formas de trabajo infantil y según el Código aprobado, cuando un niño es procesado por delitos alusivos al tráfico de drogas, debe recibir una pena privativa de la libertad. Finalmente, Ávila & Mesa (2017) consideran que el numeral 1º del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia que adoptó Colombia, el cual prohibió la concesión de beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena como la detención domiciliaria en los delitos de homicidio, lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual o secuestro cometidos contra los niños, niñas y adolescentes, no garantiza efectivamente los derechos fundamentales de los menores, pese a que se comprometió internacionalmente a establecer mecanismos de protección que hicieran valer el principio del interés superior del niño; y aseguran que por el contrario vulnera el derecho de igualdad de los procesados a quienes les da un trato diferente frente a los sujetos que cometen conductas cuyas víctimas son mayores de edad, ya que la tasa de víctimas infantiles por estos delitos es cada vez mayor y la privación de beneficios en cierta medida obstruye el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, ya que el imputado no tendría ningún interés en colaborar con el proceso, pues su colaboración con la justicia no lo haría acreedor a ningún incentivo.

Del análisis anteriormente realizado se puede concluir, que pese a que las investigaciones escogidas han aportado soluciones al objeto jurídico de la presente investigación desde las diferentes áreas del derecho ya indicadas; éstas comparten un mismo designio en el sentido de reconocer al principio de integración normativa como un mecanismo fundamental para incorporar a los ordenamientos jurídicos interno instrumentos

internacionales tales como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y otros que también propugnan por su protección integral, en aras de hacer prevalecer el interés superior del menor y hacerlo exigible a todas las autoridades legislativas, administrativas o judiciales del Estado y a la sociedad con el único propósito de propender por el mayor beneficio posible de los niños, niñas y adolescentes.

Dicho lo anterior, se advierte que ninguno de los investigadores consultados, abordó la importancia que tendría la aplicación del principio de integración jurídica para la prevalencia del interés superior del menor, en aquellos casos en los que al Tribunal Superior Militar de Colombia se eleve una solicitud de concesión de prisión domiciliaria como medida sustitutiva de la pena de prisión, por parte de un miembro que es o fue integrante de la Fuerza Pública que acredite su calidad de padre o madre cabeza de familia y cumpla con los demás requisitos de la Ley 750 de 2002.

Por eso se profundiza en las motivaciones por las cuales la prevalencia del interés superior del menor obliga al Tribunal Superior Militar a aplicar el principio de integración normativa para conceder la prisión domiciliaria a favor del aforado que acredite su condición de padre o madre cabeza de familia, correspondiendo en este momento describirlas.

Para Sokolich (2013) "el Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño" (p.89). Para López (2013), el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes es importante porque hace parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal y en esta misma línea, el principio del interés superior de los menores para Pradilla (2011) es necesario "para otorgarles un trato preferente en todos los aspectos, acorde con su caracterización jurídica de sujetos de especial protección." (p.332).

De igual modo Sokolich (2013) manifiesta que el principio del interés superior del niño, de conformidad con el Bloque de Constitucionalidad, presupone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de conflicto con otros derechos o intereses; pensamiento que es compartido por López (2013), cuando señala que el interés superior del menor permite la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de los niños, procurando por su bienestar y privilegiándolos sobre cualquier otra circunstancia sobre la cual se tenga que decidir. De allí que Pradilla (2011) afirme con gran acierto que:

Cuando se pretende aplicar el principio del interés superior del niño(a), es que se hace necesaria una ponderación entre el derecho a la familia y cualquier otra situación jurídica que se encuentre en contraposición, en donde, por supuesto, debe primar el derecho del niño(a). (p.332).

Por otra parte, Pradilla (2011) refiere que para aplicar correctamente el principio del interés superior del menor, debe analizarse las circunstancias fácticas específicas del caso y los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, en procura de una solución que reafirme la prevalencia de sus derechos. Por su parte, López (2013) refiere que el operador judicial "debe adoptar cualquier medida que estime necesaria para garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en donde se prevea la separación de un peligro para evitarle un perjuicio en su persona, bienes y derechos"(p.55). Entretanto, Sokolich (2013) complementa los anteriores razonamientos manifestando que:

El Principio del Interés Superior del Niño exige que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes (p.89)

Finalmente, considera Sokolich (2013) que "el Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia" (p.89). Por su parte, el

autor López (2013) manifiesta que para poder decidir lo que más le convenga a los menores, el juzgador o la entidad administrativa deben tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir de la decisión, en el cambio o mantenimiento del entorno del menor; percepción que también se evidencia en el pensamiento de Pradilla (2011), quien sugiere que "amparar el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella es un deber constitucional del Estado en procura del desarrollo integral de la infancia". (p.345).

De conformidad con lo anterior y a modo de síntesis, se puede afirmar que la prevalencia del interés superior del menor ocupa un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico debido a que su objeto de protección son los derechos de los niños, niñas y adolescentes, buscando con ello la preservación de su dignidad y la entera satisfacción de sus derechos que se erigen como fundamentales. Este principio busca preferir en todo caso los derechos de los menores y a su vez propugna porque sean considerados como genuinos titulares de derechos que deben ser respetados por los demás sujetos de la sociedad y todas las instituciones sin excepción, pues son la expresión del Estado. Por ello, es imperativo para los operadores judiciales, incluidos los de la jurisdicción penal militar, que en sus decisiones siempre privilegien los derechos de los menores sobre cualquier otra circunstancia que esté en discusión y de esta forma garanticen la mayor satisfacción posible de dichos derechos, pues el Estado y por ende sus instituciones están comprometidas en promover el desarrollo integral de los menores y les está vedado discriminarlos y poner cortapisas para amparar sus derechos a la sobrevivencia digna, protección y desarrollo.

A continuación se procede a argumentar la importancia que reviste la prevalencia del interés superior del menor en la necesidad jurídica que tiene el principio de integración normativa de ser aplicado por el Tribunal Superior Militar para conceder la prisión domiciliaria a favor del aforado que demuestre su condición de padre o madre cabeza de familia.

La prevalencia del interés superior del menor es un principio que tiene su máxima expresión en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, el cual

propugna por el respeto y la garantía de los Derechos Humanos de la infancia; instrumento internacional que fue aprobado por Colombia y hace parte del bloque de constitucionalidad, en razón a su invaluable contenido; al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que también abogan por la necesidad de proporcionar al niño una especial protección y consideran la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, cuyos preceptos han irradiado a todo ordenamiento jurídico interno y prueba de ello es la existencia de un artículo en la Constitución Política de 1991 destinado a consagrar como fundamentales los derechos de los niños y garantizar su entera satisfacción, la promulgación del Código de Infancia y Adolescencia, y la ley 750 de 2002 que regula especialmente la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, con el fin de favorecer el derecho de los menores a crecer en el seno de su hogar gozando de los cuidados de sus padres.

Como quiera que el ordenamiento jurídico se concibe como una estructura donde la Constitución Política tiene superioridad sobre las demás normas, incluyendo al Código Penal Militar, éste se halla en perfecta armonía con el mandato supremo al poseer un principio denominado integración, con el que se logra humanizar el poder punitivo del Estado en la jurisdicción penal militar, a través de la incorporación de normas y postulados que versan sobre Derechos Humanos que se encuentran en la Constitución Política como el artículo 44, en tratados internacionales como la Convención internacional sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en leyes internas que contienen materias que no se hallan expresamente reguladas en el código penal militar y que no se oponen a su naturaleza, dentro de las cuales se encuentran las ya citadas Código de Infancia y Adolescencia y la ley 750 de 2002.

En vista que el interés superior del menor es prevalente en el ordenamiento jurídico interno colombiano, no existe ninguna razón jurídica para que en la Justicia Penal Militar no se aplique el instituto de la prisión domiciliaria propio de la legislación penal ordinaria, en la Jurisdicción Penal Militar para conceder dicho subrogado penal a los aforados que acrediten su condición de padres o madres cabeza de familia, dejando de lado el análisis de

una de las premisas fundamentales que inspira a todo el ordenamiento jurídico, incluido el penal militar, que es la protección de la infancia contra toda forma de abandonado, procurando disminuir las adversidades que conlleva la imposición de una medida intramural a los padres o madres encargados de la formación y sustento de los menores.

Una forma de reivindicar ese interés superior de la infancia que ha venido siendo desatendido por la jurisdicción castrense, es aplicar por vía del mismo principio de integración consagrado en el Código Penal Militar, la institución de la prisión domiciliaria prevista en la justicia penal ordinaria, a quienes acrediten en la jurisdicción penal militar ser padres o madres cabeza de familia, ya que es una materia que no está regulada en el código penal militar y sus disposiciones no se oponen a su naturaleza, por el contrario, con la aplicación de dicha institución jurídica se logra satisfacer el cumplimiento de la sanción punitiva, sin menoscabo del derecho que les asiste al menor de ser criado por sus padres sin desmembrar su núcleo familiar y evitar de esta manera su desprotección y abandono; superando así el problema de validez de la norma que se evidencia desde la dimensión sociológica que plantea Robert Alexy (1997) quien afirma que una norma tiene validez si la sociedad la obedece y su inobservancia es objeto de sanción, partiendo del punto que este postulado presenta varias interpretaciones debido a las ambigüedades de los conceptos de obediencia y sanción, pues precisa qué es lo necesario para saber si una norma está siendo obedecida, si es suficiente con el simple comportamiento externo o si esa obediencia presupone determinados conocimientos y motivos del actor y de ser esto último, manifiesta qué tipo de conocimientos y motivos tienen que existir para poder afirmar la obediencia de una norma. Alexy (1997) señala también que "una norma puede ser obedecida en diferente medida y su desobediencia puede ser sancionada en medida diferente" (p.87), y según lo manifiesta debe existir precisión en tres cosas para medir la validez social de una norma, lo primero es que la validez social de una norma es un asunto de grado, el segundo, que para determinar la validez social de la norma se debe acudir a dos criterios que son la obediencia y la aplicación de la sanción en caso de desobedecer la norma y por último, indica que la aplicación de la sanción ante la desobediencia de la norma incluye el ejercicio de la coacción (Alexy, 1997).

