

ALEJANDRO
RAMELLI ARTEAGA

LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA Y EL
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

2.^a EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	19
PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN	21
PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN	25
ABREVIATURAS Y SIGLAS	27
INTRODUCCIÓN	29
I. Relaciones jurídicas entre un ordenamiento jurídico internacional especial y un tratado multilateral regional	35
II. La ejecución legislativa, judicial y administrativa en Colombia del DIH y la CADH	39
III. Metodología y fuentes documentales del trabajo	42
IV. Presentación del plan de trabajo	43

PRIMERA PARTE

MANIFESTACIONES DE UNA COMPLEMENTARIEDAD PARCIAL EN EL ORDEN INTERNACIONAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE UNA

SITUACIÓN DE VIOLENCIA INTERNA A LA LUZ

DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

I. Introducción	49
II. Una diferencia sutil: situación de tensión y disturbios internos o conflicto armado interno	49
III. El concepto de conflicto armado interno	54
A. El conflicto armado interno en el marco del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra	54
B. El conflicto armado en el marco del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra	60
IV. Los responsables de la calificación jurídica de una situación de violencia interna	73
A. La calificación jurídica realizada por los Estados	75
B. La calificación jurídica realizada por árbitros y jueces internacionales o por jueces de terceros Estados	76
V. Los efectos jurídicos de la calificación de violencia interna como conflicto armado interno	80
VI. Las posibles soluciones del derecho internacional humanitario	87

A. Los métodos y las reglas de interpretación	88
B. Los actos concertados no convencionales	90
CAPÍTULO SEGUNDO	
LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE UNA SITUACIÓN	
DE VIOLENCIA INTERNA A LA LUZ DE LA CADH	
	93
I. Introducción	95
II. El artículo 27 de la CADH como cláusula de salvaguardia	96
III. La guerra	100
IV. Las situaciones de peligro público	104
A. El carácter excepcional de la amenaza	105
B. La existencia efectiva de la amenaza	108
C. La actualidad o inminencia de la amenaza	110
D. Los límites espaciales de la amenaza	113
E. El mantenimiento del sistema democrático como límite a la declaratoria del estado de excepción	115
V. Otras amenazas a la independencia y seguridad del Estado	119
VI. El principio del “margen de apreciación” y su control internacional	122
A. Planteamiento del problema	122
B. Contenido y alcance del principio del margen de apreciación	123
C. El aspecto objetivo	126
D. El aspecto subjetivo	127
VII. Límites internacionales al margen de apreciación estatal	128
A. La promulgación y publicación de la declaratoria del estado de excepción	129
B. La notificación	131
VIII. Límites internacionales materiales al margen de apreciación estatal	134
A. La conformidad de la norma interna con el artículo 27 de la CADH	134
B. El principio del ejercicio razonable de las competencias estatales	138
C. El principio de la buena fe en la ejecución de los tratados internacionales	142
D. La conformidad con otras obligaciones internacionales	146
CAPÍTULO TERCERO	
LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES	
QUE NO ADMITEN SER SUSPENDIDAS	
	155
I. Introducción	157

II.	Principios orientadores propios de cada ordenamiento jurídico internacional	158
	A. El principio de la no derogación en el ámbito del DIH	158
	B. El denominado “principio de favorabilidad” a la no suspensión de los derechos humanos y de sus garantías en el ámbito de la CADH	160
III.	El principio de la no discriminación	162
IV.	Contenido y alcance de las cláusulas que no admiten ser suspendidas	165
	A. El derecho a la vida	165
	1. Contenido y alcance convencionales del derecho a la vida	165
	2. La pena de muerte como límite convencional al derecho a la vida	167
	3. Unos principios orientadores divergentes	168
	4. Convergencia y complementariedad en el ámbito de las garantías judiciales	173
	5. Reservas y declaraciones interpretativas relativas a la pena de muerte	176
	6. Algunas notas sobre las amenazas al derecho a la vida en el ámbito americano	178
	7. Los homicidios cometidos fuera de combate por agentes del Estado	179
	8. El difícil respeto del derecho a la vida por parte de los grupos armados irregulares	181
	B. La prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes	187
	1. Contenido y alcance de estas nociones	187
	2. El elemento material	189
	3. El elemento teleológico	190
	4. Los sujetos activos de la tortura	192
	5. El concepto de sanciones legítimas	194
	6. Algunas notas sobre la posición de la CIDH ante el fenómeno de la tortura en el continente	195
	C. La prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados	198
	1. Contenido y alcance de estas nociones	198
	2. Algunos desarrollos de la prohibición del trabajo forzado en los informes presentados por la CIDH	202
V.	Las garantías judiciales al ejercicio de los derechos que no admiten suspensión	204
	A. El <i>habeas corpus</i> en la doctrina de la CIDH y de la CTEIDH	206
	1. La interdependencia entre derechos inderogables, garantías judiciales y separación de los poderes públicos	209
	2. El principio de efectividad material del <i>habeas corpus</i>	212
	3. El principio de la no discriminación	215
	4. Algunos problemas teóricos y prácticos que atentan contra la eficacia del <i>habeas corpus</i> en Latinoamérica	216

