

Bogotá, noviembre 9 de 2015

**Honorable Magistrado**  
LUIS ERNESTO VARGAS  
Corte Constitucional de Colombia  
E.S.D

**Ref:** Intervención ciudadana en el **expediente D-10903**.  
Demanda de inconstitucionalidad instaurada por Gustavo Gallón y otros contra el Acto Legislativo 01 de 2015.

Nosotros, César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Mauricio Albarracín Caballero y Paola Fernanda Molano Ayala, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia –, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, respetuosamente nos permitimos presentar a ustedes el presente concepto sobre la demanda de la referencia, en respuesta a la amable invitación hecha por la Corte Constitucional.

La acción de inconstitucionalidad de la referencia fue instaurada por los demandantes al considerar que la reforma constitucional introducida al artículo 221 de la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2015 sobre fuero penal militar es inconstitucional pues el Congreso excedió sus facultades de reforma a la Constitución. Según los demandantes el Acto Legislativo en mención sustituye la Constitución al introducir cambios sustanciales en tres pilares de la Carta Política, a saber, i) el deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los Derechos Humanos (en adelante DIHH) o infracciones al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), ii) la autonomía judicial y iii) el principio de igualdad.

Según los demandantes la reforma introducida por el Acto Legislativo mencionado, en principio, parece inocua; sin embargo, señalan, que esto no es así porque de la exposición de motivos y los debates en Congreso se extrae que el interés de reformar el artículo 221 era introducir nuevos elementos normativos en la Constitución que restringen el alcance de las normas del DIDH. A juicio de los demandantes, la referencia expresa a la aplicación de las normas del DIH para la investigación y enjuiciamiento miembros de la fuerza pública por conductas punibles cometidas en relación a un conflicto armado busca excluir la aplicación de las normas del DIDH. Esta exclusión, en criterio de los demandantes, es la que da lugar a la incorporación de un nuevo elemento normativo en la Constitución que afecta los tres pilares mencionados y, en consecuencia, da lugar a la sustitución de la Constitución.

En nuestro criterio la demanda exige a la Corte Constitucional que precise el alcance del contenido normativo del Acto Legislativo 01 de 2015. El problema jurídico que suscita esta demanda está directamente relacionado con la posibilidad de excluir la aplicación de las normas de DIDH cuando un fiscal o un juez penal militar o de la justicia ordinaria esté ante un presunto delito cometido en el marco del conflicto armado. Es por ello que nuestra intervención se dirige a aportar elementos que le permitan a la Honorable Corte Constitucional aclarar el alcance de la reforma introducida al artículo 221 de la Constitución con el fin de preservar los pilares y valores que orientan nuestro ordenamiento jurídico y que, a partir de ello, declare exequible de forma condicionada el Acto Legislativo acusado. El condicionamiento en el entendido en que la interpretación y la aplicación de la reforma del artículo 221 no debe excluir las normas de DIDH; una interpretación contraria, en efecto, sería el reflejo de una sustitución de la Constitución, tal como lo argumentan los demandantes.

En el contexto del Acto Legislativo 01 de 2015 es indispensable que la Corte se pronuncie sobre el principio de complementariedad y la aplicación concurrente de las normas de DIH y de DIDH cuando se analizan posibles delitos cometidos por las fuerzas militares en el desarrollo de un conflicto armado. En virtud de esto, dividiremos nuestra intervención en tres partes; en la primera nos referiremos a la discusión en el derecho internacional público respecto a las relaciones entre DIDH y DIH, en particular, a las diversas interpretaciones sobre el DIH como *lex specialis* del DIDH con el fin de precisar el alcance del análisis constitucional que la Corte debe realizar; posteriormente, la segunda sección nos referiremos a la complementariedad en la aplicación de los instrumentos de DIH y DIDH para ello haremos referencia a los criterios de interpretación sistemática y armónica del bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia constitucional que muestran que la aplicación de ambos regímenes es complementaria y concurrente. Finalmente presentaremos algunas conclusiones que darán cuenta de que la idea de una aplicación exclusiva y excluyente del DIH para la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas en desarrollo del conflicto armado es constitucionalmente inaceptable y por tanto requiere que la Corte excluya esta interpretación del ordenamiento jurídico.

### **1. Relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en el conflicto armado interno: la discusión sobre el criterio de *lex specialis***

El problema jurídico que plantean los demandantes tiene relación directa con un amplio debate contemporáneo sobre las relaciones entre el DIDH y el DIH en situaciones de conflictos internacionales, conflictos armados internos, operaciones militares y otras situaciones relacionadas<sup>1</sup>. El origen de este problema se relaciona con las raíces históricas e

---

<sup>1</sup> Ver Hampson, F. (2008). The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of Human Rights Treaty Body, in *International review of the Red Cross* Vol. 90, N° 871, pp. 549-572. Van den Herik, L. and Duffy, H. (2014). Human Rights Bodies And International Humanitarian Law: Common but Differentiated Approaches, in *Grotius Centre Working Paper*. N° 020, pp. 1-26. Happold, M. (2012). International Humanitarian Law and Human Rights Law, in *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Christian Henderson and Nigel White, eds., Edward Elgar. pp. 1-20.

institucionales de cada uno de los regímenes jurídicos. Así por ejemplo en los años setenta se consideraba que “*teniendo en cuenta que el DIH y el DIDH tienen diferentes raíces, eran considerados mutuamente excluyentes*”<sup>2</sup>. También se consideraba que teniendo en cuenta que las instituciones que creaban cada grupo de normas tenían motivaciones y orígenes distintos eran regímenes separados. En concreto se mantenía la idea de que el Comité Internacional de la Cruz Roja tenía un carácter neutral y la Organización de Naciones Unidas tenía un mayor contenido político en sus decisiones.

Durante los últimos veinte años esta visión de regímenes separados y excluyentes se abandonó especialmente por el trabajo de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), los comités de monitoreo de derechos humanos de Naciones Unidas y los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

La CIJ se ha referido en tres oportunidades a la aplicación concurrente del DIH y del DIDH. En la Opinión Consultiva sobre la amenaza o uso de armas nucleares señaló que la protección del contenido del Pacto de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra<sup>3</sup>. En el mismo sentido se refirió en el 2004 en la Opinión Consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio Palestino ocupado militarmente; en esa oportunidad precisó que no se puede suspender la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos incluso cuando hay ocupación militar. Esta opinión consultiva fue retomada en 2005 en la decisión del caso de República Democrática del Congo contra Uganda donde señaló que la aplicación de ambos cuerpos normativos (DIH y DIDH) no se puede suspender ni en el territorio nacional ni fuera de él, especialmente si se trata de territorios ocupados<sup>4</sup>.

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas desde 1970 ha establecido la aplicación complementaria del DIH y el DIDH. Al respecto, en la Resolución 2675 de 1970 señaló que “*Los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados*”<sup>5</sup>. Con fundamento en esto, la existente Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos) estudió las violaciones a los derechos humanos en el marco de conflictos armados en Afganistán, Irak, Rusia, Sudán, Uganda y la antigua Yugoslavia<sup>6</sup>.

