



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS
Canada

Bogotá, 25 de agosto de 2015

Honorables Magistrados y Magistradas
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
M.P. MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
E. S. D.

Asunto: Presentación de escrito de *amicus curiae*

Presentado por: Abogados sin fronteras Canadá (ASFC)

Referencia: Intervención en el proceso No. D-10903

Norma revisada: Acto Legislativo 01 del 25 de junio de 2015 “por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”.

Respetados Magistrados y Magistradas:

Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) es una organización internacional no gubernamental cuya misión es la de apoyar la defensa de los derechos humanos de los grupos o personas más vulnerables a través del fortalecimiento del acceso a la justicia y el derecho a la representación legal. Como Representante de ASFC en Colombia, respetuosamente hago llegar a su despacho un escrito de *amicus curiae* para su consideración sobre la solicitud de inconstitucionalidad presentada contra el Acto Legislativo 01 de 2015.

ASFC es absolutamente respetuosa de sus competencias y en esa medida no pretenden en modo alguno incidir o influir, y menos interferir aquéllas, sino simplemente aportar, dentro de los criterios y conceptos que son propios de la clase de escritos como el adjunto a esta nota, elementos o insumos para el debate planteado y que seguramente terminará con un fallo ajustado a los criterios de sabiduría de quienes lo van a proferir.

De usted, respetuosamente,

Simón Crabb
Coordinador de proyecto en Colombia
C.E. 409710
Abogados sin Fronteras Canadá
Carrera 21 # 33-41 of. 201
Cel: 314 279 5937
Correo: simon.crabb@asfcanada.ca

Bogotá, 25 de agosto de 2015

Honorables Magistrados y Magistradas
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
M.P. MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
E. S. D.

Asunto: Presentación de escrito de *amicus curiae*
Presentado por: Abogados sin fronteras Canadá (ASFC)
Referencia: Intervención en el proceso No. D-10903
Norma revisada: Acto Legislativo 01 del 25 de junio de 2015 “por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia

Respetados Magistrados y Magistradas:

Yo, Simon Crabb identificado como aparece al pie de mi firma, representante de la organización Abogados sin fronteras Canadá y obrando en calidad de *amicus curiae*, respetuosamente presento la siguiente intervención en el proceso de constitucionalidad referenciado, presentando a continuación las consideraciones jurídicas que desde nuestra respetuosa opinión, resultan relevantes para el estudio de la demanda en referencia, por esta Honorable Corte.

LINTRODUCCIÓN

Abogados sin fronteras Canadá (ASFC) presenta a esta Honorable Corte Constitucional, el presente *amicus curiae*, con el objetivo de demostrar la incompatibilidad de la reforma constitucional introducida por el acto legislativo 01 de 2015, con el estado del derecho internacional sobre la aplicabilidad complementaria del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), del derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho penal internacional (DPI) en situaciones de conflictos armados.

Dicha reforma introduce el siguiente texto a la Constitución Política de Colombia (CP. - art. 221):

De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio conocerán las cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o

Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario. La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

ASFC tiene el honor de someter a consideración de la Honorable Corte Constitucional el siguiente memorial en derecho sobre la incompatibilidad del Acto Legislativo 01 de junio de 2015, con los principios de derecho internacional contenidos en el orden constitucional. Esta aplicación exclusiva del DIH a la investigación y al juzgamiento de actos perpetrados por miembros de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado interno colombiano, representa una sustitución incompatible con la Constitución colombiana y con los principios contenidos en el bloque de constitucionalidad que integra el derecho internacional, incluyendo el DIH, DIDH y el derecho penal internacional, en el ordenamiento jurídico interno.

Para apoyar este argumento, el presente *amicus curiae* realiza un juicio de sustitución en relación con el Acto Legislativo 01 de 2015 y expone el consenso alcanzado a nivel internacional, que se desarrolló a través de varias decisiones de órganos judiciales y cuasi-judiciales, de tratados y resoluciones internacionales y de la doctrina, al efecto que el DIDH se aplica en todo tiempo de manera simultánea y mutuamente complementaria al DIH.

Por ende, ASFC apoya en su totalidad las conclusiones de los demandantes que acuden a esta Honorable Corte con miras a la declaratoria de inconstitucionalidad del acto demandado.

II. INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

ASFC es una organización sin ánimo de lucro cuya misión consiste en apoyar la defensa de los derechos humanos de las personas o grupos más vulnerables, mediante el fortalecimiento del acceso a la justicia y del derecho a la representación legal. Es la rama canadiense del movimiento internacional Abogados sin fronteras. ASFC trabaja en Colombia desde el año 2003 y tiene una oficina permanente en Bogotá desde enero de 2011. Actualmente desarrolla proyectos de cooperación internacional gracias al apoyo de la Comisión Europea.

Uno de los enfoques del trabajo de ASFC es la defensa integral de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno que ocurre en Colombia y principalmente de los grupos más vulnerables entre los cuales se encuentran las comunidades indígenas y afrocolombianas. En particular, se busca la materialización de los derechos de las víctimas del conflicto: derecho a

la paz, a la justicia, a la verdad, a la reparación integral y a la no repetición en el marco de los procesos nacionales o ante las instancias supranacionales.

Por lo anterior, ASFC tiene un especial interés en el caso de la referencia, toda vez que la reforma puede afectar el derecho a la justicia de las víctimas de crímenes cometidos por miembros de la Fuerza Pública. La presente intervención se justifica en el compromiso adquirido en la misión de la defensa de los derechos humanos y del fortalecimiento del acceso a la justicia de las víctimas y su adecuada representación legal, de ahí que se considera que el presente *amicus curiae* es un mecanismo eficaz en la protección de los derechos humanos. Además, ASFC hace uso de esta herramienta basado en el ejercicio de los derechos fundamentales amparados por la Constitución Política colombiana de 1991: la libertad de expresión (art. 16), el derecho de petición (art. 23) y el acceso a la administración de justicia (art. 229) y en los valores de la democracia, la participación y el pluralismo contenidos en la Constitución . De los argumentos mencionados surge naturalmente el interés para el proceso de evaluación de la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 25 de junio 2015.

ASFC considera que la reforma a la Constitución mediante el Acto Legislativo 01 del 25 de junio de 2015, vulnera los pilares esenciales de la Constitución Política colombiana y atenta contra principios reconocidos a nivel nacional e internacional en favor de la protección de los derechos humanos durante el conflicto armado interno colombiano.

Nuestro interés al presentar este memorial en calidad de *amicus curiae*, es contribuir a que al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada por algunos ciudadanos/as y organizaciones de derechos humanos, la Ilustre Corte Constitucional, declare la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 25 de junio de 2015, y de esta manera, confirme que la aplicación exclusiva del DIH a las fuerzas armadas colombianas representa una sustitución incompatible con la Constitución Política de Colombia, y particularmente con los principios del derecho internacional que están incorporados en el bloque de constitucionalidad.

III. ARGUMENTO

1. Premisa mayor

El presente escrito de *amicus curiae* busca proporcionar a esta Honorable Corte los elementos necesarios para el estudio de la demanda en referencia.

En la evaluación de la constitucionalidad de un acto legislativo, esta Ilustre Corte determinó que puede examinar, si el Congreso, al expedir la reforma a la Constitución, incurrió en un

vicio de competencia, en la medida en que sólo está facultado para reformarla y no para cambiarla o sustituirla¹ :

[...] el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles².

Al respecto cabe resaltar que la jurisprudencia de la Ilustre Corte, ha destacado la importancia de los valores y principios constitucionales y los que se derivan del bloque de constitucionalidad³, la doctrina autorizada⁴, la experiencia comparada y la jurisprudencia⁵ para la realización del juicio de sustitución⁶.

Este escrito de *amicus curiae* demuestra que la reforma a la constitución, la cual prevé la aplicación exclusiva de las normas del DIH para la investigación y el juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de las Fuerza Pública, es de tal magnitud que sustituye y es incompatible con la Constitución y los principios de derecho internacional que conforman el bloque de constitucionalidad.

i) Identificación del elemento definitorio de la Constitución Política de 1991 sustituido por el Acto Legislativo 01 de 2015

Se identifica como un pilar de la Constitución el compromiso del Estado Social de Derecho (en adelante “ESD”) de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y las víctimas, el cual se concreta en la obligación de investigar, juzgar y sancionar con la debida diligencia i) las graves violaciones al DIH y al DIDH⁷ y ii) las conductas que constituyan crímenes internacionales.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013 definió que el compromiso del ESD de respetar los derechos de la sociedad y de las víctimas, es un *pilar fundamental* de la Constitución Política de Colombia. La Ilustre Corte, consideró que el goce

¹ Para determinar si efectivamente una reforma ha sustituido la Constitución, la Corte ha señalado varias pautas recogidas bajo el nombre de “juicio de sustitución”. El mismo constituye una metodología de escrutinio que está construida bajo la forma de un silogismo, cuya premisa mayor es el elemento esencial o de la identidad de la Constitución que se alega sustituido, y la premisa menor es el contenido y alcance de la reforma constitucional acusada. Para llegar a la conclusión de si ha habido o no sustitución, la jurisprudencia constitucional exige confrontar si la premisa menor significa o no un reemplazo y desnaturalización de la premisa mayor.

² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1040 de 2005.

³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-551 de 2003

⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1040 de 2005

⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-588 de 2009

⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579 de 2013

⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579 de 2013

efectivo de los derechos (que incluye la obligación de respetar, proteger y garantizar) es uno de los fundamentos morales, y la razón de la existencia del ESD. De esta manera, en el tipo de Estado mencionado la dignidad humana, y los derechos derivados de esta, constituyen la piedra angular del sistema jurídico colombiano. El compromiso del ESD con los derechos se concreta en el cumplimiento de los mismos, de acuerdo con los requisitos exigidos por el derecho internacional, entre estos, el compromiso de adelantar la investigación con la debida diligencia, incluyendo aspectos como la seriedad, el plazo razonable, la imparcialidad y la independencia judicial con la que se lleve el proceso judicial.

ii) Referentes normativos de pilar fundamental de la Constitución Política de 1991 identificado

Las siguientes referencias normativas nacionales dan cuenta del pilar fundamental del compromiso del ESD de garantizar la efectividad de los derechos de la sociedad y de las víctimas:

- “ [...] asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo [...]” (Constitución Política, Preámbulo)
- “Colombia es un Estado social de derecho [...]” (Constitución Política, art. 1)
- “[...] garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]” (Constitución Política, art. 2)
- “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Constitución Política, art. 5)
- La Constitución Política de 1991 reconoce un amplio catálogo de derechos humanos, que incluyen los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos. (Constitución Política, título II, art. 11 a 82)
- La Constitución Política de 1991 establece la aplicación inmediata de los derechos fundamentales. (Constitución Política, art. 85)
- La Constitución Política concede el derecho a los ciudadanos de acudir al sistema judicial con el fin de proteger los derechos de las personas. En particular, la Constitución Política establece un conjunto de acciones para proteger los derechos constitucionales, entre estas, la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales y la acción popular con mecanismos de los derechos colectivos. (Constitución Política, art. 86 a 89 y 241-1).



- “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Constitución Política, art. 93).
- “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (Constitución Política, art. 94).
- “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado” (Constitución Política, art. 229).
- La Constitución protege los derechos fundamentales de las comunidades étnicas (Constitución Política, art. 1, 7, 8, 63, 70, 72) y las libertades económicas (Constitución Política. Art. 333).
- “Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos” (Constitución Política, art. 214 [2]).

Dicho pilar no solo se ve representado en el orden nacional, sino en el ordenamiento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad. Los siguientes instrumentos internacionales dan cuenta del pilar fundamental del compromiso del ESD:

- “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1)
- “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su

jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1)

- “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia [...]” (Estatuto de Roma, Preámbulo)

1.1 El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se aplica durante los conflictos armados

La aplicación exclusiva del DIH a los conflictos armados, prevista en el acto legislativo 01 de 2015, no es conforme con la reciente evolución del derecho internacional y de su interpretación por tribunales y órganos internacionales. Se ha desarrollado un consenso a nivel internacional, en tribunales nacionales, regionales e internacionales, en órganos cuasi-judiciales, así como en el ámbito académico, estableciendo que el DIDH sigue vigente durante conflictos armados internacionales e internos⁸. Según algunos autores, la aplicación de los derechos humanos en situaciones de hostilidades, ha alcanzado el nivel de costumbre internacional⁹. Aunque el DIH ha sido desarrollado para aplicarse en contextos específicos de conflictos armados, los derechos inherentes a las personas pueden ser vulnerados tanto en situaciones de paz como de guerra y necesitan la protección simultánea del DIDH¹⁰.

Es importante resaltar que **tratados internacionales** de ambas ramas de derecho internacional hacen referencia al otro cuerpo de derecho, demostrando que tanto el DIH y el DIDH son relevantes para proteger a las personas que se encuentran bajo situaciones de conflictos armados. Por ejemplo, el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* de 1977 (PAII), estipula en su preámbulo que “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”.