Descendiendo este concepto al caso bajo análisis, se debe afirmar que no basta con que exista en el ordenamiento jurídico un principio que propugne por el interés superior del menor y una norma vigente como el principio de integración normativa que permite la incorporación del instituto de la prisión domiciliaria en la ley castrense con miras a enaltecer ese interés superior del menor, si pese a ser conocidos ampliamente por los magistrados de la justicia penal militar, no son aplicados para resolver las peticiones de prisión domiciliaria que están siendo elevadas por sus aforados cabeza de familia, esgrimiendo motivaciones que no se compadecen con postulados constitucionales de gran valía como el interés superior del niño, lo que genera que las decisiones judiciales proferidas con inobservancia de estos preceptos normativos anulan su validez social y lo peor aún que esa inobservancia no les está generando ninguna consecuencia jurídica.

Le corresponde a los operadores de justicia castrense, so pena de acarrear las sanciones previstas en la ley, reconocer la supremacía del interés superior del menor por mandato superior y admitir que por la vía del principio de integración consagrado en dicho estatuto castrense, hagan parte integral del Código Penal Militar el artículo 44 de la Constitución Política, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 750 de 2002, para conceder la prisión domiciliaria a quien le acredite la condición de padre o madre cabeza de familia y cumpla con los demás requisitos que dicha ley dispone; con el propósito de proteger los derechos de la infancia, pues si bien el Código Penal Militar es norma independiente y especial, también obedece a un ordenamiento jurídico, cuya norma fundamental privilegia los derechos de los menores.

Para determinar la pertinencia en Colombia de lo antes indicado, se propone la técnica axiológica planteada por Luis Recasens Siches que denominó el logos de lo razonable o el logos de lo humano, la cual considera como el único método de interpretación del derecho que verdaderamente proporciona la solución correcta a los problemas concretos y por tanto la concibe como el método adecuado que debe aplicarse en la función jurisdiccional, por cuanto atiende a esas razones que el ser humano siente de

buscar lo correcto y lo justo, resultados que no se logran con el uso de una lógica tradicional deductiva basada únicamente en silogismos, precisamente porque desconoce esas razones y no tiene en cuenta juicios estimativos sobre la adecuación ni la eficacia de los medios para la realización de los fines que se pretenden alcanzar, lo cual puede generar resultados injustos.

Para Recasens (1956) las normas jurídicas tienen una dimensión dinámica y por eso las cataloga como vida humana objetivada, pues considera que están en el ordenamiento jurídico como pautas de conducta que cuando son cumplidas por la sociedad y especialmente, cuando son interpretadas y aplicadas por los órganos jurisdiccionales, son vividas de nuevo de manera real y efectiva, por lo que indica que ese cumplimiento, aplicación e interpretación de las normas no es un procedimiento mecánico de reproducción, sino que requiere la aplicación de esa norma general al caso concreto, la cual entraña una delimitación de los intereses que se consideran dignos de protección jurídica, así como la jerarquización de esos intereses y refiere además que dicho proceso de concreción, esto es, la aplicación de la norma general al caso particular, debe estar regido por una lógica basada en valores que buscan la realización de unos fines.

Afirma Recasens (1956) que las normas positivas contienen los medios que se estiman adecuados y eficaces para la obtención de los fines propuestos, pero como quiera que en el campo del Derecho se parte de juicios estimativos que se fundan en diversos valores de rango diferente y que tienen que ver con hechos concretos de la vida humana, entonces estas apreciaciones que se realicen sobre los medios para lograr ciertos fines, además de analizarse si son adecuados, debe valorarse también si son éticamente lícitos y eficaces.

También sostiene Recasens (1939) que, si bien el Derecho tiene aspiraciones de realización de valores superiores como la justicia y el bien común, el hombre crea reglas jurídicas por la necesidad de establecer un orden cierto en la sociedad y una seguridad de su cumplimiento. De ahí que considera que el Derecho no nació en la vida humana simplemente por rendirle culto a la idea justicia, sino para crear seguridad y certeza en la

vida en colectividad, por lo cual concibe a la seguridad como un valor de rango inferior, pero fundamental, cuya existencia previa es necesaria para el cumplimiento de los valores de superior jerarquía o dicho de otro modo, para la existencia del Derecho. En palabras del profesor Recasens (1939) "sin la realización del valor inferior, no cabe la posibilidad de que encarne el valor superior"(p.254).

Enfatiza que lo que realmente le importa a la estimativa jurídica es asegurar el respeto a la dignidad de la persona y a su autonomía individual, para que pueda desarrollarse, satisfacer sus necesidades y cumplir con su destino propio y por eso presenta a la seguridad como un gran bien cuando es puesto al servicio de valores supremos de la individualidad.

Recasens (1998), considera también que el derecho son normas elaboradas por los hombres para satisfacer necesidades sociales sentidas por éstos, mediante el cumplimiento de ciertos fines, cuya pertenencia al ordenamiento jurídico en vigor hace que se repute su validez formal, pero afirma que existe otra realidad para el derecho que denominó la realidad sociológica y depende de qué efectividad obtenga este en la sociedad en un momento determinado.

Pues sucede, a veces, que hay algunas normas formalmente válidas, pertenecientes al orden jurídico en vigor, que no obtienen cumplida realización ni en la conducta de sus sujetos, ni en los actos jurisdiccionales: tienen realidad jurídica, pero no tienen realidad efectiva en los hechos. (Recasens, 1998, p. 155)

Por esta razón, Recasens (1956) propone dejar atrás la pluralidad de métodos de interpretación del derecho y usar únicamente el método del logos de lo razonable o de lo humano, pues lo que el juez debe averiguar es si la valoración, que le sirvió al legislador como determinante para la creación de la norma general, es aplicable al nuevo caso concreto, para lo cual debe también analizar los aspectos de las situaciones sociales en relación con aquella valoración.

Método delphi, el interés superior del menor y el principio de integración en la concesión de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar.

En la primera ronda de entrevistas, se les pregunta a los expertos consultados si creen que la prevalencia del interés superior del menor ocupa un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico colombiano y por qué, ante lo cual la Coronel Heidy Zuleta, la Doctora Soraya González y dos expertos consultados coincidieron en indicar que la prevalencia del interés superior del menor es incuestionable, ya que dicho principio está consagrado en instrumentos internacionales ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y por tanto son de obligatoria observancia. Así mismo la Dra. Dolly también considera que el interés superior del menor debe privilegiarse para procurar su protección y desarrollo pleno.

También se les pregunta, cómo podría garantizarse la prevalencia del interés superior del menor en un proceso penal militar, contestando la Dra. Dolly Hernández que la mejor manera de garantizarlo es a través del desarrollo de un proceso penal sin dilaciones injustificadas, ya que los menores se afectan al ver a sus padres sometidos a largas investigaciones y privaciones de libertad. También indica que se debe considerar la detención domiciliaria en ciertos casos, ya que en la Justicia Penal Militar no se aplica dicho beneficio.

Por su parte la Coronel Heidy Zuleta manifiesta que en un proceso penal militar se debe observar la supremacía del interés superior del menor al momento de hacer el análisis para la imposición de una medida de aseguramiento (de detención preventiva o caución prendaria) y de una pena de prisión.

Un experto consultado indica que para garantizar la prevalencia del interés superior del menor se debe dar aplicación a la Convención sobre los Derechos del Niño y su protocolo facultativo, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad y a los principios rectores del procedimiento. De igual modo, la Dra. Soraya González indica que acudiendo a

los tratados internacionales o supra-legales que están incorporados a la Carta Política, se logra el reconocimiento justo del interés superior del menor, con el fin de lograr un proceso ágil, público e igualitario, ya que el artículo 13 de la Constitución Política prohíbe al legislador dar un trato discriminatorio para aquellos que se encuentran en un mismo supuesto de hecho.

Finalmente otra experta consultada manifiesta que al aplicar el Bloque de Constitucionalidad al proceso penal es que se logra la prevalencia de los derechos e intereses superiores del menor y que por tanto se imponen sobre cualquier otra norma.

También se les pregunta a los expertos cómo podrían favorecerse los derechos de los menores, cuyos padres o madres son cabeza de familia y resultan condenados por la jurisdicción penal militar?, ante lo cual contesta la Coronel Heidy Zuleta que se logra mediante la ponderación entre los derechos de los hijos menores de un condenado por la Jurisdicción Castrense y la gravedad de la conducta cometida por ese servidor y por ende la necesidad de imposición de esa pena de prisión atendiendo los fines que ella conlleva.

La Dra. Dolly Hernández indica que una manera de favorecer el derecho de los menores, es buscar la cercanía con sus padres condenados por delitos militares y cita la prisión domiciliaria como un mecanismo para lograr tal fin, pero agrega que para su concesión se debe analizar con rigurosidad el grado de cercanía del padre con el menor, pues asegura que la función militar exige un desprendimiento generalmente por parte de los hombres militares, que incluso en ocasiones están totalmente ausentes de la crianza de sus hijos, pues considera que en esos casos en nada afecta a los menores la ausencia de su padre o de su madre y que para nada se estaría favoreciendo el derecho del menor, dado que la función militar impone en algunas ocasiones como lo menciona, la separación familiar. Sin embargo, finaliza su opinión manifestando que es necesario acudir a los mecanismos que acude la jurisdicción ordinaria para procurar la protección de los menores que se vean perjudicados con una decisión judicial desfavorable para sus padres.

De otra parte, un experto consultado cataloga como difícil dicho asunto, por considerar que la mayoría de las penas consagradas en el Código Penal Militar, son bastante bajas, comparadas con las de la Legislación Penal Ordinaria, en especial, la de los punibles típicamente militares, lo que lleva, en caso de contemplarse beneficios adicionales a los ya establecidos, que la pretensión punitiva del Estado se hiciera simplemente ilusoria, con el consecuente resquebrajamiento de los pilares fundamentales de toda institución militar, como lo son el honor, la disciplina y el servicio.