Como se detallará más adelante el acuerdo general es que el derecho internacional de derechos humanos no se suspende en tiempos de guerra o conflicto armado. Es decir, el

---

<sup>2</sup> “*Since IHL and HR law are based on completely different roots, they were considered mutually exclusive*” (traducción libre). Krieger, H. (2007). A Conflict of Norms: The Relationship between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study, in *Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht*. Beitrag N° 3, online seit 13.11.07, pp. 1-20.

<sup>3</sup> Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la Amenaza y el uso de armas nucleares.

<sup>4</sup> Corte Internacional de Justicia. Caso sobre actividades militares en la República Democrática del Congo. *República Democrática del Congo vs Uganda*. 2005

<sup>5</sup> Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 2675 de 1970. Preámbulo y párrafo 1

<sup>6</sup> Resoluciones del Consejo de los años 1997, 1992, 2000, 1996, 1998 y 1996, respectivamente para cada país enunciado.

asunto de la aplicabilidad simultánea de DIH y DIDH ya no es materia de disputa en el derecho internacional público ni en el derecho constitucional. La controversia gira en torno a los derechos que se encuentran contenidos tanto en el DIH como el DIDH y el sentido en el que debe interpretarse el derecho internacional humanitario como *lex specialis* en casos de hostilidades.

La CIJ no desarrolló el sentido de la expresión *lex specialis* y esto ha generado un debate sobre los distintos usos de este principio del derecho. Para algunos autores en este caso no se hizo uso completo del principio del derecho tal y como se entiende ordinariamente, es decir, bajo el entendido de que *lex specialis derogat lex generalis*. Por ejemplo, Silvia Borelli en un detallado artículo analiza el uso de la expresión *lex specialis* y entiende que está relacionada con el principio de interpretación sistemática contenido en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados y agrega: “*la referencia a la naturaleza de la lex specialis en el derecho internacional humanitario no tiene nada que indique la prevalencia o desplazamiento del derecho internacional de los derechos humanos, pero aparecería que se utiliza como una proposición figurativa de que las obligaciones de derechos humanos deben ser aplicadas a situaciones de conflicto armado, debido al efecto que deben ser interpretadas como obligaciones relevante a la luz y consistentemente con las igualmente relevantes reglas del derecho internacional humanitario*”<sup>7</sup>.

Ahora bien, en el debate del derecho internacional público Israel y Estados Unidos han mantenido una consistente argumentación según la cual cuando se aplica DIH automáticamente no se aplica DIDH. A esta opinión se han sumado recientemente otros Estados como el del Reino Unido en los casos sobre las operaciones militares en el medio oriente y el de Colombia en casos relacionados con el conflicto armado interno como se desarrollará más adelante cuando se analice la defensa del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta la importancia de este debate doctrinal y las distintas interpretaciones que se pueden dar de la expresión *lex specialis* para determinar el derecho aplicable en casos de concurrencia entre DIH y DIDH en situaciones de conflicto, a continuación, haremos un análisis de tres opciones interpretativas. La metodología que se aplicará será la siguiente. Para aclarar las posiciones interpretativas en debate usaremos el análisis que realizó el honorable juez Leggatt de *High Court of Justice (Queen’s Bench Division)* en el caso *Mohammed V. Ministry of Defence*<sup>8</sup> que posteriormente fue confirmado unánimemente en apelación en la misma Corte. Somos conscientes que esta decisión de

---

<sup>7</sup> “*The reference to the lex specialis nature of international humanitarian law has nothing to do with international humanitarian law prevailing over or displacing international human rights law, but rather would appear to be used as shorthand for the proposition that, where human rights obligations fall to be applied in a situation of armed conflict, due effect should be given to interpreting the relevant obligations in light of, and consistently with, the equally applicable rules of international humanitarian law*” (traducción libre). Borelli, S. (2015). The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict, in L. Pineschi (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Springer, pp. 265-293.

<sup>8</sup> High Court of Justice Queen’s Bench Division. *Case Serdar Mohammed Vs Ministry of Defense*. [2014] EWHC 1369 (QB). Case No. HQ12X03367 (02/05/2014). Before Mr. Justice Leggatt. Párrs. 269-294.

derecho comparado no es fuente vinculante pero la usamos como una herramienta ilustrativa para resolver el problema jurídico en el caso de la referencia. Posteriormente en la segunda sección de esta intervención mostraremos que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional colombiano han acogido el principio de complementariedad entre DIDH y DIH y que la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2015 que más se adecua a nuestro ordenamiento constitucional es aquella que introduce el DIH como un criterio de interpretación en las situaciones que regula pero que en ningún casos excluye el DIDH.

El caso *Mohammed V. Ministry of Defence* se refiere a la detención prolongada por parte de las fuerzas armadas británicas de un presunto líder talibán en Afganistán. Durante el proceso el *Ministry of Defence* del Reino Unido argumentó que el derecho internacional humanitario desplazaba el artículo 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para sustentar esta posición usaba el principio de *lex specialis derogat lex generalis*, en el sentido de que DIDH estaba diseñado para tiempos de paz, mientras DIH estaba diseñado para situaciones de conflicto armado. Por tanto, el Ministerio argumentó que se debe aplicar el conjunto de normas que regule mejor y de manera más efectiva la situación de estudio. Para ello usaron como fuente normativa las opiniones consultivas de la CIJ. Ante esta solicitud de desplazar el DIDH por el DIH o ante una eventual cualificación de una norma sobre otra, el honorable Juez George Leggatt resumió la doctrina y la jurisprudencia sobre este asunto en tres formas conceptuales como podría operar el principio de *lex specialis*: (1) total desplazamiento del DIDH por el DIH; (2) prevalencia de DIH sobre el DIDH; (3) DIH como un principio de interpretación.

La primera interpretación del principio de *lex specialis* se relaciona con el total desplazamiento de DIDH por el DIH en situaciones de conflicto. Esta posición “radical” o llamada por otros autores “absolutista” es “imposible de sostener”<sup>9</sup> en opinión del juez Leggatt. Para llegar a esta conclusión muestra que la CIJ, en sus opiniones consultivas, afirma que deben tenerse en consideración los dos cuerpos normativos y que en el más reciente caso, *República Democrática del Congo c. Uganda*, se abandonó esta referencia pero analizó tanto violaciones al DIH y al DIDH por parte de Uganda<sup>10</sup>. Como segundo argumentó el Juez recordó que tanto la Asamblea de Naciones Unidas como el Comité de Derechos Humanos han reiterado que DIDH se aplican a situaciones de conflicto armado. Por tanto la interpretación del DIH como exclusivo y excluyente del DIDH en situaciones de conflicto armado es difícil de sustentar en el derecho público internacional.

La segunda interpretación consiste en afirmar que en caso de conflicto entre el DIH y DIDH: “DIH debe prevalecer como el cuerpo legal más específicamente ajustado a la situación”<sup>11</sup>. Sobre este asunto el juez Leggatt no realizó un análisis profundo por cuanto en el caso que estudiaba no existía este conflicto y no tenía una base legal en el DIH para contrastar la cuestión.