Los artículos 72 y 75.8 del *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo*

⁸ Iliá Siatitsa y Maia Titberidze, *Human Rights in Armed Conflict From the Perspective of the Contemporary State Practice in the United Nations: Factual Answers to Certain Hypothetical Challenges*, ADH Research Paper, 2011, página 2, [Siatitsa y Titberidze, *Human Rights in Armed Conflict*] en línea: <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf/Human-Rights-Law-in-Armed-Conflict.pdf>

⁹ *Ibid.* a la página 2.

¹⁰ OACNUDH, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, en línea: Nueva York y Ginebra, 2011, p. 6, [OACNUDH] en línea: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf

a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, son muy claros sobre la aplicación del DIDH a situaciones de conflictos armados internacionales. Establecen respectivamente que: “[l]as disposiciones de esta Sección completan [...] las demás normas aplicables de derecho internacional referentes a la protección de los derechos humanos fundamentales durante los conflictos armados de carácter internacional”¹¹ y que “[n]inguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1, una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional”.

Asimismo, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, un instrumento normativo de protección de los derechos humanos, crea obligaciones para los Estados partes para impedir la participación de los niños en hostilidades y su reclutamiento en las fuerzas armadas¹². Dichas obligaciones son vinculantes en todo momento, incluyendo durante conflictos armados internos e internacionales. Asimismo, la Convención hace referencia explícita al DIH, demostrando que los Estados partes reconocen que ambas fuentes de derecho son aplicables a situaciones de conflictos armados.

Es también relevante observar las pautas brindadas en la materia por la jurisprudencia internacional. La **Corte Internacional de Justicia (CIJ)** ha rendido varias decisiones en las cuales confirma la aplicación continua del DIDH en tiempos de paz y de guerra. En su *Opinión consultativa sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte observó que “la protección prevista en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional”¹³. La Corte ha reiterado esta posición en su jurisprudencia más reciente, incluyendo en casos de ocupación militar de territorios¹⁴.

Los órganos regionales de protección de los derechos humanos han optado por la misma posición según la cual el DIDH es vigente en tiempo de guerra. **La Corte interamericana de derechos humanos (CoIDH)** ha rendido varias decisiones en relación a violaciones a

¹¹ Eriko Tamura, *The Isayeva Cases of the European Court of Human Rights: The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts*, Chinese Journal of International Law (2001) : 129-140, [Tamura, *Isayeva Cases*], página 130.

¹² *Convención sobre los Derechos del Niño*, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 38.

¹³ CIJ, *Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, A/51/218, 19 de junio de 1996, [*Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*].

¹⁴ CIJ, *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, A/ES-10/273, 13 de julio de 2004; *Actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, Informe de 2005, página 168.



derechos humanos, protegidos por la *Convención americana sobre derechos humanos* (CADH), cometidas en situaciones de conflictos armados internos, por ejemplo, en Colombia y en Guatemala. Según la Corte, los Estados deben conformarse a sus obligaciones contraídas en tratados de derechos humanos durante conflictos armados:

La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno (supra 121 b). Como ya se ha afirmado (supra 143 y 174) este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones¹⁵.

Asimismo, la **Corte europea de derechos humanos (CoEDH)** ha aplicado el *Convenio europeo de derechos humanos* (CEDH) en situaciones de conflictos armados en Rusia y en la ocupación del Norte de Chipre por Turquía¹⁶. Por ejemplo, en el contexto del conflicto armado interno en Chechenia, en casos denominados *Isayeva I* e *Isayeva II*, la Corte determinó que los ataques aéreos, los cuales causaron la muerte de civiles, perpetrados por las fuerzas armadas rusas, constituyeron una violación del artículo 2 del Convenio que protege el derecho a la vida¹⁷.

Los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas han también seguido esta misma tendencia. Por ejemplo, el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas, en el Comentario General No 31, así como en varias observaciones sobre informes periódicos de los Estados, ha evaluado la conformidad de los Estados con sus compromisos tomados en virtud del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) en situaciones tanto de paz como de conflictos armados. Por ejemplo, en sus observaciones finales sobre el informe presentado por el Estado de Colombia de conformidad con el PIDCP, el Comité ha expresado su preocupación en relación con la falta de investigaciones en casos de violencia sexual cometidas contra mujeres durante el conflicto armado interno¹⁸.