La otra experta consultada considera que a través de la concesión de la prisión domiciliaria se logra favorecer el derecho de los hijos menores o con capacidades diversas, de tal manera que sus padres o madres no fueran privados de la libertad en centros carcelarios en los que no pueden estar con sus hijos. También menciona la condena de ejecución condicional y la imposición de cauciones juratorias para el padre o madre cabeza de familia que no cuenta con recursos económicas que le permita cumplir con el pago de una caución prendaria.

La Dra. Soraya González indica que la mejor manera de favorecer los derechos de los menores, en el caso particular planteado, es precisamente dando aplicación a la Constitución Política, a los tratados supra-legales y realizar una reforma al Código Penal Militar. Propone la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad siempre y cuando se traten de delitos no tan graves que permitan las mismas, la casa por cárcel, el derecho a una caución juratoria o prendaria por el tiempo de la condena y que se compruebe que se requiere de su presencia en la casa.

También se les pregunta si partiendo de la premisa que los menores son genuinos titulares de derechos, ante qué instancia podría acudir un padre o madre cabeza de familia cuando le es negada la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar, opinando la Coronel Heidy Zuleta que a través de la acción de tutela puede lograrse la reivindicación de los derechos de los menores en estos eventos. La Doctora Soraya González también considera la acción de tutela como un mecanismo expedito, así como también propone

acudir ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando se hayan agotado los recursos internos y aun así no se haya logrado el amparo de los derechos de los menores.

Por su parte la Dra. Dolly Hernández considera que en primera instancia se debe acudir ante el Juez de Ejecución de Penas de la Justicia Penal Militar que lleva el caso y ante una negativa, considera viable acudir a la acción de tutela para buscar la protección de los derechos del menor. Otra experta consultada considera que inicialmente debe interponerse un recurso de apelación ante el Tribunal Superior Militar y agotado el trámite de la segunda instancia, se puede interponer recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano jurisdiccional de cierre. El experto consultado manifiesta que ya hay pronunciamientos en ese sentido, pero considera que el punto neurálgico es el manejo que se le de a la prisión domiciliaria y por otra parte, los recursos que le den a la Jurisdicción Penal Militar para ejercer control sobre los condenados a los que se les concediera tal beneficio.

Por otra parte, se le pregunta a los expertos en qué circunstancias los operadores judiciales militares deben privilegiar los derechos de los menores, coincidiendo la Coronel Heidy Zuleta, la Dra. Dolly Hernández y la otra experta consultada, en indicar que en todos los casos se debe preferir el derecho de los menores de edad. Por su parte, el otro experto manifiesta que los operadores judiciales militares deben favorecerlos en los eventos que están claramente previstos en la Ley. La Doctora Soraya González manifiesta que debe privilegiarse el derecho de los menores ante la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad de aquellas previstas en el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, como es el caso por ejemplo del soldado desertor que incurre en este delito porque debe responder por su familia, por sus hijos menores o cuando se configura por estas razones, una causal de exención de reclutamiento.

Así mismo se les pregunta si consideran que debe modificarse la legislación penal militar para conceder la prisión domiciliaria al condenado que acredite el cumplimiento de los requisitos de la Ley 750 de 2002, entre ellos su condición de padre o madre cabeza de familia, ante lo cual contesta la Coronel Heidy Zuleta que aquel subrogado penal se está

concediendo por vía jurisprudencial en eventos en los que el padre o madre es cabeza de familia y que en el artículo 37 de la Ley 1407 de 2010 estaba consagrado expresamente.

La Dra. Dolly Hernández indica como necesaria la modificación de la legislación penal militar para la inclusión de la prisión domiciliaria y los eventos de su procedencia, ya que manifiesta que en la actualidad opera la negativa respecto de este subrogado y considera necesario el análisis individual de los casos para poder otorgarla o negarla. Por su parte la otra experta consultada considera necesaria la modificación de la ley penal castrense en este sentido, con el fin de que el Código Penal Militar se ajuste a los mandatos constitucionales y tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, donde expresamente está concebido el interés superior de los menores de edad.

De igual manera, la Dra. Soraya González manifiesta que es necesario implementar en la justicia penal militar el instituto de la prisión domiciliaria en los mismos términos que la prevé la Ley 750 de 2002, analizando las circunstancias personales del procesado, la naturaleza del delito y sus antecedentes, pues considera que de nada sirve mantener en prisión a una persona que es padre cabeza de familia cuando debe velar por sus hijos menores y existen medios alternos para cumplir la condena sin desproteger a los menores.

Por su parte, el experto consultado manifiesta que no era necesaria su modificación, por cuanto se haría ilusoria la pretensión punitiva, pues la gran mayoría de los delitos típicamente militares, tienen penas inferiores a los tres años de prisión, lo que haría que para todos ellos habría que concederse el beneficio y ello no es el querer del legislador, cuando se instituyó la prisión domiciliaria. Acota que en el evento en que fuera a realizarse tal modificación, tendría que aumentarse las penas actualmente contempladas para tal especie de punibles o establecer requisitos especiales para la concesión de la prisión domiciliaria en tratándose punibles típicamente militares.

También se les pregunta por qué sería imperativo para los operadores judiciales de la jurisdicción penal militar observar el principio del interés superior del menor en sus decisiones judiciales, coincidiendo la Coronel Heidy Zuleta y dos expertos consultados en manifestar que son de obligatoria observancia porque la Constitución Política así lo dispone.

Por su parte la Dra. Dolly Hernández considera que en aquellos casos en los que resulten involucrados los derechos de un menor, el operador penal militar al momento de tomar una decisión judicial debe procurar siempre por el bienestar de los niños. Así mismo, la Doctora Soraya González manifiesta que siempre que esté de por medio los derechos de un menor, por su categoría de fundamentales y especial protección internacional y constitucional, deben prevalecer sobre cualquier otro interés. Indica además que es imperativo el principio de igualdad entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar en este tipo de asuntos.

Se les pregunta además, cómo podría evitarse la vulneración de los derechos a la sobrevivencia digna, protección y desarrollo de los menores, cuyos padres o madres cabeza de familia son condenados por la jurisdicción penal militar, ante lo cual la Coronel Heidy Zuleta contesta que mediante la ponderación de las decisiones judiciales frente a la necesidad de imposición de una medida de aseguramiento, pena o actuación judicial versus los derechos de los menores hijos de procesados o condenados que ostenten la calidad de cabeza de familia.

Uno de los expertos consultados indica que actualmente, con la reorganización de los centros de reclusión militar, se está cumpliendo con la obligación de garantizar la sobrevivencia digna, la protección y el desarrollo de los menores, en el sentido que el condenado pueda trabajar para redimir pena, lo cual le garantizaría al núcleo familiar obtener recursos para su subsistencia. Así mismo enfatiza que no se pueden olvidar cuáles son las funciones de la pena y la fina balanza en que en este caso nos encontramos, entre los derechos de los menores y la necesidad de la imposición de la pena para los autores de conductas punibles graves, como indudablemente lo son los punibles típicamente militares.

La Doctora Dolly Hernández por su parte, considera que es difícil evitar la vulneración de los derechos de los menores cuando sus padres o madres cabezas de familia son condenados por la jurisdicción penal militar, pero considera que podrían evitarse si como funcionarios judiciales se analizara al detalle la verdadera vulneración y se tomaran decisiones en procura del bienestar de los menores, dado que en la actualidad el objeto del funcionario judicial penal militar va dirigida única y exclusivamente la responsabilidad penal y al acto propio del delito más no a la afectación de su entorno familiar y en este caso específico a la afectación de los menores de edad que puedan estar a cargo del condenado.

La otra experta consultada indica que la mejor manera para evitar la vulneración de los derechos de los menores en estos eventos es a través del otorgamiento al condenado padre o madre cabeza de familia, del beneficio de la prisión domiciliaria siempre y cuando cumpla con los requisitos de la ley 750 de 2002. Y por último, la Doctora Soraya González manifiesta que una modificación a la ley penal militar que permita que el condenado pueda cumplir su condena en su lugar de residencia o a través de trabajo comunitario, sería una solución para evitar vulneraciones al derecho de los menores cuando sus padres o madres cabeza de familia son condenados por la jurisdicción penal militar.

Finalmente se les consulta a los expertos qué obstáculos existen en la jurisdicción penal militar para amparar el derecho de los menores cuyos padres y madres son cabeza de familia y resultan condenados por operadores judiciales castrenses, ante lo cual la Doctora Soraya González identifica como inconveniente el hecho de no contemplarse la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar, opinión que también comparte la Doctora Dolly Hernández cuando indica que la falta de aplicación de la prisión domiciliaria para los miembros de la fuerza pública por expresa negativa de la ley y el desconocimiento a la fecha de la jurisprudencia que ya ha analizado el tema específicamente en la sentencia de casación emitida por la Corte Suprema de Justicia número SP5104-2017, donde se determina la aplicación por vía de jurisprudencia de tal beneficio en aplicación a principios internacionales, considera necesario que los operadores judiciales procedan a dar inmediata aplicación en procura del bienestar de los menores.

La Coronel Heidy Zuleta identifica como un obstáculo la renuencia de los operadores judiciales para allanarse a la imperatividad Constitucional y convencional de la prevalencia del interés superior del niño frente a decisiones judiciales que por lo general comprometen varones y de los cuales no se estima común que sean cabeza de familia. En el imaginario colectivo social se tiende a considerar que los hombres muy pocas veces ostentan calidad de cabeza de familia y muchos menos en el ámbito militar por cuanto precisamente por esas funciones que corresponden a los miembros de las FFMM es absolutamente normal que los varones no asuman en forma directa su responsabilidad como padres.

Por su parte la otra experta consultada considera como una cortapisa el hecho de no encontrarse consagrado el beneficio de prisión domiciliaria en el Código Penal Militar, partiendo del hecho que no es que haya un vacío legal al respecto, porque la codificación penal castrense consagra expresamente los subrogados penales, motivo por el cual no sería viable su aplicación a través del principio de integración normativa. Finalmente el experto consultado manifiesta que el obstáculo que advierte es que el instituto de la prisión domiciliaria que actualmente existe, fue creado para la Jurisdicción Penal Ordinaria y no para la Penal Militar, que por su especialidad, no puede recibir de lleno normas generales, para aplicarlas de plano, pues resquebrajarían toda la estructura de la jurisdicción especializada. De allí la necesidad de una norma especial, que atienda los especiales requerimientos de la jurisdicción especializada.