---

<sup>9</sup> High Court of Justice Queen’s Bench Division. *Case Serdar Mohammed Vs Ministry of Defense*. [2014] EWHC 1369 (QB). Case No. HQ12X03367 (02/05/2014). Before Mr. Justice Leggatt. Párr 275

<sup>10</sup>Óp. Cit Caso sobre actividades militares en la República Democrática del Congo. *República Democrática del Congo vs Uganda*. Párr 219

<sup>11</sup> “IHL should prevail as the body of law more specifically tailored to the situation” (traducción libre) Óp. Cit Caso *Serdar Mohammed c. Ministerio de Defensa*. Párr. 282

Finalmente, la tercera interpretación se refiere al uso del principio de *lex specialis* como un principio de interpretación: “en una situación dónde el cuerpo de derecho internacional más especializado también se aplica, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas de la forma más amplia posible de forma que ellas sean consistentes con la *lex specialis*”<sup>12</sup>. Según el juez Leggatt esta es la aproximación que han realizado la Corte Europea de Derechos Humanos, la CIJ y el Comité de Derechos Humanos estudiando casos similares. Usando estas tres interpretaciones como contexto el juez Leggatt niega el argumento del Ministerio de Defensa considerando que no existe base legal para la detención en el DIH respecto a situaciones de conflicto armado no internacional y por tanto aplica el artículo 5 de Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como sostendremos en la siguiente sección, en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos se ha establecido con claridad el principio de complementariedad entre DIDH y DIH, el cual corresponde con la tercera forma de interpretación planteada por el juez Leggatt, es decir, que el DIH debe tenerse en cuenta en situaciones de conflicto como un criterio de interpretación tanto del derecho aplicable como de los hechos de análisis.

## **Sección II. DIH y DIDH son regímenes jurídicos complementarios y concurrentes en situaciones de conflicto armado**

La aplicación en el ordenamiento interno de tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario y las interacciones de estos cuerpos normativos deben hacerse a la luz del principio de complementariedad. Es decir, a partir del presupuesto de que ninguno tiene carácter superior o prevalente y en el entendido de que la aplicación e interpretación debe ser sistemática y armónica. En otras palabras, los regímenes jurídicos mantienen su aplicabilidad y validez en todas las situaciones tanto de conflicto como de paz.

En este apartado evidenciaremos que el principio de complementariedad prevalece en el ordenamiento jurídico. Para ello, dividiremos esta sección en las siguientes subsecciones: primero, estableceremos los criterios interpretativos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y como estos determinan la forma como ha de aplicarse el DIH y el DIDH en el ordenamiento interno; Y seguido a esto, daremos cuenta de experiencias internacionales que muestran de forma clara la aplicación complementaria y concurrente los instrumentos de DIH y DIDH y permiten concluir que es un debate pacífico en el ámbito internacional. Posteriormente, haremos referencia al fundamento constitucional del principio de complementariedad. Las conclusiones que resulten de estas dos partes nos permitirán afirmar que de conformidad con el bloque de constitucionalidad y la interpretación del texto constitucional la aplicación del DIH y el DIDH no es excluyente sino debe ser un criterio de interpretación complementario y concurrente incluso en lo

---

<sup>12</sup> “*In a situation where more specialised body of international law also applies, the provisions of the Convention should be interpreted so far as possible in a manner wich is consistent with that lex specialis*”. (traducción libre). *Ibíd.*

referente a la investigación y juzgamiento de las conductas de los miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado.

## **1. DIH como principio de interpretación complementario y concurrente del DIDH en el bloque de constitucionalidad**

El principio de complementariedad de DIH y DIDH se encuentra bien establecido y es pacífico en el derecho internacional de los derechos humanos. Como quedó visto previamente este principio ha sido establecido por la CIJ y la Asamblea General de Naciones Unidas pero también ha tenido desarrollos por parte tanto del sistema interamericano de derechos humanos como en el sistema universal. Adicionalmente en Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido como parte del derecho consuetudinario la interpretación complementaria de DIDH y DIH para hacer efectivo el DIH en casos que existen vacíos respecto a reglas y principios del DIH. A continuación se recordará el valor jurídico del bloque de constitucionalidad, seguidamente se hará una reconstrucción de la jurisprudencia de la CorteIDH sobre la relación entre DIH y DIDH, finalmente se hará referencia a otros tratados de derechos humanos, a la doctrina de los Comités de monitoreo de los tratados y a la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja.

### **1.1 Valor jurídico del bloque de constitucionalidad**

El bloque de constitucionalidad es la figura jurídica que permite la incorporación de normas externas al texto de la constitución con la misma jerarquía que las que integran explícitamente la carta política. No obstante, no todas las normas se integran de la misma forma, hay dos vías de incorporación al bloque de constitucionalidad. Por un lado, si la incorporación se hace en virtud del primer inciso del artículo 93<sup>13</sup> de la Constitución las normas integradas al bloque se convierten en un referente normativo directo; pero, por otra parte, si se hace en virtud del inciso segundo del precitado artículo<sup>14</sup> la norma o jurisprudencia de instancias internacionales incorporada constituye un referente interpretativo<sup>15</sup>.

Los principales instrumentos de derechos humanos y de DIH ratificados por Colombia se han incorporado en virtud de la primera forma de integración, esto es mediante el primer inciso del artículo 93<sup>16</sup>. Por su parte, los instrumentos de derechos humanos que se pueden suspender en estados de excepción, las decisiones de instituciones que dan la interpretación legítima de los instrumentos, son incorporados en virtud del segundo inciso del artículo 93,

---

<sup>13</sup> Inciso 1, artículo 93: 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.

<sup>14</sup> Inciso 2, artículo 93: (...)Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2009. M.P Jorge Iván Palacio

<sup>16</sup> Corte constitucional, ver, entre otras, sentencias C-225 de 1995, C-358 de 1997, C-191 de 1998, C-582 de 1999, C-177 de 2001, C-774 de 2001, T-1319 de 2001, C-200 de 2002, C-802 de 2002, C-067 de 2003, C-148 de 2005, C-401 de 2005, C-028 de 2006, C-047 de 2006, C-291 de 2007, C-425 de 2008, C-488 de 2009.

esto es, como pauta hermenéutica<sup>17</sup>. El resultado de las dos formas de integración es que las disposiciones internas no pueden perder de vista los instrumentos del bloque y deben aplicarse e interpretarse de manera armónica con estos.

La Corte ha reconocido que el análisis de constitucionalidad de las normas debe incorporar una evaluación de cara al texto constitucional y a los instrumentos internacionales que conforman el bloque<sup>18</sup>. A su vez, la evaluación de constitucionalidad que tenga en cuenta los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad no puede desconocer la interpretación teleológica y sistemática de los tratados internacionales entre sí y con respecto al texto constitucional, en tanto los instrumentos internacionales no cuentan con carácter supraconstitucional, pero el texto de la Constitución acepta la jerarquía constitucional de dichos instrumentos.<sup>19</sup>

En consecuencia, los criterios de interpretación que ha establecido la Corte tienen dos efectos específicos. Por un lado, precisan la forma como los tratados deben interpretarse entre sí y en relación con la Constitución; esto es, de forma sistemática y armónica sin dar carácter supraconstitucional a los tratados y sin desconocer su validez y eficacia constitucional. Por otra parte, con respecto al alcance de los que se incorporan por el artículo 93-2, reconoce que son criterios de interpretación y por lo tanto el análisis de constitucionalidad de otras normas y la interpretación de estas debe darse en armonía con los criterios que fijen las instancias internacionales y demás instrumentos que hagan parte del bloque. Respecto a la múltiple finalidad de las normas del bloque, la Corte estableció en sus palabras:

“Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.”<sup>20</sup>.