El **derecho comparado** también permite observar como otros tribunales nacionales han interpretado la extensión del DIDH en tiempos de conflictos. La CEDH ha sido tomada en consideración para determinar la legalidad de las conductas de las fuerzas armadas del Reino Unido durante la ocupación de Irak¹⁹. Asimismo, el Tribunal Superior de Israel aplicó el

¹⁵ Caso *Bámaca Velásquez*, Sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 70 (2000), para. 207.

¹⁶ CoEDH, *Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Russia*, No. 57947/00, 57948/00 y 57949/00, 24 de Febrero de 2005 y CoEDH, *Chipre c. Turquía*, No. 25781/94, 10 de Mayo de 2001.

¹⁷ CoEDH, *Isayeva c. Russia*, Application No. 57950/00, 24 de Febrero de 2005 y CoEDH, *Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Russia*, No. 57947/00, 57948/00 y 57949/00, 24 de Febrero de 2005.

¹⁸ Observaciones finales del Comité de Derechos humanos: Colombia, 26 de mayo de 2004, CCPR/CO/80/COL, en línea: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.80.COL.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.80.COL.Sp?Opendocument).

¹⁹ *Al-Skeini y otros c. Ministro de defensa del Reino Unido*, 13 de Junio de 2007 [2007] UKHL 26; *Marab and al. v. IDF Commander in the West Bank and al.*, HCJ 3239/02.

PIDCP a un caso de detención de palestinos en los territorios ocupados.

Un estudio del contenido de las **resoluciones** de varios órganos de las Naciones Unidas, como son, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo de derechos humanos y el Comité de derechos humanos, demuestra una tendencia generalizada de parte de los Estados miembros a considerar que el DIDH es aplicable en tiempos de conflicto armado. Además, estas resoluciones han sido adoptadas por una importante mayoría de los Estados. Las explicaciones proporcionadas por los Estados que votaron en contra de dichas resoluciones, indican que nunca se opusieron a la aplicación del DIDH a los conflictos armados pero votaron en contra por otros motivos, incluyendo los Estados Unidos que tradicionalmente se oponen a la invocación de obligaciones derivadas del DIDH y al escrutinio de sus operaciones antiterroristas por parte de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas²⁰.

1.2 Límites a la suspensión de los derechos humanos durante los conflictos armados

Las posibles suspensiones previstas por convenios internacionales de derechos humanos no significan que el DIDH es inaplicable en tiempo de conflictos armados, si no que constituyen los únicos límites permisibles a la implementación de los derechos durante conflictos de carácter internacional o interno²¹. Aunque algunas disposiciones de estos convenios internacionales prevén la posibilidad de suspender o limitar la aplicación de obligaciones contraídas, solo es posible en situaciones excepcionales y bajo condiciones estrictas, como lo estipula el artículo 4.1 del PIDCP:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto [...].

Es importante resaltar que no todas las situaciones de conflictos armados permitirán la adopción de medidas de suspensión de los derechos humanos. La suspensión de determinados derechos, será considerada válida, únicamente si existe un estado de excepción que representa un peligro para la vida de la nación²². Además, el Estado debe establecer un procedimiento a nivel nacional para suspender el derecho, y a nivel internacional notificar a los demás Estados Partes, la suspensión y las razones que la motivan²³, tal como establece el art. 214 (2) de la Constitución Política de Colombia. Aunque un Estado se conforme con estos requisitos

²⁰ Siatitsa y Titberidze, *Human Rights in Armed Conflict*, supra nota 8 a la página 2.

²¹ The practical guide to humanitarian law, p. 198.

²² Observación General No. 29, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, 72º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 215 (2001), párr. 3.

²³ Doctors without Borders, Françoise Bouchet-Saulnier, *The Practical Guide to Humanitarian Law*, Third English Language Edition, 2014, página 192.

procesales, no significa que la derogación proclamada y notificada cumple con los criterios materiales definidos por convenios internacionales de derechos humanos. Asimismo, el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas, así como otros órganos regionales e internacionales de protección de derechos humanos, pueden rechazar la validez de derogaciones o límites a derechos humanos, impuestas por Estados, en ausencia de justificación jurídica y factual²⁴.