En la segunda ronda de entrevistas, se les consulta a los expertos en qué casos consideran que debe otorgarse la prisión domiciliaria al miembro de la fuerza pública que es condenado por la jurisdicción penal militar y cumple con los requisitos de la Ley 750 de 2002, dentro de ellos el ser padre o madre cabeza de familia, ante lo cual la Coronel Heidy Zuleta indica que es procedente en los casos en que el condenado es padre o madre cabeza de familia y también en el evento que aun cuando los dos padres conforman un hogar, del trabajo del procesado o condenado depende la manutención económica de los hijos y uno de éstos o estos presentan graves problemas de salud que obligan al otro cónyuge a una

dedicación exclusiva a su cuidado, de suerte que la privación de la libertad del proveedor puede generar un grave riesgo para los derechos de esos menores.

Por su parte, la experta consultada indica que cuando el condenado cabeza de familia tenga hijos con capacidades diversas o gravemente enfermos o cuando no existan otros parientes que puedan cuidar de los hijos menores de edad o discapacitados. La Doctora Soraya González manifesta que es procedente en los delitos cuyas penas no superen los cuatro años de prisión, delitos que si bien es cierto afectan el servicio o la disciplina también lo es en la mayoría de las veces dada la labor de los militares, la familia se afecta como tal en su núcleo esencial, como es un hombre y una mujer al frente del hogar, los niños comienzan a sufrir de desarraigo familiar, problemas sociales y psicológicos.

La Doctora Dolly Hernández considera que debe ser otorgada en los casos en los cuales falte alguno de los padres, y cuando el vínculo entre padre e hijo sea realmente cercano donde no dependa solo económica sino afectiva y moralmente del padre que será privado de la libertad, que la presencia del padre o madre sea realmente cercana y determinante para el desarrollo del menor, pues es normal en la vida militar ver como los hijos de militares ya sean hombres o mujeres viven ausentes de la vida de sus hijos y a su criterio, el hecho de ser padre de familia no puede ser el argumento para evadir una detención intramural cuando en muchas ocasiones los delitos que cometen los militares son de importante relevancia para la institución castrense y para la función pública, siendo necesario el tratamiento carcelario. Considera que en la Jurisdicción Penal Militar el tema debe ser valorado de manera individual, pues no pueden ser los menores un medio para que sus padres que han violentado la ley penal militar evadan la responsabilidad que les atañen con una detención domiciliaria.

De otra parte, el experto consultado considera que solo frente a los delitos que no atenten contra los tres bienes jurídicos fundamentales de la Justicia Especializada, es decir, delitos diferentes a los contra el servicio, el honor y la disciplina.

Se les pregunta a los expertos si creen que el hecho de conceder la prisión domiciliaria al condenado que acredita su condición de padre o madre cabeza de familia, estaría menoscabando la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal Militar y por qué, ante lo cual el experto consultado manifiesta que sí, pues considera que si se diera aplicación a la Ley 750 de 2002, tal como está prevista para la justicia ordinaria, en casi todos los casos se tendría que conceder el mecanismo sustitutivo debido a las penas previstas para los punibles típicamente militares y los militarizados. La otra experta consultada por el contrario considera que no se menoscaban porque precisamente ese beneficio no sería de aplicación o concesión general, sino particular y exclusivamente se concedería a aquellos condenados que acrediten los requisitos de la Ley 750 de 2002.

Por su parte la Dra. Soraya González indica que en ningún momento se menoscababan tales bienes jurídicos, por cuanto la prisión domiciliaria se encuentra en igualdad de condiciones que la prisión intramural y al conceder la prisión domiciliaria favorece los derechos de los niños como derecho fundamental a tener un hogar cuando se demuestra que el sindicado es padre o madre cabeza de hogar de conformidad con la ley 750 de 2002.

La Coronel Heidy Zuleta también considera que la concesión de la prisión domiciliaria no implica una supresión de la condena sino una especie diferente de ella que en todo caso implica una restricción a los derechos de libertad del procesado, opinión que es compartida por la Doctora Dolly Hernández, cuando refiere que si bien el Código Penal Militar establece como sanción la privación de la libertad para hacer efectivas penas de prisión en los delitos que así lo contemplan, también es cierto que la ley ha previsto una serie de beneficios en favor de los condenados que no puede ser considerado como un menoscabo la salvaguarda de los bienes jurídicos que protegen la misma ley, pues el hecho de que el procesado se halle presente y responda ante la justicia, así como que reciba una sanción de parte de la ley implica de por sí un reconocimiento a esa protección jurídica que se hace sobre diferentes bienes jurídicos, por lo que no se puede argumentar que la prisión domiciliaria menoscaba la protección de sus bienes jurídicos, dado que se trata de un beneficio que la misma ley ha impuesto y que en caso de que el militar reúna los requisitos que impuso el legislador, no queda otra salida sino acatarla entendiendo que éste es el

medio mediante el cual se resarcirá el mal que cometió en contra de la institución castrense, dado que se trata de una decisión de carácter judicial, no se trata de una evasión del procesado ni de una artimaña llevada a cabo por èste, sino que se trata de la valoración que ha hecho un juez de la República bajo lineamientos legales que ha determinado cual es la prevalencia de los derechos y el modo de asumir una responsabilidad penal.

Se les pregunta a los expertos consultados a qué principios rectores del procedimiento penal militar acudirían para dar aplicación al principio de la prevalencia del interés superior del menor, de cara a una solicitud de concesión de prisión domiciliaria a favor de un miembro de la Fuerza Pública condenado por un Juez Penal Militar que cumple con todos los requisitos de la Ley 750 de 2002, dentro de ellos el de ser padre o madre cabeza de familia, ante lo cual manifesta la Coronel Heidy Zuleta que a los principios de dignidad humana, prelación de los tratados internacionales e igualdad. La Doctora Soraya González refiere que acudiría a los principios de la dignidad humana, igualdad, principio de las sanciones penales e integración. La otra experta consultada indica que acudiría a la dignidad humana, igualdad ante la ley y principio de las sanciones penales para la aplicación del bloque de constitucionalidad.

Por su parte el experto consultado manifiesta que daría aplicación al principio de dignidad humana e integración, mientras que la Doctora Dolly Hernández considera que acudiría al principio de legalidad, pues es éste el que determina la validez y la existencia de una norma legal al momento de la consumación de un hecho punible, y en este caso si es la misma ley la que prevé la primaria protección del interés de un menor a efecto de otorgar el beneficio prisión domiciliaria a favor de un miembro de la fuerza pública, encontraría que este principio es el medio adecuado para determinar la efectiva aplicación en caso de enfrentamiento de intereses jurídicos.

Así mismo se les pregunta si consideran que los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal Militar deberían ceder en todos los casos ante los derechos del menor cuyo padre o madre es cabeza de familia y fue condenado en la jurisdicción penal militar y por qué, ante lo cual el experto consultado manifiesta que no, porque entonces solo bastaría ser padre o madre cabeza de familia, para que no se hiciera efectiva la condena intramural, por atentar contra bienes jurídicos tan caros para las instituciones militares y la policía nacional,

como el honor, la disciplina y el servicio, sin los cuales no es concebible la existencia misma de tales fuerzas.

Por su parte la Doctora Dolly Hernández considera que no siempre se debe ceder ante los derechos del menor pues cada caso es diferente y a su modo de ver es necesario analizar cada caso en concreto considerando en primer término el hecho de que la norma general determina la prohibición de aplicar el beneficio de prisión domiciliaria a los miembros de la fuerza pública, sin que de manera general se pueda referir que al encontrarse un menor como afectado con la privación de la libertad de alguno de sus padres se encuentren supeditados a la aplicación estricta del beneficio aludido, considerando la necesidad de estudiar de manera individual cada caso y con ello determinar la verdadera afectación del menor con la responsabilidad que deba asumir el padre del mismo que violentó la ley penal castrense.

La Doctora Soraya González indica que no en todos los casos los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal Militar deben ceder, pues existen delitos de mayor entidad que no permiten la concesión de la prisión domiciliaria. Por el contrario, la Coronel Heidy Zuleta considera que los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal Militar siempre deben ceder ante los derechos del menor cuyo padre o madre es cabeza de familia y resulta condenado en la jurisdicción penal militar, por cuanto los bienes protegidos por la ley castrense no gozan de protección especial como si lo tienen los derechos de los niños, opinión que también comparte la otra experta consultada cuando indica que en estos eventos siempre deben ceder los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal Militar, porque los derechos del menor como derechos humanos y fundamentales tienen prevalencia sobre los bienes jurídicos militares y policiales.

Finalmente, en la tercera ronda de entrevistas se les pregunta a los expertos consultados si consideran que la disposición consagrada en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1407 de 2010, es un mecanismo idóneo para integrar al Código Penal Militar el instituto de la prisión domiciliaria y concederla en aquellos casos en que el aforado(a) demuestre el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 750 de 2002, entre ellos,

ser padre o madre cabeza de familia?, ante lo cual la Coronel Heidy Zuleta manifiesta que por supuesto que sí era un mecanismo viable, por cuanto los tratados y convenios sobre Derechos Humanos pueden irrigar las actuaciones judiciales, permitiendo resolver asuntos en favor de los procesados acudiendo a esas normas supranacionales.

El experto consultado, por el contrario indica que no lo era porque el instituto de la prisión domiciliaria no es un evento que por integración pudiera ingresar por vía del inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1407 de 2010, pues no es parte de las "...normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia ...". Refiere que la vía de ingreso podría ser por el primer inciso del citado artículo que establece: "...En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los Códigos, penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código.(...)". Sin embargo concluye indicando que la prisión domiciliaria está consagrada en la Justicia Penal Ordinaria para delitos muy diferentes de los previstos en el Código Penal Militar y que defienden intereses jurídicos ajenos a la disciplina, el servicio y el honor militar. Por ello insiste, que no es aplicable de plano dicho instituto, pues de serlo, sería para bienes jurídicos diferentes a los que se protegen con los delitos típicamente militares, a lo que se suma que de no aplicarse de dicha forma, podría oponerse a la naturaleza del Código Penal Militar, que es la limitante prevista para la procedencia de la integración.