La cuádruple finalidad del bloque da cuenta del carácter interpretativo e integrador que tiene en el ordenamiento interno y que se refleja en el deber de armonización de las

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001. M.P Rodrigo Uprimny

<sup>18</sup> Óp. Cit. Corte Constitucional 2009 y Corte Constitucional, sentencia C-028 de 2006. M.P Humberto Sierra Porto.

<sup>19</sup> Al respecto, la Corte afirmó lo siguiente: “En los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En otros términos, **los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público**”. (negrillas propias). *Ibíd.*

Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra



distintas disposiciones que lo conforman. Adicionalmente, los instrumentos como decisiones de los tribunales regionales o de las instituciones que son intérpretes autorizados de los instrumentos de derechos humanos, también sirven de criterios de interpretación como veremos a continuación.

Como precisamos anteriormente, hay instrumentos de derechos humanos que pueden suspenderse en estados de excepción y también hay decisiones y documentos que deben tenerse en cuenta como pautas de interpretación de los instrumentos que hacen parte del bloque. Dentro de estos instrumentos se encuentran las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) (sentencias y opiniones consultivas)<sup>21</sup> que de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional definen el contenido y alcance de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por esta razón a continuación haremos referencia a la jurisprudencia de la CorteIDH sobre la relación entre el DIH y el DIDH, y posteriormente se hará referencia a otros instrumentos y decisiones del derecho internacional de los derechos humanos.

## **1.2 La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre DIH y su relación con DIDH en los casos contra Colombia**

La CorteIDH ha examinado las interacciones entre DIH y DIDH en la situación concreta del conflicto armado en Colombia en particular en tres casos recientes: *Masacre de Santo Domingo*<sup>22</sup>, *Operación Génesis*<sup>23</sup> y *Palacio de Justicia*<sup>24</sup>. Concentrarse en estos tres casos tienen al menos cuatro ventajas para el análisis constitucional: en primer lugar, las decisiones de la CorteIDH tienen carácter vinculante en nuestro derecho constitucional; en segundo lugar, estas decisiones examinan situaciones fácticas de nuestro conflicto armado interno en distintas variaciones de tiempo, modo y lugar; en tercer lugar, los argumentos que esgrimen las partes en litigio ante la Corte podrían dar luces sobre los usos distintos usos de los principios de interpretación y aplicación del DIDH y DIH en situaciones de conflicto.

Teniendo como referencia estas tres posibilidades interpretativas (total desplazamiento, prevalencia y criterio de interpretación en concreto), examinemos la doctrina de la CorteIDH en los casos mencionados para evidenciar la doctrina aplicable de la CorteIDH sobre esta materia y las posibles alternativas para abordar el problema constitucional que la Corte debe resolver.

En el caso de la *masacre de Santo Domingo*, la CorteIDH analizó las relaciones entre DIH y DIDH tanto en las excepciones preliminares como en el fondo. El Estado colombiano

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-010 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-200 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-653 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. (Noviembre 30 de 2012). Párr. 16-25, 187-188, 211-244.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. (Noviembre 20 de 2013). Párrs. 200, 204-205, 221-225.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. (Noviembre 14 de 2014). Párr. 38-45.

alegó que el asunto que planteaba el bombardeo a la población de Santo Domingo era propia de un conflicto armado y que no estaba dentro de las competencias de la CorteIDH conocer violaciones al DIH (parr. 16). La CorteIDH rechazó el argumento del Estado por varias razones. Primero, la CorteIDH afirmó que es “competente para decidir de cualquier acto y omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado” y porque no existe un límite normativo en la Convención Americana de Derechos Humanos que así lo plantee (CADH)<sup>25</sup>. Segundo, la CorteIDH puede interpretar la Convención a la luz del DIH según se estableció en *Palmeras* y reiteró en *masacres de Ituango y Mapiripán*, y con ello busca “utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria de a la normativa convencional”. En relación sobre la jerarquía y uso de los sistemas normativos, la CorteIDH fue énfatica en aclarar varios asuntos: (i) no existe jerarquía entre DIH y DIDH; (ii) la CorteIDH no pone en duda la “aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto”; (iii) la CorteIDH puede tener en cuenta el DIH analizado situaciones de conflicto armado por ser “una normativa concreta” y tiene “aplicación más específica”. Finalmente, la CorteIDH ha estudiado múltiples casos en países con conflictos internos armados, por ejemplo, en casos contra Guatemala, El Salvador, Brasil, Perú y Colombia. Por estas razones la CorteIDH dejó claro que puede usar “normas y principios del Derecho Internacional Humanitario a la hora de interpretar las obligaciones contenidas en la Convención Americana”. De hecho en esta sentencia, la CorteIDH interpretó las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal de las víctimas del bombardeo al poblado a la luz de los principios de distinción, proporcionalidad y precaución (parr. 211 y ss). Igualmente, la CorteIDH usó el Protocolo II de los Convenios de Ginebra para interpretar las violaciones a la propiedad privada contenidos en la Convención (art. 21 de CADH).

En el caso de *la operación Génesis*, el Estado colombiano no planteó una excepción preliminar similar a la alegada en el caso de la *masacre de Santo Domingo*, pero afirmó que esta operación fue un acción legítima en el marco de la Constitución y las normas y principios del DIH. Por su parte tanto la CIDH como los peticionarios argumentaron que no se respetaron estos principios. Teniendo en cuenta que trataba de una operación en el marco del conflicto armado, la CorteIDH reiteró que era “útil y apropiado” analizar las obligaciones del Estado a la luz del DIH.

Posteriormente, en el caso del *Palacio de Justicia*, el Estado colombiano planteó su tesis más fuerte sobre el DIH como *lex specialis* que desplaza el DIDH y rechazó explícitamente la tesis de la complementariedad, que está bien establecida tanto en el derecho constitucional colombiano como en el derecho internacional público. Para el Estado el DIH es una “norma especial, principal y excluyente” y por tanto en criterio del Estado, la CorteIDH no es competente pronunciarse de ciertos hechos y derechos propios del DIH. La CorteIDH rechazó esta tesis del Estado y por el contrario reiteró su doctrina al respecto de la relación entre DIH y DIDH que se puede resumir en tres criterios: (i) CADH puede ser interpretada a la luz del DIH; (ii) no existe “jerarquización entre órdenes normativos”; (iii) no se pone en “duda la aplicación y relevancia del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto”; y (iii) la CorteIDH puede interpretar la Convención a la luz del DIH con el fin de “dar aplicación más específica a la normativa convencional”. En este

---

<sup>25</sup> Óp. Cit. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Párr 22

caso la CorteIDH aplicó estos criterios para analizar la privación arbitraria de la libertad en situaciones de conflicto (parr. 402) y respecto a los deberes de debida diligencia en relación con el levantamiento de cadáveres y posterior identificación (parr. 496).