Además, instrumentos de DIDH prevén, que una serie de derechos humanos son de tal importancia para la humanidad que son inderogables en cualquier circunstancia. Por ejemplo, el derecho a la vida y la prohibición del uso de la tortura, según el PIDCP y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no pueden ser objeto de ninguna suspensión, incluyendo en estado de guerra, amenaza de guerra, inestabilidad política, u otra situación de emergencia pública²⁵. El Comité de derechos humanos afirmó que un decreto de estado de sitio emitido por el Estado colombiano no podía permitir la vulneración del derecho a la vida, lo cual es inderogable²⁶.

1.3 Aplicación simultánea y complementariedad del DIDH y del DIH

Esta parte del escrito de *amicus curiae*, refuerza nuestro argumento principal que los dos regímenes jurídicos se aplican durante hostilidades. Existen visiones diferentes sobre la articulación entre el DIDH y el DIH en casos de conflictos armados. Independientemente de la posición jurisprudencial o doctrinal relativa a la relación entre ambas fuentes de derecho, la premisa básica y fundamental de este debate es que el DIDH sigue vigente en situaciones de guerra a las cuales se aplica también el derecho de los conflictos armados. Las diferentes interpretaciones presentadas a continuación son ilustraciones de varias formas de aplicación del DIDH en casos de conflictos armados de carácter internacional o interno.

Estas dos fuentes de derechos aplicables a los conflictos armados, establecen normas y principios que pueden, en algunas circunstancias, **lograr resultados diferentes**. Por ejemplo, el DIDH protege el derecho a la vida de toda persona sin distinción, derecho que puede solamente ser limitado cuando es absolutamente necesario, es decir, cuando existe un riesgo para la vida o la seguridad de otra persona o de un agente del Estado²⁷. El DIDH, por su parte, permite la utilización de la fuerza letal de manera conforme al principio de distinción entre los

²⁴ *William Torres Ramirez c. Uruguay*, Comunicación No. R. 1/4, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/35/40) a 121 (1980); CoEDH, *Aksoy c. Turquía*, No. 21987/93, 18 de diciembre de 1996.

²⁵ Artículo 2.2 de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* adoptada en Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 39/46, 10 de diciembre de 1984 y el artículo 5 de la *Convención americana de derechos humanos* (Pacto de San José) suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

²⁶ *Marido de Maria Fanny Suarez de Guerrero c. Colombia*, Comunicación No. R.11/45, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) a 137 (1982), párr. 12.2.

²⁷ *Tamura, Isayeva Cases*, supra nota 11 a la página 132.

civiles y los combatientes, los cuales no se benefician de la misma protección que los civiles; los combatientes no gozan del derecho a no ser atacados.

Asimismo, el principio de proporcionalidad es interpretado de manera diferente por el DIDH y el DIH. Este último reconoce que ataques militares pueden tener daños colaterales sobre la vida o bienes de civiles, pero dichos daños deben ser proporcionales al objetivo militar. Bajo el DIDH, el derecho a la vida puede ser vulnerado solamente tomando en consideración la vida o la seguridad de otra persona, mientras que bajo el DIH, el impacto de ataques militares sobre la pérdida de vidas humanas de civiles se evalúa en función de una ventaja militar que puede constituir la muerte de militares de la parte enemiga²⁸.

Diferentes **principios de interpretación** han sido utilizados para regir conflictos aparentes entre normas de DIH y de DIDH. Al respecto, la CIJ ha ofrecido herramientas para administrar la aplicación simultánea de ambas fuentes jurídicas. Sobre la relación entre el DIH y el DIDH en tiempos de conflictos armados, la CIJ ha reconocido en su *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* de 2004, tres tipos de situaciones:

[...] algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario.

La corte reconoce que existen situaciones de conflictos en las cuales el DIDH se aplica exclusivamente²⁹. La CIJ hizo referencia al **principio de interpretación llamado *lex specialis*** que puede servir para resolver conflictos entre normas de ambas fuentes de derecho internacional. Según este principio, para resolver conflictos entre dos normas, la normativa más específica, como disposiciones del DIH, prevalece sobre la normativa general (*lex generalis*), como disposiciones del DIDH. Según este principio, la *lex generalis* sigue relevante y puede servir de fuente interpretativa para la *lex specialis*³⁰.

En la mayoría de situaciones, **el DIDH y el DIH ofrecen protección y salvaguardias similares o compatibles**. Asimismo, el principio *lex specialis* es relevante únicamente en casos limitados, cuando existe una discrepancia entre los resultados producidos

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Chevalier-Watts, *Has Human Rights Law become lex specialist?*, The International Journal of Human Rights, 2010, **¡Error! Marcador no definido.** página 586.