B.	El recurso de amparo	218
C.	Relaciones entre las garantías judiciales y el debido proceso legal (art. 8.º CADH)	220
D.	Los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de Gobierno	221
CAPÍTULO CUARTO		
LA PARTICIPACIÓN DE FUERZAS DE DEFENSA CIVIL EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO		
		223
I.	Introducción	225
II.	El fenómeno de las fuerzas de defensa civil	225
A.	La búsqueda de un concepto	225
B.	Orígenes históricos del fenómeno de las fuerzas de defensa civil	227
1.	La guerra fría y la creación de fuerzas de defensa civil en algunos países de Latinoamérica	227
2.	El fenómeno de las fuerzas de defensa durante la posguerra fría	230
C.	Características de una forma de violencia parainstitucional	232
1.	Entre la legalidad y la ilegalidad internas	232
2.	Conformación de las fuerzas de defensa civil	233
3.	Tipos de operaciones realizadas por las fuerzas de defensa civil	234
D.	Las fuerzas de defensa civil ante los postulados del Estado de derecho	235
III.	El derecho internacional humanitario ante el fenómeno de las fuerzas de defensa civil	236
A.	La obligación estatal de no autorizar, fomentar o permitir la creación de fuerzas de defensa civil en sus territorios	236
1.	Algunos argumentos jurídicos tendentes a negar la existencia de esta obligación estatal	237
2.	Una argumentación jurídica encaminada a demostrar la existencia de una obligación internacional de no hacer	238
B.	El DIH como límite a las actuaciones de los miembros de las fuerzas de defensa civil	242
1.	El efecto obligatorio y vinculante del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra	242
2.	El Protocolo Adicional II ante el fenómeno de las fuerzas de defensa civil	244
IV.	La CADH ante el fenómeno de las fuerzas de defensa civil	247
A.	La obligación estatal de desmovilizar a las fuerzas de defensa civil legales	248
1.	Pronunciamientos de la CIDH en favor de la existencia de esta obligación estatal	248
2.	Pronunciamientos de la CIDH en contra de la existencia de una obligación estatal de desmovilizar a las fuerzas de defensa civil legales	251

B.	La obligación estatal de luchar contra las fuerzas de defensa civil ilegales	252
C.	La obligación estatal de investigar y sancionar a los miembros de las fuerzas de defensa civil	253
V.	La Comisión de Derechos Humanos frente al fenómeno de las fuerzas de defensa civil	254
A.	Críticas de la CDH a la existencia de fuerzas de defensa civil legalmente constituidas	255
B.	El reconocimiento de la necesidad estatal de crear fuerzas de defensa civil	256
C.	El marco jurídico internacional que regularía la creación y actividades de las fuerzas de defensa civil	257
VI.	Algunas breves notas sobre la responsabilidad internacional del Estado por los actos cometidos por miembros de las fuerzas de defensa civil	261
A.	La imputación al Estado de los actos cometidos por miembros de las fuerzas de defensa civil que actúan como agentes estatales	262
B.	La imputación al Estado de los actos cometidos por miembros de las fuerzas de defensa civil ilegales	263
C.	La reparación de los perjuicios causados a miembros de las fuerzas de defensa civil legales	266

CAPÍTULO QUINTO

LA ADOPCIÓN DE LEYES DE AMNISTÍA
EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNO

		269
I.	Introducción	271
II.	La expedición de leyes de amnistía según el DIH	274
A.	Una norma convencional de contenido abierto	274
B.	El deber de penalizar las infracciones al DIH en el marco de un conflicto armado interno	276
C.	Un caso concreto: la expedición de la “Ley de Reconciliación Nacional” salvadoreña	280
III.	La expedición de leyes de amnistía según la CADH	281
A.	La CADH como límite al poder discrecional con que cuentan las autoridades locales para expedir leyes de amnistía	281
B.	La invalidez de las leyes de amnistía expedidas por gobiernos <i>de facto</i>	284
C.	El deber de investigar y sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos	285
D.	La obligación de reparar e indemnizar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos	290