Por otra parte, la Doctora Soraya González indica que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un mecanismo especializado interamericano de protección de los derechos humanos y aquella establece que si el ejercicio de los derechos y libertades no se encuentra garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacerlos efectivos. "De tal manera que siendo Colombia una de las 25 naciones adheridas a dicha organización es totalmente válido hacer uso al principio de integración para dar aplicación a la prisión domiciliaria en materia de justicia penal militar, atendiendo lo previsto en la ley 750 de 2002, dentro de los cuales está el ser padre o madre cabeza de familia".

La Dra. Dolly Hernández considera también que el principio de integración es el medio idóneo para implementar la figura en la prisión domiciliaria en la justicia castrense, pues indica que no existe una norma que supere esta descripción dado que conforme a las prescripciones constitucionales las normas que protegen los derechos humanos señalados en los tratados internacionales que han sido acogidos y ratificados por Colombia tienen un tratamiento preferencial y de gran importancia frente a las normas desarrolladas en nuestro país, más aún cuando en aras a la protección de los derechos de los niños se hace necesario acudir a normas internacionales cuando las propias de alguna manera puedan llegar a restringir estos derechos, donde si bien el legislador ha sido enfático en negar la aplicación de la prisión domiciliaria para miembros de la fuerza pública dada la categoría de las personas que ostenten la calidad de militares y de sus condiciones laborales, no puede dejarse de lado la aplicación imperativa de las normas que contemplan la protección de los Derechos Humanos contenidas en los documentos que ha considerado a bien Colombia ratificar, sin que de ninguna manera podamos desconocer lo descrito en el artículo 93 de la Constitución Política. Enfatiza que lo anterior no es óbice para insistir en que la valoración de la prisión domiciliaria para miembro de la fuerza pública debe ser un tema de riguroso cuidado y análisis ya que por su condición no pueden ser estimados desde el punto de vista del ciudadano del común y aun siendo totalmente relevante la aplicación de las normas internacionales para lograr su aplicación en la jurisdicción castrense, no puede tornarse en el elemento de apreciación general para otorgar este beneficio a todos los hombres y mujeres que hacen parte de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, pues se hace necesario valorar con detalle las condiciones de crianza del menor que se verá afectado por la privación de la libertad de sus padres, dado que este beneficio se podría tornar en un amparo indebido.

Finalmente, la otra experta consultada manifiesta que no es viable la aplicación del principio de integración, ya que tanto la Ley 1407 de 2010 como la Ley 522 de1999 consagran expresamente cuáles son los beneficios penales aplicables en la jurisdicción especializada y que dentro de aquellos no se encuentra la prisión domiciliaria y adicional a ello, agrega que el inciso segundo del artículo 14 de la ley 1407 de 2010 no hace alusión a

nombras procedimentales, por lo cual considera se hace necesaria una reforma en la ley penal militar para incluir la prisión domiciliaria como subrogado penal a conceder a aquellos aforados que demuestren el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 750 de 2002, entre ellos ser padre o madre cabeza de familia.

Como se ha venido anunciando, la intención de esta investigación es ofrecer una fundada respuesta del por qué la prevalencia del interés superior del menor obligaría al Tribunal Superior Militar a aplicar el principio de integración normativa para conceder la prisión domiciliaria a favor del aforado que acredite su condición de padre o madre cabeza de familia y cumpla con los demás requisitos de la Ley 750 de 2002, procediendo a explicar las razones de tal aseveración.

Se debe iniciar indicando que la prevalencia del interés superior del menor es un principio que está consagrado en instrumentos internacionales aprobados por Colombia, tales como la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, debido a su apreciado contenido que propugna por el respeto y la garantía de los Derechos Humanos, tratando con privilegiada atención la protección de la infancia, para lo cual consideran a la familia como el elemento fundamental para lograr tal cometido.

Dichos instrumentos internacionales, al hacer parte de nuestra Constitución Política, han logrado irradiar a todo el ordenamiento jurídico interno con sus preceptos y como ejemplo de ello se tiene la existencia de un artículo en nuestra Carta Magna que consagra como fundamentales los derechos de los niños y propende por su entera satisfacción, la expedición del Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 750 de 2002, esta última que regula específicamente la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, con el propósito de proteger a la infancia contra toda forma de abandono, procurando disminuir las calamidades que conlleva la imposición de una medida intramural a los padres o madres encargados de la formación y sustento de los menores.

Ahora bien, en vista que el ordenamiento jurídico se piensa como una estructura donde el bloque de constitucionalidad tiene superioridad sobre las demás normas, incluido el Código Penal Militar, éste logra su entera armonización con los mandatos supremos al consagrar como norma rectora el principio de integración, con el cual se logra humanizar el ius puniendi del Estado en la jurisdicción penal militar, a través de la incorporación de normas y postulados que versan sobre Derechos Humanos que se encuentran en la Constitución, como el artículo 44 que cataloga como fundamentales los derechos de los niños; al igual que tratados internacionales como los inicialmente mencionados que propugnan por los derechos de la infancia y su especial protección y adicional a ello, permite que se apliquen leyes internas como el Código Penal y de Procedimiento Penal ordinario, Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 750 de 2002, en razón a que dichas materias no están expresamente reguladas en el Código Penal Militar y tampoco se oponen a su naturaleza, como quiera que estas normativas están inspiradas en mandatos supremos de raigambre constitucional como el respeto y garantía de los derechos de los menores, los cuales no pueden ser ajenos al estatuto punitivo castrense, ya que éste debe obediencia a la Carta Magna y los instrumentos internacionales que la complementan.

Por esta razón, para lograr el Tribunal Superior Militar ser consecuente con los designios del Bloque de Constitucionalidad, el cual consagra de manera especial la prevalencia del interés superior del menor, le asiste la obligación a esta colegiatura de conceder, por vía del principio de integración consagrado en el artículo 14 del Código Penal Militar, la institución de la prisión domiciliaria prevista en los artículos 36, 38 y 68A del Código Penal Ordinario (Ley 599 de 2000) y artículos 314 y 461 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), a quienes acrediten en la jurisdicción penal militar el cumplimiento de los requisitos de la Ley 750 de 2002, entre ellos la condición de ser padres o madres cabeza de familia, ya que es una materia que no está regulada en el estatuto punitivo castrense y sus disposiciones no se oponen a su naturaleza como ya se explicó en líneas anteriores. Por el contrario, con la aplicación de dicho subrogado penal se logra el equilibrio entre la satisfacción del cumplimiento de la sanción punitiva y la garantía de protección integral del menor propugnada por la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), ya que no se conculcaría el derecho que le asiste a la infancia de ser criada

por sus padres sin fragmentar su núcleo familiar y de este modo evitar su desprotección y abandono.

El desconocimiento en este sentido por parte del Tribunal Superior Militar, produce en el orden jurídico colombiano decisiones caóticas que anulan la validez social de postulados constitucionales de alto valor como el interés superior del menor, pues si bien el Código Penal Militar es una ley especial e independiente, pertenece a una estructura jurídica cuya norma fundamental privilegia los derechos de los menores y tal desatención debe ser censurada a través de mecanismos judiciales que busquen su corrección como el recurso de apelación y el recurso extraordinario de casación para promover pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que funden doctrina probable o precedente judicial; la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable e incluso obtener un precedente constitucional, a través de la manifestación de la Corte Constitucional en ejercicio de su función de revisar de manera eventual las sentencias de tutela proferidas en asuntos como el abordado en esta investigación y de esta modo lograr la aplicación e interpretación correcta de las normas a este tipo de casos que se están presentando actualmente y reclaman una justa solución, bajo la premisa de valores que buscan la realización de los fines que inspiran a la Carta Política.

## El logos de lo razonable del interés superior del menor para la concesión de la prisión domiciliaria.

La supremacía del interés superior del menor es un principio que está consagrado en instrumentos internacionales ratificados por Colombia, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que han sido ratificados por Colombia y dado su especial contenido de protección, han ingresado a la legislación interna con rango constitucional, lo cual demuestra su relevada importancia de protección jurídica y genera su imperativa observancia por parte de todos los operadores judiciales, incluidos los de la jurisdicción penal militar, para que en sus fallos siempre favorezcan los derechos de los niños sobre cualquier otro asunto que esté en discusión y de este modo garantizar la mayor

satisfacción posible de sus derechos, dentro de los cuales se encuentra el de tener una familia, no ser separado de ella y crecer con los cuidados y el amor de sus padres.

No obstante lo anterior, la aplicación de este postulado por parte de nuestros operadores judiciales no ha sido observado en todo tiempo, pues la Sala de decisión de tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos del 01 de junio de 2005 y 19 de marzo de 2009, desconoció la prevalencia del interés superior del menor, al negar la concesión de la prisión domiciliaria propia de la ley penal ordinaria, en la legislación penal militar, al aforado que acreditó su condición de padre o madre cabeza de familia, por considerar que la justicia castrense tenía sus propias instituciones, era autónoma y en tal sentido no era posible traer de otra codificación institutos no previstos en el Código Penal Militar; consideraciones que también comparte el Tribunal Superior Militar para negar rotundamente la aplicación de la prisión domiciliaria en aquellos especiales eventos, lo cual se evidencia en los fallos que ha venido profiriendo desde el año 2011 hasta la actualidad, siendo el último el del 10 de octubre de 2017, bajo el radicado 158122, desatendiendo incluso los argumentos que esgrimió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 05 de abril de 2017, donde varió su línea jurisprudencial y consideró procedente otorgar la prisión domiciliaria a una mujer policía cabeza de familia, dando paso a la reivindicación de los derechos de los niños con la pretensión de protegerlos del abandono al que se ven expuestos por el encierro intramural de sus padres.