³⁰ *Ibid.*

respectivamente por el DIH y el DIDH³¹. De hecho, ambos cuerpos normativos son regidos por principios parecidos fundados sobre la protección de la vida y de la dignidad humana de los seres humanos. El Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia explicó claramente que la dignidad humana es el fundamento común y esencial del DIH y del DDHH: “El principio general de respeto a la dignidad humana es el sostén básico y la razón misma de la existencia del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos [Nuestra traducción]”³². Además, ambos cuerpos jurídicos ofrecen protecciones a personas contra situaciones de discriminación, tortura, tratos crueles, inhumanos, y degradantes, procedimientos judiciales arbitrarios, etc.³³. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se declaró competente para aplicar el DIH porque considera que esta fuente de derecho, especialmente el artículo 3 común de los cuatro *Convenios de Ginebra*, impone obligaciones parecidas a las derivadas de la CADH³⁴.

Considerando que el DIH y el DIDH buscan la misma finalidad de proteger a las personas, los dos son **fuentes de derechos complementarios que se refuerzan mutuamente**:

Ha sido generalmente aceptado, y evidente en la práctica de los Estados, a pesar de su carácter distinto como cuerpos de derecho, que la complementariedad entre ellos debe ser reconocida. El DIDH y el DIH no son dos reinos de derechos separados, sino más bien dos expresiones del mismo *corpus juris* que crece en un ejercicio continuo de influencia recíproca³⁵.

El principio *lex specialis* nunca ha sido reconocido explícitamente por el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas que interpreta **la relación entre el DIDH y el DIH de manera complementaria**:

Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes³⁶.

³¹ OACNUDH, *supra* nota 10 a la página 64.

³² TPIY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, al párr. 183; texto original: “The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d’être* of international humanitarian law and human rights law.”

³³ International Commission of Inquiry on Darfur, Report to the Secretary General, Ginebra, 25 de Enero de 2005, parr. 143.

³⁴ OACNUDH, *supra* nota 10 a la página 7.

³⁵ Hannah Matthews, *The Interaction between international human rights law and international humanitarian law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts*, 2013, The International Journal of Human Rights, 17:5-6, 633-645, a la página 638 [Matthews, *The Interaction between international human rights law and international humanitarian law*].

³⁶ Observación general No. 31, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at

Esta posición es conforme a la evolución de la doctrina internacional y a las decisiones emitidas por órganos judiciales y cuasi-judiciales de derechos humanos. Las normas del DIH no siempre son las más adecuadas en situaciones de conflicto armado. No pueden reemplazar automáticamente el DIDH, por ejemplo, frente a una violación al derecho a la vida. El proceso de determinación de la normativa aplicable debe hacerse caso por caso tras un análisis de los hechos concretos³⁷.

En función de cuál norma es la más detallada, adaptada al contexto concreto y proteccionista de los derechos, se puede aplicar el DIH o el DIDH desde una perspectiva complementaria³⁸. En algunos casos, el DIH permite precisar o aclarar la protección requerida de las personas durante hostilidades. Por ejemplo, el principio de distinción entre objetivos civiles y militares que rige el DIH es una herramienta útil para aclarar la aplicación del derecho a la vida contenida en tratados de derechos humanos³⁹.

Pero en otros casos, normas del DIDH clarifican, refuerzan, actualizan, detallan o proporcionan mayor protección que las normas del DIH, como por ejemplo en materia de detención o de prohibición de la tortura⁴⁰. De hecho, las normas del DIH aplicable a los conflictos armados internos ofrecen normas mínimas y poco elaboradas en situaciones de detención. Por lo tanto, los instrumentos normativos del DIDH, incluyendo las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*⁴¹ y su interpretación por mecanismos de protección de derechos humanos, brindan orientaciones adicionales sobre las obligaciones de los Estados al respecto. Asimismo, las garantías judiciales previstas en el PAII pueden ser aplicadas a la luz de la interpretación realizada por órganos de protección de los derechos humanos del artículo 14 del PIDCP así como del artículo 8 de la CADH. También se encuentran otras situaciones en las que el DIH regula de una manera menos favorable, por ejemplo, es relevante tener en cuenta que una interpretación restrictiva de la prohibición del desplazamiento forzado en el marco de conflictos armados no internacionales contenida en el art. 17 del PAII implica la necesidad de una “orden” como un elemento constitutivo del delito, particularidad que no es propio del DIDH.

225 (2004), párr. 11.