E. La garantía a la independencia del juez interno como intérprete de la ley de amnistía	292
--	-----

SEGUNDA PARTE

EL REFLEJO DE LA COMPLEMENTARIEDAD PARCIAL ENTRE EL DIH Y LA CADH EN EL ORDEN INTERNO COLOMBIANO

CAPÍTULO SEXTO

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

	297
I. Introducción	299
II. Relaciones entre el derecho internacional general y el ordenamiento jurídico colombiano: avances recientes en materia de políticas públicas	303
A. La recepción automática de las “reglas” del DIH	306
1. Marco normativo vigente al momento de discutirse y adoptarse el actual artículo 214.2 constitucional	307
2. Los debates en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente	310
B. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y la recepción automática de las normas consuetudinarias del DIH	312
III. La recepción del derecho internacional convencional en el orden interno colombiano	314
A. La recepción de las normas convencionales	315
1. El control previo de constitucionalidad del tratado internacional y de su ley aprobatoria	318
2. Promulgación y publicación de los tratados internacionales	320
B. La incorporación de la CADH al orden interno colombiano	322
C. La incorporación del Protocolo Adicional II al orden interno colombiano	323
IV. La incorporación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	324
A. Dificultades de cara al extinto proceso de paz con las FARC e incompatibilidades del Estatuto con la Constitución	324
B. La propuesta inicial: la incorporación por vía de acto legislativo y la ratificación automática del Estatuto	325
C. El camino escogido: una fórmula de compromiso	326
D. El control de constitucionalidad del Estatuto de Roma	327
V. La jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno colombiano	329
A. El debate entre la supraconstitucionalidad y el bloque de constitucionalidad de las normas convencionales del DIH y del DIDH	330
1. Las normas convencionales del DIH y de la CADH como parte del bloque de constitucionalidad	331

2.	Las normas convencionales del DIH y de la CADH como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes	333
B.	El carácter suprallegal de las normas convencionales	335
VI.	La aplicación directa de las normas convencionales	337
A.	La determinación del carácter <i>self-executing</i> de la norma convencional bajo el imperio de la Constitución de 1886	338
B.	La aplicación directa de algunas disposiciones convencionales de la CADH y del DIH durante la vigencia de la actual Constitución	340
1.	La jurisprudencia de la Corte Constitucional	340
2.	La jurisprudencia del Consejo de Estado	341
C.	El efecto interpretativo de las normas convencionales	342
VII.	Otras fuentes del DIH y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos frente al orden interno	344
A.	El valor jurídico interno de los dictámenes consultivos de la CteIDH	344
B.	El valor jurídico interno de las recomendaciones de los órganos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos	346
VIII.	Efectos tradicionales de las recomendaciones de la CIDH en el orden interno	346
IX.	Nuevos efectos que generan ciertas recomendaciones de algunos órganos de organizaciones internacionales	349

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DE UNA SITUACIÓN DE VIOLENCIA INTERNA POR LOS ÓRGANOS POLÍTICOS DEL ESTADO		353
I.	Introducción	355
II.	La tipología constitucional de las situaciones de anormalidad como expresión de la dialéctica entre excepción y normalidad	356
A.	Las insuficiencias de la Constitución de 1886	356
B.	La graduación introducida por el Constituyente de 1991	358
III.	El margen de apreciación del Presidente de la República y el control político del Congreso	360
IV.	El control jurisdiccional y los límites a las competencias normativas del Presidente de la República bajo la Constitución de 1886	362
A.	El control de constitucionalidad sobre los decretos de instauración y levantamiento del estado de sitio	362
1.	Un tímido control de constitucionalidad sobre los decretos de instauración del estado de sitio	362
2.	Algunos pasos importantes en la instauración de un control de constitucionalidad sobre los decretos de levantamiento del estado de sitio	366
a.	El control constitucional sobre los decretos legislativos	368

v.	Afianzamiento y profundización del control judicial bajo la Constitución de 1991. El respeto a la legalidad internacional	371
	A. El control formal	373
	B. El control material: la confrontación entre dos normas jurídicas acompañada de la constatación empírica de un hecho	375
	1. La existencia real de una amenaza actual o inminente	376
	2. Las actividades de los grupos armados en tanto que amenazas “coyunturales”	379
	3. Las actividades de los grupos armados en tanto que amenazas “estructurales”	384
	C. El principio de separación de poderes como límite a la declaratoria de estado de excepción	387
	1. La salvaguardia de las competencias del legislador ordinario	388
	2. La salvaguardia de las competencias de la rama judicial durante estados de excepción	389
	3. La insuficiente protección del ámbito competencial de los jueces ante los actos del poder ejecutivo	390
	4. Una efectiva salvaguardia de las competencias de la rama judicial ante los actos del poder ejecutivo	392
	D. El principio de proporcionalidad	393
	1. El principio de proporcionalidad frente a las medidas de confrontación gubernamentales contra los grupos armados	394
	2. El principio de proporcionalidad frente a las medidas gubernamentales de reconciliación con los grupos armados	395
	3. El respeto al ámbito competencial del Presidente de la República y los diálogos de paz	396
	4. El derecho a la información frente a la difusión de comunicados provenientes de los grupos armados	397