Dado que el derecho tiene como finalidad alcanzar la realización de valores superiores, siendo el primero la dignidad humana, seguido de la justicia y luego la seguridad; para lograrse el cumplimiento de ese primer valor fundante, se requiere inicialmente que haya un orden cierto y seguridad en su cumplimiento, lo que aplicado a nuestro caso, demuestra que a pesar de existir en el ordenamiento jurídico un principio denominado interés superior del menor elevado a rango constitucional con protección internacional, que cuenta además con una serie de normas internas que procuran por su respeto y garantía, como el Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 750 de 2002, el Tribunal Superior Militar está obviando su aplicación, cuya consecuencia inmediata es la generación de inseguridad jurídica, pues no se comprende cómo afincan decisiones

argumentando la libertad de configuración legislativa y la categoría de ley especial del estatuto castrense, para menoscabar el respeto al interés superior del menor de aquel niño cuyo padre o madre es cabeza de hogar y resultó condenado por la jurisdicción penal militar; circunstancia que la sociedad percibe como injusta y que riñe con el precepto de dignidad humana del que también es destinatario el menor, por lo cual se hace necesario que los jueces colegiados de la jurisdicción penal militar reconozcan y enaltezcan tan importante precepto fundante para la realización de los fines esenciales del Estado.

La codificación penal militar consagra al principio de integración dentro del acápite de principios y reglas fundamentales, el cual permite la incorporación de normas y postulados que versan sobre Derechos Humanos que se encuentran en la Constitución, al igual que los instrumentos internacionales aprobados por Colombia y adicional a ello, permite que se apliquen leyes internas como el Código Penal y de Procedimiento Penal ordinario, Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 750 de 2002, en razón a que dichas materias no están expresamente reguladas en el Código Penal Militar y tampoco se oponen a su naturaleza, ya que están inspiradas en mandatos constitucionales que procuran el respeto y garantía de los derechos de los menores, los cuales no pueden ser ajenos al estatuto punitivo castrense.

Sin embargo, la aplicación de dicho principio por parte de los operadores judiciales no ha sido pacífica, pues la Sala de decisión de tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos del 01 de junio de 2005 y 19 de marzo de 2009, desconoció que por la vía del principio de integración, se garantizara la prevalencia del interés superior del menor, al negar la aplicación de la prisión domiciliaria a un miembro de la fuerza pública que acreditó su condición de padre cabeza de familia, por considerar que por virtud de la libertad de configuración legislativa la justicia castrense tenía sus propias instituciones, era autónoma y en tal sentido no era posible traer de otra codificación institutos no previstos en el Código Penal Militar; argumentos que en la actualidad acoge el Tribunal Superior Militar para su negación en aquellos casos, puesto de manifiesto en las sentencias que ha venido profiriendo desde el año 2011 hasta la actualidad, siendo el último el del 10 de octubre de 2017, bajo el radicado 158122, rechazando inclusive los argumentos que ofrece la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 05 de abril de 2017, donde cambia su pensamiento sobre el particular y considera al principio de integración como una vía adecuada para incorporar al Código Penal Militar normas que consagran la prisión domiciliaria, con la pretensión de proteger a los menores del abandono al que quedarían expuestos por cuenta de un encierro intramural de quienes están encargados de velar por su manutención y formación.

Importante precisar que el principio de integración ha estado presente tanto en la ley 522 de 1999 como en ley 1407 de 2010, lo que implica que siempre ha tenido plena vigencia en el ordenamiento jurídico, constituyéndose entonces como una vía lícita, eficaz y además idónea para garantizar al seno de la jurisdicción penal la prevalencia del interés superior del menor, pero a pesar de ello, el Tribunal Superior Militar le ha restado importancia a este precepto integrante del bloque de constitucionalidad, por darle preponderancia a consideraciones como la especialidad de la ley penal militar y su autonomía por disposición legislativa, que riñen con la humanización del derecho penal militar, ya que con la concesión de la prisión domiciliaria al miembro de la fuerza pública que acredite su condición de padre o madre cabeza de familia y demás requisitos de ley para el efecto, por una parte se estaría cumpliendo con la sanción punitiva y por la otra, se está evitando una conculcación del derecho que le asiste al menor de ser formado por sus padres sin desarticular su núcleo familiar y evitar de esta manera su desamparo y abandono.

El Tribunal Superior Militar en las sentencias que ha venido profiriendo desde el año 2011 hasta la actualidad, no ha privilegiado el principio del interés superior del menor en aquellos eventos en que le han solicitado la concesión de la prisión domiciliaria y han acreditado el cumplimiento de los requisitos de la ley 750 de 2002, dentro de esos la condición de padre o madre cabeza de familia, a pesar de que le corresponde respetarlo y garantizarl, como precepto integrante del bloque de constitucionalidad, como quiera que está consagrado en instrumentos internacionales que han sido ratificados por Colombia y se ha hecho evidente de manera expresa en el cuerpo de la constitución a través del artículo 44, lo cual obliga a esta colegiatura a observarlo y ennoblecerlo en todos los pronunciamientos en los que estén involucrados derechos de menores, con lo cual se

garantiza que en el ejercicio de impartir justicia, se respete la jerarquización de esos valores que han inspirado el ordenamiento jurídico, que para el caso bajo análisis se tiene a la dignidad humana como valor supremo digno de protección en todo momento.

Ante este panorama y con el propósito de garantizar la existencia de un orden social, que se traduzca en confianza y seguridad en el ejercicio de impartir justicia que realizan los operadores judiciales, se precisa como necesario que los jueces del Tribunal Superior Militar reconozcan la supremacía del interés superior del menor y admitan que el principio de integración es un medio adecuado, lícito y eficaz para alcanzar dicha aspiración, pues si transforman el modo de interpretar dicho principio, podrían apreciarlo en su verdadera dimensión, ya que éste no sólo permite la incorporación de disposiciones contenidas en otras codificaciones, cuando aquel no las regula expresamente y aquellas no se opongan a su naturaleza, como es el caso de los artículos 36, 38 y 68A del Código Penal Ordinario (Ley 599 de 2000) y los artículos 314 y 461 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) que regulan el instituto de la prisión domiciliaria, al igual que la Ley 750 de 2002 que fija los parámetros de su concesión a quien acredite su condición de padres o madres cabeza de familia; sino que su inciso segundo permite que hagan parte integral de la codificación penal castrense postulados que sobre Derechos Humanos se encuentren descritos en la Constitución Política como el artículo 44 que consagra como fundamentales los derechos de los niños, al igual que tratados internacionales ratificados por Colombia como lo es la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; pues el Código Penal Militar, a pesar de ser norma independiente y especial, obedece a un ordenamiento jurídico inspirado en la dignidad humana como valor supremo, que irradia a todas sus legislaciones incluida la penal militar y los magistrados del Tribunal Superior Militar, en casos como el aquí planteado, están llamados a resolver los casos puestos bajo su consideración, bajo una lógica razonable que se compadezca con los fines que han inspirado el ordenamiento jurídico y que han posicionado a la dignidad humana como valor supremo digno de garantizar en toda circunstancia, más aún si de quien se profesa es un menor de edad que requiere amparo especial para evitar su desprotección.

## **Conclusiones**

El Tribunal Superior Militar ha debido reconocer la supremacía del principio del interés superior del menor y haber admitido por la vía del principio de integración los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que abogan por la protección del menor, el artículo 44 de la Constitución Política, el Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 750 de 2002, para conceder la prisión domiciliaria al aforado que hubiera acreditado su condición de padre o madre cabeza de familia y hubiera cumplido con los demás requisitos que dicha ley dispone; pues si bien el Código Penal Militar es norma independiente y especial, también obedece a un ordenamiento jurídico, cuya norma fundamental privilegia los derechos de los menores y su dignidad, con lo cual se supera el problema de validez de la norma que se evidenció desde la dimensión sociológica que expuso Robert Alexy, pues no fue suficiente la existencia de un principio que abogaba por el interés superior del menor y una norma vigente como el principio de integración normativa que permitía la incorporación del instituto de la prisión domiciliaria en la ley castrense, si pese a haber sido conocidos ampliamente por el Tribunal Superior Militar, no fueron aplicados y profirieron decisiones judiciales que anularon su validez social, sin que se hubiera generado ninguna consecuencia jurídica.

Por virtud de la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno, la dignidad humana se erigió como un principio y derecho fundamental en el cual se estructura el Estado Social de Derecho y por tanto se constituyó como un parámetro interpretativo de todas las normas, lo cual puso en evidencia que la negación de la prisión domiciliaria solicitada por el aforado que acreditaba su condición de padre o madre cabeza de familia y que reunía los demás requisitos de la Ley 750 de 2002, vulneraba los derechos fundamentales de sus hijos menores, imprescindibles para su adecuado desarrollo personal, tales como gozar de una familia y de especiales cuidados por parte de sus padres.

La génesis de este problema radicó en que, por virtud de la libertad de configuración legislativa y la connotación de *lex specialis* del derecho penal militar, no fue prevista la prisión domiciliaria en las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, hecho que imposibilitó concederla; pese a que dicho instituto jurídico sí fue contemplado en la legislación penal

ordinaria, específicamente en el artículo 36, 38 y 68A del Código Penal Ordinario (Ley 599 de 2000), el artículo 314 y 461 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y la ley 750 de 2002; lo que a su vez generó la existencia de un fallo proferido por el Tribunal Superior Militar dentro del radicado No. 158122 del 10 de octubre de 2017, que desatendió los argumentos que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso en la sentencia No. 40282 del 05 de abril de 2017, donde concedió la prisión domiciliaria a favor de una mujer miembro de la Policía Nacional que demostró su condición de madre cabeza de familia con la pretensión de proteger a los menores del abandono al que se ven expuestos por el encierro intramural de sus padres.