Teniendo en cuenta esta breve reconstrucción de tres casos recientes contra Colombia podemos regresar las tres categorías analíticas del juez Leggatt y determinar cuál de ellas corresponde mejor a los análisis facticos y normativos en el sistema interamericano de derechos humanos. En primer lugar, la CorteIDH ha rechazado la idea del DIH como *lex specialis* que desplacé por completo el DIDH, de hecho, ha reiterado el principio de complementariedad y ha usado el DIH para determinar las obligaciones de los Estados a la luz de la CADH. En segundo lugar, la CorteIDH ha rechazado la idea de que exista una superioridad de regímenes normativos y de esta manera también ha descartado una prevalencia del DIH sobre el DIDH. En tercer lugar, la CorteIDH ha hecho un uso interpretativo claro y extenso de los dos regímenes normativos para garantizar la especificidad de las obligaciones y una mejor comprensión de las situaciones de hecho que hacen surgir las violaciones a los derechos contenidos en la CADH. En conclusión, en el derecho interamericano el principio de *lex specialis* del DIH ha sido establecido como un criterio de interpretación del DIDH y se han rechazado las propuestas de *lex specialis* como total desplazamiento o prevalencia. Otra característica esencial es que ha sido a partir de los casos concretos que la CorteIDH ha podido establecer el derecho aplicable en casos de conflicto armado

### **1.3 La relación entre DIH y DIDH en los tratados, doctrina y jurisprudencia del sistema universal de los derechos humanos**

El derecho internacional de los derechos humanos producido por el sistema de Naciones Unidas también coincide con el principio de interpretación complementaria y concurrente entre el DIH y el DIDH. Para ilustrar a la Corte sobre este consenso haremos referencia a dos fuentes normativas, en primer lugar a las normas de cuatro tratados de derechos humanos que materializan este principio y posteriormente la jurisprudencia de órganos de monitoreo de los tratados de derechos humanos que analizan en concreto la interacción entre DIH y DIDH.

En primer lugar, el artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño que regula el estatus de refugiado de los niños incluye entre los derechos que deben garantizarse aquellos que están en la Convención y “otros instrumentos internacionales ... de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”. Por su parte el artículo 38 de la Convención incorpora la obligación de respetar “las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño”, así como el respeto a la población civil durante los conflictos armados.

En segundo lugar, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas también ha incluido normas sobre el respeto al DIH, en particular, en el preámbulo hace mención al DIH y en el artículo 16 establece como criterio de análisis normativo y fáctico para evitar la expulsión, devolución o extradición de una persona cuando exista evidencia de “violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Además el artículo 43 establece una norma específica sobre la interacción

entre DIH y DIDH al afirmar: “La presente Convención se entiende sin perjuicio de las disposiciones del derecho internacional humanitario, incluidas las obligaciones que incumben a las Altas Partes contratantes de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977, o de la posibilidad que tiene cada Estado Parte de autorizar al Comité Internacional de la Cruz Roja a visitar los lugares de detención en los casos no previstos por el derecho internacional humanitario”.

En tercer lugar, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 11, establece que los Estados Partes tienen las obligaciones “les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales”.

Finalmente, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados estableció también una mención explícita en el preámbulo relacionado con las obligaciones de los Estados frente al Derecho Internacional Humanitario y en el artículo 5 estableció una norma de interpretación según la cual *“ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará de manera que impida la aplicación de los preceptos ... de instrumentos internacionales o del derecho humanitario internacional cuando esos preceptos sean más propicios a la realización de los derechos del niño”*.

Los cuatro tratados mencionados establecen normas explícitas sobre la relación entre el DIDH y el DIH. Como puede observarse de estos textos en ningún caso la inclusión de expresiones directas que expresen obligaciones o contenidos sobre el DIH se entienden como formas de excluir las normas del DIDH. Todo lo contrario, las normas buscan la armonización y complementariedad de los regímenes normativos, bien sea en materias específicas o en reglas de interpretación.

En el mismo sentido se han expresado los comités que monitorean al cumplimiento de los tratados de derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos, como intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha establecido la aplicación concurrente del Pacto con instrumentos de DIH. En la Observación General 29, sobre la Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción<sup>26</sup>, el Comité fue explícito en afirmar que: *“Durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, son aplicables las normas del derecho internacional humanitario, que contribuyen, junto con las disposiciones del artículo 4 y del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, a impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado”* (parr. 3). También en este comentario se hace mención que la suspensión de las obligaciones del Pacto no puede usarse para incumplir las normas del DIH (parr.9), tampoco se puede usar la suspensión del Pacto para justificar actos que violan el DIH (parr. 11), así por ejemplo se refiere explícitamente a las garantías de un juicio imparcial que no pueden ser suspendidas

---

<sup>26</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001). Párrs. 3, 9, 11 y 16.

durante una situación de excepción ni bajo las reglas del derecho internacional humanitario (parr. 16). En la Observación General 31 (párr. 11) sobre la Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto<sup>27</sup>, el Comité reitero este criterio:

“el Pacto es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del derecho humanitario internacional sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes.”

Posteriormente, en la Observación General 35, sobre Libertad y seguridad personales (artículo 9 del Pacto)<sup>28</sup>, se estableció claramente que este artículo se aplica “*en situaciones de conflicto armado en las que son aplicables las normas del derecho internacional humanitario*” y se agregó que la normas del DIH “*pueden ser pertinentes a efectos de la interpretación del artículo 9, ambas esferas del derecho son complementarias y no se excluyen mutuamente*” (parr. 64).

Otros comités también han incluido en su análisis normas del DIH. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha analizado la relación entre DIH y DIDH. Así por ejemplo, determino que los Estados tienen la obligación de no afectar el derecho a la salud a través de violaciones del derecho internacional humanitario (Observación General 14, parr. 34)<sup>29</sup>. Posteriormente en la Observación General 15 sobre el derecho al agua y el saneamiento básico, el Comité DESC hizo un uso más amplio del DIH para determinar algunas obligaciones respecto al acceso al agua de los presos y detenidos conforme al DIH (parr. 16, literal g.), la obligación de los Estados de no destruir o limitar la infraestructura de suministro de agua como una medida punitiva contra la población civil en el marco del DIH (parr. 21) y las obligaciones del DIH respecto de la protección de las reservas de agua potable y la protección del medio ambiente contra daños irreversible y generalizados (parr. 22)<sup>30</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño ha integrado las normas de DIH en el análisis de la Convención de Derechos del Niño, en particular sobre el derecho a la educación y su relación con la enseñanza de DIH (parr. 16)<sup>31</sup>, y las obligaciones del DIH respecto a niños con estatus de refugiado (Observación General 6, párrs. 4, 26, 57, 64, 66)<sup>32</sup>. Además, el Comité contra la Tortura en su Observación General 3 estableció que las víctimas de

---

<sup>27</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (2004). Párr. 11.