³⁷ Matthews, *The Interaction between international human rights law and international humanitarian law*, supra nota 35 a la página 639.

³⁸ Rule of Law in Armed Conflicts Project (RULAC), Interaction between humanitarian law and human rights in armed conflicts, [RULAC], en línea: <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/>

³⁹ Matthews, *The Interaction between international human rights law and international humanitarian law*, supra nota 35, a la página 640.

⁴⁰ RULAC, supra a la nota 38.

⁴¹ *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Como las normas de tratados de DIH aplicables en casos de **conflictos armados de carácter no internacional**, es decir el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II, son más escasas, la aplicación del DIDH es aún más relevante en este tipo de situaciones⁴². Por ejemplo, en el marco de un conflicto armado interno, las disposiciones relevantes de los derechos humanos se aplicarán de manera complementaria al DIH cuando un miembro de un grupo armado se encuentre fuera de la zona de combate y no esté participando activamente en las hostilidades. En este caso el derecho a su vida será protegido a menos que el recurso a la fuerza fuera absolutamente necesario para detener a la persona o defender la vida de otra⁴³.

IV. CONCLUSIÓN

1. Premisa menor

La posibilidad de que los miembros de la fuerza pública sean investigados y judicializados de acuerdo con las normas del derecho internacional, es un avance en el compromiso de asegurar el goce efectivo de los derechos de la sociedad y las víctimas. No obstante una aplicación restrictiva del derecho internacional que implique una menor protección a los derechos de las víctimas de graves violaciones al DIH y al DIDH y de crímenes internacionales constituye una afectación al compromiso del ESD de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas.

De esa forma, una aplicación exclusiva del DIH en situaciones en las que sean investigados miembros de la fuerza pública del Estado colombiano por delitos cometidos en el conflicto armado desconoce la convergencia entre las obligaciones derivadas del DIH, el DIDH y el Estatuto de Roma, las cuales no deben ser conflictivas, sino que deben ser armónicas, con miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde a las circunstancias⁴⁴.

Además, una aplicación exclusiva del DIH desconoce la naturaleza complementaria y abierta del ordenamiento internacional mencionado. De esta manera, una aplicación de este tipo no contemplaría la posibilidad de la existencia de lagunas jurídicas las cuales podrían ser complementadas con las disposiciones del DIDH o el derecho penal internacional a favor de la sociedad y las víctimas. También, una interpretación de este tipo desconocería que el DIH podría regular situaciones de manera menos favorable que lo regulado por otros ordenamientos jurídicos internacionales, poniendo a las víctimas en una situación desfavorable.

⁴² Matthews, *The Interaction between international human rights law and international humanitarian law*, *supra* nota 35 a la página p. 638.

⁴³ OACNUDH, *supra* nota 10 a la página 73.

⁴⁴ Véase en relación con el DIH y DIDH: Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013

De ese modo, si la investigación y judicialización de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, en el marco del conflicto armado, se adelanta exclusivamente bajo los parámetros del DIH, desconociendo la convergencia armónica de los otros ordenamientos jurídicos y desfavoreciendo los derechos de las víctimas, se está afectando el compromiso del ESD de respetar, proteger y garantizar los derechos mencionados. Dicha afectación, constituye un reemplazo de tal magnitud que el nuevo elemento introducido se representa como opuesto o integralmente diferente al pilar fundamental identificado en esta intervención. Por lo tanto ASFC concluye que la introducción del acto legislativo 01 del 25 de junio de 2015 sustituye la Constitución política de Colombia la cual es un reflejo de los valores y principios de la comunidad internacional.

Además, ASFC reitera que el Estado colombiano debe respetar sus obligaciones en cuanto al esclarecimiento de las violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH. Una reforma tal podría abrir la puerta a que los derechos de las víctimas de graves violaciones a los DDHH cometidas por miembros de la Fuerza Pública sean desprotegidos.

En consecuencia, ASFC solicita que se declare la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 25 de junio de 2015, en apoyo a la demanda de los peticionarios, y confía en que esta Honorable Corte tomará en cuenta éstos y otros argumentos en el momento de fallar la demanda.

Simón Crabb
C.E. 409710
Coordinador de proyecto en Colombia
Abogados sin Fronteras Canadá
Cra 21 # 33-41 of. 201
Cel: 314 279 5937
Correo: simon.crabb@asfcandada.ca
www.asfcandada.ca

Equipo ASFC –Colombia y Canadá