CAPÍTULO OCTAVO

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO	399
---	-----

I.	Introducción	401
II.	El juez constitucional y la protección de las víctimas del conflicto armado interno	402
	A. El control previo de constitucionalidad sobre el Protocolo Adicional II y sobre su ley aprobatoria, por la Corte Constitucional	402
	B. El control de constitucionalidad sobre las leyes, los decretos ley y los decretos legislativos frente al DIH y a la CADH	405
	1. La ejecución de órdenes militares durante la situación de conflicto armado interno y el respeto al “núcleo duro” de derechos humanos	407
	2. Los desplazamientos forzados de población civil	411
	3. El derecho a una audiencia pública durante los procesos adelantados contra los miembros de los grupos armados	414

4.	La voluble jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la vigencia del <i>habeas corpus</i> durante estados de excepción	418
C.	La protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno por vía de la acción de tutela	423
1.	La difícil protección judicial del derecho a la vida	424
2.	La protección de la población civil frente a los ataques de los grupos armados	426
3.	Los derechos asistenciales de los desplazados internos	428
4.	La protección judicial de derechos humanos que admiten suspensión y cuyo ejercicio se ve afectado por el conflicto armado interno	432
III.	El juez penal y la represión interna de las graves violaciones al DIH y a los derechos humanos	435
A.	La ejecución legislativa de las normas internacionales que estipulan prohibiciones para los combatientes: el nuevo Código Penal	437
1.	Necesidad de reformar el Código Penal para introducir delitos contra el DIH y el DIDH	438
2.	La existencia de un conflicto armado como presupuesto de aplicación de nuevos tipos penales	440
3.	Conformidad de los nuevos tipos penales con el sistema americano de protección de los derechos humanos y el DIH	443
B.	Particularidades de la represión penal interna de las infracciones a la legalidad internacional cometidas por miembros de los grupos armados	445
1.	La prohibición del enjuiciamiento de los miembros de los grupos armados por tribunales militares	446
2.	La compleja frontera entre delito común y delito político	448
C.	Particularidades de la represión penal interna de las infracciones a la legalidad internacional cometidas por miembros de la fuerza pública	455
1.	El Código Penal Militar frente al conflicto armado interno	456
2.	La investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública: el debate sobre el alcance del fuero militar	458
a.	La jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura	460
b.	La jurisprudencia de la Corte Constitucional	465
IV.	El juez administrativo frente al conflicto armado	467
A.	La acción de nulidad y el extinto proceso de paz con las FARC	468
B.	La acción de reparación directa de cara a los postulados y principios del DIH	469

CAPÍTULO NOVENO

LA REGULACIÓN DE LAS FUERZAS DE DEFENSA CIVIL

EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO COLOMBIANO

Y SU CONFORMIDAD CON LA LEGALIDAD INTERNACIONAL.

471

1. Introducción

473

ii.	Descripción de un complejo fenómeno de violencia interna y de su regulación legal en Colombia	473
	A. De un marco normativo insuficiente a la ilegalidad absoluta	473
	B. Un nuevo marco jurídico para la actuación de ciertas fuerzas de defensa civil en Colombia	480
iii.	El Estado colombiano y las fuerzas de defensa civil ilegales	483
	A. La rama legislativa	484
	B. La rama ejecutiva	485
	C. La rama judicial	487
iv.	El Estado colombiano y las fuerzas de defensa civil legales	489
	A. Un marco normativo precario	490
	B. La jurisprudencia de la Corte Constitucional	492
	1. Los argumentos de la mayoría	494
	2. Los argumentos de la minoría	496
	3. Algunos comentarios adicionales a la jurisprudencia de la Corte Constitucional	499

CAPÍTULO DÉCIMO

LA ADOPCIÓN DE LEYES DE AMNISTÍA EN

COLOMBIA ANTE LA LEGALIDAD INTERNACIONAL

501

i.	Introducción	503
ii.	Límites constitucionales al poder de configuración normativa con que cuenta el Congreso para adoptar leyes de amnistía	503
	A. Límites formales	504
	B. Límites materiales	505
	1. La competencia exclusiva del Congreso, incluso durante estados de anormalidad	505
	2. Graves motivos de conveniencia pública	506
	3. Generalidad	508
	4. El objeto de la ley de amnistía: los delitos políticos y conexos	509
	5. El derecho a la reparación e indemnización de las víctimas	511
iii.	Límites constitucionales a la concesión de indultos por parte del Gobierno Nacional	514
	A. La exclusión de las infracciones graves al DIH del ámbito de aplicación de los indultos	515
	B. El carácter condicional de los indultos	517

CONCLUSIONES

519

BIBLIOGRAFÍA

531

ÍNDICE ONOMÁSTICO

583

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

591