<sup>28</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 35, CCPR/C/GC/35 (2014). Párr. 64-66.

<sup>29</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14, E/C.12/2000/4. (2000) Párr. 34.

<sup>30</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 15, E/C.12/2002/11 (2003). Párrs. 16, 20, 21 y 22.

<sup>31</sup> Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 1. CRC/GC/2001/1 (2001). Párr. 16

<sup>32</sup> Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 6. CRC/GC/2005/6. (2005) Párrs. 4, 26, 57, 64 y 66. Ver también Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 16. CRC/C/GC/16. (2003) Párr. 52.

violaciones graves al DIH tienen derecho a interponer recursos para una reparación integral (parr. 6)<sup>33</sup>.

Del análisis tanto de los textos de los tratados citados previamente como de las interpretaciones realizadas por los comités de monitoreo de los tratados se deduce que el principio de complementariedad entre el DIDH y DIH en situaciones de conflicto armado hace parte de la normatividad y la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. Además los ejemplos citados muestran que la complementariedad ayuda a proteger más ampliamente los derechos humanos y no generar situaciones de desprotección para los titulares de los derechos.

Ahora bien respecto al criterio de interpretación complementaria entre DIDH y DIH podría considerarse que ni la CorteIDH ni los comités que monitorean los pactos han hecho el ejercicio de interpretar los tratados a la luz del DIH, pero no ha hecho el ejercicio inverso, es decir, interpretar el contenido el DIH con normas del DIDH. Esto no podría hacerlo ni la CorteIDH ni los comités mencionados por carecer de competencia para determinar violaciones del DIH. Sin embargo, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha interpretado y llenado de contenido normas del DIH con normas del DIDH. El ejemplo más notable y extenso de este ejercicio de interpretación se encuentra el capítulo 32 sobre “las garantías fundamentales” del *Estudio de Derecho Consuetudinario*. Como lo señala Kriege, “*the Study demonstrate that human rights can clarify uncertainties of vague humanitarian law guarantees*”, y esto es muy claro en la definición de algunos conceptos que no tienen desarrollo en el DIH pero que han sido extensamente analizados por los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia del DIDH, por ejemplo, trato cruel, inhumano y degradante, tortura, prohibición de la desaparición forzada, garantías de un juicio justo y privación ilegal de la libertad.

Asimismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja precisa la especialidad de las normas de DIH para las situaciones de conflicto, pero expresamente reconoce que “[e]l DIH se aplica en situaciones de conflicto armado, mientras que el derecho de los derechos humanos está vigente en todo momento, tanto en tiempo de paz como de guerra”<sup>34</sup>. Adicionalmente, el Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité, en el capítulo 32 sobre Garantías Fundamentales<sup>35</sup> señala que las normas sobre Derechos Humanos aplican tanto en situaciones de paz como de guerra, a pesar de que algunas normas de DIDH se pueden suspender en estados de excepción.

Luego de precisar la aplicación complementaria del DIH y el DIDH, el estudio del CICR al definir el alcance de las garantías fundamentales las llena de contenido a partir de lo desarrollado por instrumentos y órganos parte del sistema de DIDH, y señala expresamente que “[a]demás, se han incluido [en el estudio] referencias a instrumentos jurídicos,

---

<sup>33</sup> Comité contra la Tortura. Observación General No. 3. CAT/C/GC/3 (2012). Párr. 6

<sup>34</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. “El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm>

<sup>35</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. El Estudio del CICR sobre El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Capítulo 32 Garantías Fundamentales. Disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf)

documentos y jurisprudencia de derechos humanos, con el propósito no de examinar el derecho consuetudinario en materia de derechos humanos, sino de ampliar, reforzar y aclarar algunos principios análogos del derecho humanitario”<sup>36</sup>. Por ejemplo, al referirse a la prohibición de distinciones desfavorables, señalan que un componente de esta garantía es la prohibición de discriminación de los tratados de derechos humanos. Para precisar el contenido, hacen alusión a pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, específicamente, a la Observación General 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>37</sup>.

En el mismo sentido, al referirse a la prohibición de homicidio de civiles y fuera del combate, hace alusión a los instrumentos de derechos humanos que protegen el derecho a la vida y estipulan que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente<sup>38</sup>. Señalan en el estudio que dicha prohibición de los instrumentos de derechos humanos “abarca también el hecho de matar de forma ilícita en la conducción de las hostilidades, es decir, el hecho de matar a personas civiles y a personas fuera de combate que no estén en poder de una de las partes en conflicto, sin que esté justificado por las normas relativas a la conducción de las hostilidades”.

Como lo demuestra el desarrollo del DIDH y el desarrollo de DIH, estos dos cuerpos normativos se han complementado mutuamente para definir los alcances de las obligaciones y aplicar las normas más específicas a cada situación fáctica. Por tanto está bien establecido en el derecho internacional de los derechos humanos que el DIDH y DIH tiene una relación complementaria y concurrente en situaciones de conflicto armado. Por tanto no existe base normativa en el bloque de constitucionalidad para afirmar que el DIH desplaza el DIDH ni tampoco que prevalece en caso de conflicto entre los regímenes normativos. Por el contrario todas las fuentes de derecho internacional de derechos humanos muestran que el DIH y DIDH se aplican complementariamente por dos razones fundamentales: la primera para precisar las obligaciones de los Estados en situaciones de conflicto armado y la segunda para llenar los distintos vacíos que uno u otro régimen normativo no pueden llenar por sí solos en situaciones concretas.

## **2. DIH como principio de interpretación complementario y concurrente del DIDH en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional**

La tradición constitucional colombiana ha desarrollado una doctrina de aplicación complementaria y concurrente del DIDH con el DIH, la cual emana directamente de la Constitución y es concordante con las normas del bloque de constitucionalidad señaladas previamente. Las dos fuentes normativas de esta aplicación se encuentran en primer lugar en el artículo 93 que establece que los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno y que la interpretación de los derechos constitucionales se realizará conforme a esos tratados. Como puede verse no existe una jerarquía entre tratados de derechos humanos ni tampoco entre el DIDH y el DIH. La segunda fuente normativa se encuentra contenida en la regulación de los estados de excepción del artículo 214, numeral 2 que determina que: “No

---

<sup>36</sup> *Ibid.* Pág. 341

<sup>37</sup> *Ibid.* Págs. 353-354

<sup>38</sup> *Ibid.* Pág. 358

*podrán suspenderse los derechos humanos ni libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario*”. El lenguaje constitucional establecido en la regulación de los estados de excepción establece una regla general de no suspensión de los derechos humanos incluso en caso de guerra, conmoción interior o emergencia económica, social y ambiental. Además introduce el DIH como un elemento normativo explícito que siempre deberá respetarse. Este artículo constitucional es la expresión de la codificación del principio de complementariedad en la Constitución, en tanto mantiene la regla general de aplicación del DIDH pero expresamente hace mención al DIH como un cuerpo normativo aplicable y que debe ser estudiado en conjunto con el DIDH.