El principio de integración fue una herramienta jurídica necesaria para generar consciencia en los operadores judiciales sobre la importancia de realizar una interpretación integral de la legislación penal, la cual no se agota en los códigos penales, sino que es imperioso consultar preceptos constitucionales y tratados internacionales que en materia de Derechos Humanos ha ratificado Colombia, para lograr la humanización del poder sancionador del Estado. De allí que al concebirse el ordenamiento jurídico como una estructura donde la Constitución Política tiene supremacía sobre las demás normas, incluido el Código Penal Militar, no se comprendió la razón por la que el Tribunal Superior Militar desconoció el principio de integración para la prevalencia constitucional del interés superior del menor, al haber negado la prisión domiciliaria al aforado que demostró ser padre o madre cabeza de familia; pues la tensión entre la imposición de una pena de prisión como consecuencia de la sanción penal y la protección del vínculo familiar del menor, debe someterse a un ejercicio analítico que debe ser resuelto a favor de este último.

Se ha requerido que los jueces del Tribunal Superior Militar, impartieran justicia bajo una lógica razonable que se compadeciera con los fines que han inspirado el ordenamiento jurídico y que han posicionado a la dignidad humana como valor supremo digno de garantizar en toda circunstancia, más aún si de quien se profesa es un menor de edad que requiere amparo especial para evitar su desprotección. Por eso la necesidad que aquellos jueces colegiados reconocieran la supremacía del interés superior del menor y admitieran que el principio de integración ha sido un medio adecuado, lícito y eficaz para alcanzar dicha aspiración, pues si hubieran transformado el modo de interpretar dicho

principio, hubieran podido apreciarlo en su verdadera extensión, ya que éste no sólo permitía la incorporación de disposiciones contenidas en otras codificaciones, sino que su inciso segundo permitía que hicieran parte integral de la codificación penal castrense postulados que sobre derechos humanos se encuentren descritos en la Constitución Política y en tratados internacionales aprobados por Colombia que procuran por la protección prevalente de los niños.

Otros aspectos que son importantes tener en cuenta para dar fundamentación a lo antes considerado, es que tanto el Código Penal Ordinario como el Código Penal Militar son leyes ordinarias, es decir, comparten el mismo nivel jerárquico legal y en ambos ordenamientos punitivos se consagra el principio de función de la pena con idéntico contenido y alcance, lo que implica que tanto la pena en el derecho penal ordinario como en el penal militar tienen una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, de lo cual se colige que la prisión domiciliaria es una institución jurídica, que a pesar de no estar consagrada taxativamente en la ley penal militar, no se opone a su naturaleza de ley especial, sino que la complementa y permite que a través de dicho subrogado se logre satisfacer los fines de la pena a través de la imposición de una condena sin sacrificar el derecho fundamental del niño a ser criado por sus padres, a no fragmentar su núcleo familiar y mucho menos trasladarle las consecuencias de los actos cometidos por sus padres, pues en la realidad es el menor quien soporta la desprotección y el abandono.

Obsérvese que el numeral primero del artículo 2º de la Convención de los Derechos del Niño consagra que los Estados están en la obligación de respetar los derechos enunciados en dicha Convención y debe asegurar su aplicación a cada niño sin ninguna distinción, incluida la condición de sus padres; circunstancia que refuerza con lo enunciado en el numeral segundo del referido artículo cuando señala que los Estados partes deben tomar medidas efectivas para garantizar la protección de los niños contra toda forma de discriminación o castigo por la condición de sus padres, lo que para nuestro caso se vería reflejado en que los hijos de los miembros de la fuerza pública que son cabezas de familia, no tienen porque soportar las consecuencias que devienen de la imposición de una pena de prisión intramural, cuando sus padres cumplen con los demás requisitos de la ley 750 de

2002 para hacerse beneficiarios de dicho subrogado, en las mismas condiciones que se favorecen los hijos de los que no son militares ni policías.

Bajo estas premisas, el principio del interés superior del niño cobra especial relevancia, por cuanto obliga a todas las autoridades, incluidas las de la jurisdicción penal militar, como expresión del Estado, a tomar decisiones sin perder de vista este valioso precepto que está consagrado no sólo en el derecho doméstico, sino en el *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar.

## Referencias

- Aguilar, Gonzalo. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, 6(1), 223-247. Recuperado de <a href="http://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf">http://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf</a>
- Alexy, Robert. (1997). El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa
- Ávila, S. & Mesa, C. (2017). El numeral 1 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, garantiza el derecho a la igualdad de los procesados y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, fecha consulta 26 de agosto de 2018. Recuperado del repositorio de la Universidad Libre de Colombia: Recuperado de: <a href="http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11142">http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11142</a>
- Baeza, Gloria. (2001). El interés superior del niño: Derechos de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho, 28(2), 355-362. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650315.pdf
- Becerra, S., Camaño, A., Dias, L., Donnes, A.& Oliver, A. (2013). La aplicación de prisión domiciliaria en casos de padres con niños menores de cinco años a su cargo.

- Lecciones y Ensayos, 91, 211-237. Recuperado de <a href="http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/la-aplicacion-de-prision-domiciliaria-en-casos-de-padres-con-ninos-menores-de-cinco-anos-a-su-cargo.pdf">http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/la-aplicacion-de-prision-domiciliaria-en-casos-de-padres-con-ninos-menores-de-cinco-anos-a-su-cargo.pdf</a>
- Beloff, Mary. (s.f). Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina.

  Recuperado de <a href="http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4045/Los\_sistemas\_de\_responsabilidad\_penal\_juvenil.pdf?sequence=1&isAllowed=y">http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4045/Los\_sistemas\_de\_responsabilidad\_penal\_juvenil.pdf?sequence=1&isAllowed=y</a>
- Campaña, Farith. (2013). Interés superior del menor: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva. Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Recuperado de <a href="https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP\_Sim%C3%B3nCampa%C3%B1a\_Farith\_Tesis.pdf">https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP\_Sim%C3%B3nCampa%C3%B1a\_Farith\_Tesis.pdf</a>
- Cano, Gustavo. (2014). El principio de interés superior del niño como presupuesto de garantía de efectividad en el sistema interamericano de derechos humanos. Inciso, 16, 152-166. Recuperado de http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/viewFile/292/568
- Cantoral, K. & López, Z. (2018). El interés superior del niño como principio rector de las políticas públicas en México: función justificativa y directa. Revista Latinoamericana de derechos Humanos, 29(1), 51-67. Recuperado de <a href="http://revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/download/10757/13448">http://revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/download/10757/13448</a>
- Cárdenas, Eva. (2011). El interés superior del niño. Recuperado de <a href="http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/23/18a.pdf">http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/23/18a.pdf</a>
- Cillero, Miguel. (s.f). Infancia, autonomía y derecho: Una cuestión de principios.

  Recuperado de <a href="http://www.iin.oea.org/Cursos\_a\_distancia/explotacion\_sexual/Lectura4.Infancia.D">http://www.iin.oea.org/Cursos\_a\_distancia/explotacion\_sexual/Lectura4.Infancia.D</a>
  <a href="mailto:D.pdf">D.pdf</a>
- Colombia, Asamblea General Constituyente, (1991), *Constitución Política de Colombia*.

  Diario Oficial No. 114 del 04 de julio de 1991.

- Colombia, Congreso de la República, (1968), *ley;* 74. Diario Oficial No. 32.682 del 30 de diciembre de 1968.
- Colombia, Congreso de la República, (1991), *ley; 12.* Diario Oficial No. 39.640 del 22 de enero de 1991.
- Colombia, Congreso de la República, (1999), *ley; 522*. Diario Oficial No. 43.665 del 13 de agosto de 1999.
- Colombia, Congreso de la República, (2002), *ley; 750*. Diario Oficial No. 44.872 del 19 de julio de 2002.
- Colombia, Congreso de la República, (2004), *ley; 906*. Diario Oficial No. 45.658 del 01 de septiembre de 2004.
- Colombia, Congreso de la República, (2006), *ley; 1098*. Diario Oficial No. 46.446 del 08 de noviembre de 2006.
- Colombia, Congreso de la República, (2010), *ley; 1407*. Diario Oficial No. 47.804 del 17 de agosto de 2010.
- Colombia, Congreso de la República, (2014), *ley; 1709*. Diario Oficial No. 49.039 del 20 de enero de 2014.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, (2005), *sentencia*, *m*agistrado ponente Doctor Mauro Solarte Portilla. Radicado No. 20748 del 01 de junio de 2005.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, (2009), *sentencia,- m*agistrado ponente Doctor Augusto J. Ibañez Guzmán. Radicado No. *40893* del 19 de marzo de 2009.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, (2017), *sentencia,- m*agistrado ponente Luis Guillermo Salazar Otero. Radicado No. *40282* del 05 de abril de 2017.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2011), *sentencia*, magistrado ponente Teniente Coronel Jacqueline Rubio Barrera. Radicado No. *149123* del 20 de octubre de 2011.

- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2012), *sentencia*,  *m*agistrado ponente Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas. Radicado No. *153735* del 31 de julio de 2012.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2012), *sentencia,- m*agistrado ponente Capitán de Navío ® Carlos Alberto Dulce Pereira. Radicado No. *154067* del 14 de mayo de 2012.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2012), *sentencia*,- *m*agistrado ponente Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas. Radicado No. *153735* del 31 de julio de 2012.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2014), *sentencia*,- *m*agistrado ponente Capitán de Navío ® Carlos Alberto Dulce Pereira. Radicado No. *150747* del 27 de junio de 2014.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2014), *sentencia,- m*agistrado ponente Capitán de Navío ® Carlos Alberto Dulce Pereira. Radicado No. *154892* del 17 de febrero de 2014.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2014), *sentencia,- m*agistrado ponente Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana. Radicado No. *158043* del 19 de agosto de 2014.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2014), *sentencia,- m*agistrado ponente Brigadier General María Paulina Leguizamón Zárate. Radicado No. *158051* del 29 de agosto de 2014.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2016), *sentencia*, *m*agistrado ponente Capitán de Navío Julián Orduz Peralta. Radicado No. *158207* del 12 de julio de 2016.
- Colombia, Tribunal Superior Militar, (2017), *sentencia,- m*agistrado ponente Brigadier General María Paulina Leguizamón Zárate. Radicado No. *158122* del 10 de octubre de 2017.
- Comas, Rocío. (2016). La invisibilidad de género y el interés superior del niño en la administración de justicia del Estado argentino: Análisis sobre la solicitud de arresto