Por su parte la Corte Constitucional no ha establecido la prevalencia *a priori* de un sistema de protección sobre otro, por el contrario, ha reconocido la importancia interna de ambos regímenes. En este sentido, la Corte al momento de reconocer la relevancia interna de ambos sistemas, ha precisado con respecto al DIH que su fuerza normativa viene del carácter de *ius cogens*, por un lado, y, por otro, de la referencia expresa proveniente del numeral 2 del artículo 214 de la Constitución, que ya fue referido. Estos dos elementos permiten concluir, a criterio de la Corte, que las normas de DIH tienen fuerza constitucional directa<sup>39</sup>. Por su parte, sobre las normas de DIDH la Corte ha señalado que “se encuentran en la cúpula con la Constitución. A ellos [los derechos humanos] no solo se somete el derecho interno sino también el restante derecho internacional”<sup>40</sup>. Estas constataciones de la Corte develan un reconocimiento clave en relación con la aplicación de las normas de DIH y de DIDH en el ordenamiento interno; de una parte prevalecen frente a otras normas de rango inferior y, de otra, dejan clara la importancia del respeto y protección de los derechos humanos en el orden nacional.

La concurrencia de las disposiciones de DIH y de DIDH ha sido reiterada en varias oportunidades. Por ejemplo, la Corte ha reconocido que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto lo son en virtud de la violación tanto de normas de DIH como de DIDH<sup>41</sup>. Lo mismo ha predicado sobre los derechos que deben garantizárseles a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición<sup>42</sup>. La Corte Constitucional ha reconocido de manera expresa la aplicación concurrente del DIH y el DIDH, por ejemplo ha señalado que<sup>43</sup>

“En relación con los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, la jurisprudencia de esta Corte se ha referido al derecho internacional humanitario, al derecho internacional de los derechos humanos desarrollado en tratados ratificados por Colombia, como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al derecho comparado.

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-291 de 2007 y C-269 de 2014

<sup>40</sup> Corte Constitucional, sentencia C-269 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-254 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>43</sup> *Ibíd*



De una parte, ha reconocido esta Corporación que el derecho internacional relativo al tema de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para víctimas de delitos, tiene una clara relevancia constitucional de conformidad con el artículo 93 superior, en cuanto de una parte, 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, y de otra parte, los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. En este mismo sentido, la Corte ha puesto de relieve que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos, tal como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene una especial relevancia constitucional en cuanto constituye una pauta hermeneútica para interpretar el alcance de esos tratados, como la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende de los propios derechos constitucionales.

Así, los derechos de las víctimas de delitos, especialmente de graves violaciones a los derechos humanos como el desplazamiento forzado, se encuentran reconocidos por el derecho internacional, lo cual tiene una evidente relevancia constitucional (i) de conformidad con el artículo 93 superior, por tratarse de tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos, prohíben su limitación en los estados de excepción y prevalecen en el orden interno, (ii) por cuanto los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y (iii) esta Corporación ha reconocido el carácter prevalente de las normas de Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y los derechos fundamentales de la población desplazada.”

Es decir, si bien el DIH es un conjunto normativo aplicable a las situaciones de conflicto armado, el DIDH reconoce derechos a las víctimas que no pueden obviarse porque también son parte del fundamento de, por ejemplo, un principio clave para la existencia del fuero penal militar, esto es, la garantía del juez natural y de otras garantías procesales<sup>44</sup>. Asimismo, cuando la Corte ha tenido que pronunciarse sobre el fuero penal militar<sup>45</sup> ha señalado que

“[L]os delitos en el enunciados [genocidio, tortura y desaparición forzada], no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial”<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-533 de 2008 M.P Clara Inés Vargas

<sup>46</sup> Corte Constitucional, sentencia C-878 de 2000 M.P Alfredo Beltrán Sierra

En consecuencia, de forma razonable se puede inferir que la Corte incluye las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario pues es evidente que son contrarias a las función constitucional de la Fuerza Pública<sup>47</sup>.

En suma, la aplicación y orientación interpretativa que ha seguido la Corte a partir del artículo 214 de Constitución y de la observancia de los tratados internacionales que son fuente normativa y de obligaciones para Colombia, se ha dirigido a aplicar el principio de complementariedad. Además de tener fuerza normativa directa por tener como fuente una disposición constitucional, como mostraremos a continuación, las disposiciones que se integran al bloque de constitucionalidad en virtud de los artículo 93 y 94 de la Constitución permiten concluir la prevalencia del principio de complementariedad en la aplicación de las normas de DIH y DIDH.

Como se deduce de lo planteado previamente el principio de complementariedad está bien establecido en nuestro derecho constitucional y no puede entenderse que el DIH sea un criterio excluyente y exclusivo frente al DIDH no sólo por carecer de fundamento normativo, sino también, por ser contrario a las normas constitucionales expresas sobre la materia así como el precedente establecido por la Corte Constitucional. Por tanto, una interpretación según la cual el DIH, en tanto *lex specialis*, desplaza o anule la aplicación del DIDH a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado sustituiría la Constitución. Siguiendo con el análisis de las otras formas de interpretación del DIH como *lex specialis* presentadas en la primera parte, se debe descartar también que el DIH sea prevalente sobre el DIDH. Esto en razón de que los regímenes normativos no tienen jerarquía establecida previamente y que el análisis concreto de las situaciones fácticas y jurídicas es esencial para determinar la norma aplicable según las condiciones objetivas. En este sentido consideramos que la mejor forma de interpretar la reforma al artículo 221 de la Constitución consiste en determinar que el DIH es un criterio de interpretación concurrente y complementario siempre que se cumpla las condiciones de la existencia de un conflicto armado o se reúnan las condiciones objetivas de la aplicación del DIH.

### **Sección III. Conclusiones y solicitud a la Corte Constitucional**

En la primera sección de esta intervención hicimos referencia a tres posibilidades de interpretación de la relación entre DIDH y DIH, en particular sobre la cuestión de *lex specialis* de este último en situaciones de conflicto armado. Como se mencionó en la primera parte de esta intervención puede entenderse que en situaciones de conflicto armado se puede interpretar i) que el DIH desplaza totalmente el DIDH, ii) que el DIH prevalece sobre el DIDH, o iii) que el DIH es un criterio de interpretación complementario del DIDH. Hemos demostrado a lo largo de esta intervención, la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la jurisprudencia de la CorteIDH, varios tratados de derechos humanos y la doctrina de los comités de monitoreo de tratados de derechos humanos y del

---

<sup>47</sup> Constitución Política, artículo 217 inciso 2: “Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, **la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.**” (negrillas propias)

Comité Internacional de la Cruz Roja coinciden en que la aplicación del DIH y DIDH es complementaria y concurrente en situaciones de conflicto armado. Ninguna de las fuentes normativas citadas establece una jerarquía ni una prevalencia de un régimen frente a otro. Por el contrario, se observa que la interpretación complementaria y concurrente en situaciones de conflicto armado no sólo garantiza mejor las obligaciones de establecidas en la Constitución y los tratados de derechos humanos sino además el DIDH y el DIH se llenan de contenido mutuamente en caso que existan regulaciones incompletas o insuficientes. Es decir, la interpretación complementaria no sólo garantiza una mejor definición de las obligaciones sino también permite la operatividad de los dos regímenes normativos en la práctica jurisdiccional. Por lo tanto, no es posible sostener una interpretación constitucionalmente admisible según la cual el DIH desplace o sea prevalente sobre el DIDH.

Los demandantes del Acto Legislativo 01 de 2015 aseguran que la reforma busca establecer el DIH como un criterio exclusivo y excluyente para la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado. Según se argumenta extensamente en la demanda esta reforma sustituiría la Constitución, en particular, la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, la autonomía judicial y el principio de igualdad ante la ley. En efecto, una lectura literal del artículo así como algunos antecedentes legislativos pueden llevar a concluir que una posible interpretación del Acto Legislativo excluye la aplicación del DIDH en la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por conductas punibles cometidas en el contexto del conflicto armado. Esta interpretación sustituye la Constitución porque priva de una efectiva investigación y sanción de las violaciones de derechos humanos, restringe la labor de los jueces y establece un tratamiento privilegiado de los agentes de la fuerza pública como lo sustentan los demandantes.

Sin embargo, también es posible realizar una interpretación del texto del Acto Legislativo que sea armónica y coherente con los pilares de la Constitución, tal y como los ha entendido el precedente constitucional y el bloque de constitucionalidad. En nuestro concepto para que el Acto Legislativo 01 de 2015 no sustituya la Constitución debe entenderse que no está excluyendo o desplazando por completo y *a priori* el DIDH; tampoco se establece una prevalencia del DIH sobre el DIDH. El Acto Legislativo establece que se aplicarán las normas y principios del DIH siempre que concurren situaciones de conflicto armado pero no de manera exclusiva ni excluyente al DIDH. En este sentido conserva la misma estructura de incorporación del artículo 214 de la Constitución y de las algunas normas de los tratados de derechos humanos. Si el constituyente derivado hubiera querido excluir el DIDH hubiera incluido alguna expresión como “se aplicarán únicamente” o alguna otra similar que indicara que el DIH es el único cuerpo normativo aplicable en situaciones de conflicto.

En consecuencia, consideramos que la norma establecida en la reforma al artículo 221 de la Constitución es una norma de carácter especial y no exceptiva<sup>48</sup>. Las normas

---

<sup>48</sup> La Corte ha dicho acerca de la diferencia entre reglas exceptivas y reglas especiales que: [...] *la estructura de una regla especial es la siguiente: si ocurre A entonces es obligatorio B. La estructura de una regla exceptiva es diversa pues asume esta forma: si ocurre A, y sólo si ocurre A, entonces es obligatorio B. Por*

constitucionales de carácter especial establece que un elemento debe ser tenido en cuenta, pero no restringen que otras normas sigan manteniendo su vigencia. Así por ejemplo, sigue siendo aplicables los artículos 93 y 214 de la Constitución relacionadas con el DIDH o la concurrencia de otros cuerpos normativos muy relevantes en materia de conflicto armado como el derecho penal internacional o el derecho de los refugiados. Esto además tiene relación directa con la función judicial la cual debe seguir tanto los criterios de interpretación tanto de los derechos humanos (por ejemplo el principio *pro persona*), así como la interpretación de los instrumentos del derecho internacional según la Convención de Viena de Derechos de los Tratados. Por tanto, es de la esencia de la función judicial poder determinar según las condiciones fácticas y jurídicas el derecho aplicable en armonía con toda la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Como precisamos en la parte introductoria, nuestra solicitud principal es que la Honorable Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada del acto legislativo demandado. Le solicitamos a la Honorable Corte que señale el condicionamiento en el entendido de que la aplicación del DIH es complementaria y concurrente con el DIDH y que bajo ninguna circunstancia se suspenden las obligaciones del DIDH en situaciones de conflicto armado. Además de las razones presentadas anteriormente, nos referiremos a un aspecto que resulta fundamental para esta pretensión, esto es, el principio de conservación del derecho.

La Corte tiene la obligación de mantener al máximo las disposiciones normativas emanadas del legislador con el fin de preservar el principio democrático<sup>49</sup>. Esto trae consigo el deber de buscar una solución que permita dar cumplimiento a la anterior obligación y el deber de mantener la integridad y supremacía de la Constitución. Es por esto que cuando existe al menos una interpretación que no sustituye a la Constitución y por el contrario se ajusta a ella, la Corte debe optar por ella.

Por tanto, para preservar el trabajo del constituyente derivado y con el fin de garantizar el principio de conservación del derecho en la reforma introducida solicitamos se realice un condicionamiento que debe orientar tanto la aplicación de la norma constitucional como la reglamentación posterior de esta, de lo contrario, la regulación sería inconstitucional.

---

*ello, las reglas constitucionales de carácter específico no restringen la actividad legislativa ordinaria sino que consagran una obligación constitucional directa. Nada impide entonces que el Legislador pueda establecer discrecionalmente otros supuestos fácticos a los cuales vincule idénticas consecuencias. Una regla constitucional específica regula positivamente un grupo de hechos y les adscribe una consecuencia, pero no impide que otros hechos, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos<sup>48</sup>.* (subraya fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001. En esta sentencia se ahonda en la naturaleza de las reglas especiales, ofreciendo un ejemplo que para el caso resulta ilustrativo: “[l]as reglas especiales son comunes dentro de nuestro ordenamiento, y su interpretación debe pasar por un cuidadoso análisis de su naturaleza, para evitar conclusiones irrazonables. Sería un absurdo por ejemplo, sostener que el artículo 81 de la Carta, al establecer que el ‘Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional’, en realidad está prohibiendo que el Estado regule el ingreso o la salida de otro tipo de recursos naturales. En este punto, el Constituyente tampoco creó una regla exceptiva sino un mandato especial, que desarrolla principios constitucionales, como la protección de la biodiversidad. El artículo 81 elevó a rango constitucional la obligación del Estado de regular el ingreso y salida de recursos genéticos, pero ella no excluye que el Legislador, para proteger el medio ambiente y la biodiversidad, pueda establecer otras reglas similares para otros recursos naturales distintos a los recursos genéticos”.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

De manera subsidiaria y en caso que la Honorable Corte Constitucional considere que la constitucionalidad condicionada no procede, le solicitamos que tal como lo hizo en la sentencia C-579 de 2013 cuando estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz), establezca un criterio interpretativo según el cual la inclusión del DIH en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública no excluye ni desplaza el DIDH, y que DIH y DIDH son regímenes que deben ser interpretados de forma complementaria y concurrente cuando se presenten situaciones de conflicto armado.

Cordialmente,

**César Rodríguez Garavito**  
C.C 79.555.322 de Bogotá  
Director

**Rodrigo Uprimny Yepes**  
C.C 79.146.539 de Usaquén  
Investigador

**Mauricio Albarracín Caballero**  
C.C. 91.514.122 de Bucaramanga  
Investigador

**Paola Fernanda Molano Ayala**  
C.C 1.032.433.275 de Bogotá  
Investigadora