- domiciliario de Ana María Fernández. En R.Comas (Ed.), Maestría en derechos humanos y democratización en América Latina y el Caribe: tesis destacadas del año académico 2014-2015 (pp. 11-98). Provincia de Buenos Aires: San Martín: UNSAM EDITA. Recuperado de http://www.unsam.edu.ar/ciep/
- Cruz, Beatriz. (2011). Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: Una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. AFDUAM, 15, 241-269. Recuperado de <a href="https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/662988/AFDUAM\_15\_9.pdf?sequence=1">https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/662988/AFDUAM\_15\_9.pdf?sequence=1</a>
- De armas, M.& García, S. (s.f). La Convención sobre los Derechos del niño como cuerpo jurídico protector de la infancia. Sentido y alcance. Revista Jurídica, 3(4), 2,13. Recuperado de <a href="https://www.minjus.gob.cu/downloads/rj/rj4-2009.pdf#page=88">https://www.minjus.gob.cu/downloads/rj/rj4-2009.pdf#page=88</a>
- De Bartolomé, José. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. Revista sobre la infancia y la adolescencia,(3),46-59. Recuperado de <a href="https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/download/1300/1334">https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/download/1300/1334</a>
- Del Ángel, Carmen. (2015). La adopción del menor en México y en el contexto internacional. Letras jurídicas ISSN 1665-1529, 31, 45-57. Recuperado de http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/31/A03.pdf
- Di Corleto, J.& Monclús, M. (2018). El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años. Recuperado de <a href="https://www.researchgate.net/profile/Julieta\_Di\_Corleto/publication/325553885">https://www.researchgate.net/profile/Julieta\_Di\_Corleto/publication/325553885</a>
- Díaz, Ruth. (2017). La aplicación de la doctrina de la protección del menor y del principio del interés superior del niño en el decreto legislativo 1348. Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", Lambayeque, Perú. Recuperado de <a href="http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/2239/BC-TES-TMP-1116.pdf?sequence=1">http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/2239/BC-TES-TMP-1116.pdf?sequence=1</a>
- Echeverry, Yesid. (2014). Principio de integración y bloque de constitucionalidad: Política pública de convivencia y respeto universal por la dignidad humana. Recuperado de

- http://www.unilibrecali.edu.co/images2/revista-criterio-libre/pdf\_articulos/volumen11-2/CRITERIO-11-2\_PA79-102.pdf
- Jurado, H.& Macías, K. (2016). El interés superior del menor en el marco de la Convención de los Derechos del niño. Recuperado de <a href="http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista\_No1/ARTICULO-6-2016.pdf">http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista\_No1/ARTICULO-6-2016.pdf</a>
- Legerén, Antonio. (2014). El principio del interés superior del niño. Revista de Derecho, 15, 137-157. Recuperado de <a href="http://sitios.dif.gob.mx/cenddif/wp-content/uploads/2017/05/INTER%C3%89S-SUPERIOR.pdf">http://sitios.dif.gob.mx/cenddif/wp-content/uploads/2017/05/INTER%C3%89S-SUPERIOR.pdf</a>
- Lizaola, Cristina. (2017). El principio del interés superior de la niñez desde la óptica del juzgador. Revista Jurídica Primera Instancia, 4(8), 63-75. Recuperado de <a href="http://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2017/04/">http://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2017/04/</a>
- Llobet, Javier. (2008). Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general. En D. Benavides y J. Kielmanovich (Ed.), El derecho del niño y adolescente a ser oído y a que se considere su opinión en los procesos judiciales. (pp.207-230). San José: Editorial Jurídica Continental. Recuperado de <a href="http://www.javierllobet.com/files/Derecho-a-ser-oido.pdf">http://www.javierllobet.com/files/Derecho-a-ser-oido.pdf</a>.
- López, Rony. (2013). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13*(1), 51-70. Recuperado de <a href="https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4999889.pdf">https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4999889.pdf</a>
- Lora, Laura. (2006). Discurso jurídico sobre el interés superior del niño. En Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios (pp.479-488). Mar del Plata: Ediciones Suárez. Recuperado de <a href="http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discrurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf">http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discrurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf</a>
- Maya, Fabio. (2012). Prisión domiciliaria como alternativa de protección de la unidad familiar de los (as) menores hijos de personas privadas de libertad, fecha consulta 26 de agosto de 2018. Recuperado del repositorio de la Universidad Militar Nueva

Granada:

https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/9383/1/MayaAnguloFabiodeJesus2012.pdf

- Mora, Fernando. (s.f). *Estructuralismo y Derecho*. Recuperado de http://www.inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20U CR/Vol.%20XI/No.32/Estructuralismo%20y%20Derecho%20.pdf
- Morlachetti, Alejandro. (2010). Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6170/1/lcl3243.pdf
- Morlachetti, Alejandro. (2013). Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y El Caribe. Recuperado de <a href="https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/S2012958\_es.pdf?sequence=1">https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/S2012958\_es.pdf?sequence=1</a>
- Ojeda, Doris. (2014). "Las reglas de Tokio y su interpretación acorde a las reglas de Bangkok y Brasilia". Revista Jurídica Investigaciones en ciencias jurídicas y sociales, 4, 181-190. Recuperado de: <a href="http://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/Ministerio%20P%C3%BAblico%20Revista%20Jur%C3%ADdica%20N%C2%BA%204%20Armada%20Final.pdf">http://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/Ministerio%20P%C3%BAblico%20Revista%20Jur%C3%ADdica%20N%C2%BA%204%20Armada%20Final.pdf</a> #page=181
- Pérez, G., Cantoral, K.& Ramos, D. (2014). El interés superior del menor como principio. Perfiles de las Ciencias Sociales,1(2), 305-320. Recuperado de <a href="http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/viewFile/390/312">http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/viewFile/390/312</a>
- Pinzón, Carlos. (2012). El principio de integración (art. 2º del Código Penal) en Colombia: ¿garantía del imputado o herramienta de punición?. Recuperado de: https://repository.eafit.edu.co/xmlui/.../205/.../CarlosEnrique\_PinzonMuñoz\_2012.p df.

- Prada, María. (s.f). *La integración del Derecho Internacional en el sistema colombiano*.

  Recuperado de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\_pdf/PMDH\_Manual.365-392.pdf.
- Pradilla, Silvia. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño (a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Estudios Socio-jurídicos*,13(1), 329-348. Recuperado de <a href="https://www.redalyc.org/pdf/733/73318918011.pdf">https://www.redalyc.org/pdf/733/73318918011.pdf</a>
- Quiñones, Graciela. (2016). Violación del derecho de convivencia del menor con el abuelo, en su condición del adulto mayor. En E.Hernández (Ed.), Hacia el ámbito del derecho familiar (pp. 90-104). Cuernavaca: Ediciones Eternos Malabares. Recuperado de <a href="https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as-sdt=0%2C5&q=Violaci%C3%B3n+del+derecho+de+convivencia+del+menor">https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as-sdt=0%2C5&q=Violaci%C3%B3n+del+derecho+de+convivencia+del+menor</a>
- Recasens, Luis. (1939). Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho. Recuperado de <a href="https://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf">https://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf</a>
- Recasens, Luis. (1956). El logos de "lo razonable" como base para la interpretación jurídica. *Diánoia*, 2(2), 24-54. Recuperado de <a href="http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/1391">http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/1391</a>
- Recasens, Luis. (1998). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Recuperado de <a href="http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/recasens.pdf">http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/recasens.pdf</a>
- Revetllat, I. & Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho, 42(3), 903-934. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art07.pdf
- Ruiz, Ana. (2004). La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados.
  Revista de Derecho Político, 61, 141-172. Recuperado de <a href="http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/8939/8532">http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/8939/8532</a>

- Serrano, Mercedes. (2013). Una justicia europea adaptada al menor: Exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal. Revista para el análisis del Derecho, 2, 1-50. Recuperado de <a href="https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/57014/019468.pdf?sequence=1">https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/57014/019468.pdf?sequence=1</a>
- Silvia, Leticia. (2012). Delimitación del concepto del interés superior del niño, establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, para la resolución de casos de sustracción internacional de niños y adolescentes. Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho, 43, 93-101. Recuperado de <a href="http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius">http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius</a> et Praxis/article/viewFile/328/314
- Sokolich, María. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. Vox Juris, 25(1), 81-90. Recuperado de <a href="http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1083/1/5.pdf">http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1083/1/5.pdf</a>
- Sotomayor, J.& Tamayo, F. (2017). La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista. Recuperado de https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/download/5014/443 8.
- Thoilliez, Bianca. (2008). Discursos pedagógicos en el ordenamiento jurídico: El principio de "interés superior del niño". Teoría de la Educación. Educación y Cultura en la Sociedad de la Información, 9(1), 283-300. Recuperado de <a href="http://www.redalyc.org/pdf/2010/201017338017.pdf">http://www.redalyc.org/pdf/2010/201017338017.pdf</a>
- Torrecuadrada, Soledad. (2015). El interés superior del niño. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 26, 131-157. Recuperado de <a href="http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v16/1870-4654-amdi-16-00131.pdf">http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v16/1870-4654-amdi-16-00131.pdf</a>
- Uprimny, Rodrigo. (s.f). *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo procedimiento penal*. Recupuerado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\_name\_recurso\_47.pdf

- Vargas, Mariela. (2006). Breve estudio de la nueva ley de infancia y adolescencia. Revista Justicia. Universidad Simón Bolívar, 11, 9-19. Recuperado de <a href="http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/548/536/">http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/548/536/</a>
- Viola, Sabrina. (2012). Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el código civil: Una deuda pendiente. Revista electrónica Cuestión de Derechos, 3, 82-99.
   Recuperado de <a href="http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios catedras/electiva-s/816\_rol\_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia\_progresiva\_ninios.pdf">http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\_catedras/electiva-s/816\_rol\_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia\_progresiva\_ninios.pdf</a>
- Zabala, Lilia. (2013). Interés superior de menores de edad en la fijación de cuotas de alimentos. Inciso, 15, 223-241. Recuperado de http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/viewFile/81/263