

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 175 de 2015 Cámara “Por medio de la cual se dictan medidas para combatir los grupos criminales armados y organizados dentro del territorio nacional”

Proyecto de Ley 175 de 2015 Cámara “Por medio de la cual se dictan medidas para combatir los grupos criminales armados y organizados dentro del territorio nacional”	
Autor	Representante Efraín Torres Monsalvo
Fecha de radicación	9 de diciembre de 2015
Estado actual	Pendiente ponencia de primer debate en Cámara
Referencia	Concepto Número 16.02

1

1. Objeto, contenido y alcance del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley tiene por objeto permitir la implementación de medidas orientadas a garantizar la seguridad nacional, habilitando a la Fuerza Pública para utilizar medios propios de la confrontación con grupos armados organizados para enfrentar a la criminalidad organizada (artículo 1).

Lo anterior, en el contexto de un eventual posacuerdo y la posibilidad de que algunos reductos de las FARC, así como otros grupos de delincuencia organizada, mantengan la capacidad de enfrentar militarmente al Estado, sosteniendo el ponente que a estos grupos no se les puede seguir enfrentando con las mismas herramientas con que se confronta a “delincuentes de barrio”¹.

Se incorpora, entonces, una definición de “grupo armado” (artículo 2), estableciendo que para combatir a los grupos que caben dentro de esta, se pueden utilizar los medios y deben aplicarse las regulaciones propias del Derecho Internacional Humanitario. La definición propuesta incorpora como requisitos concurrentes los siguientes:

¹ Tal como se señala en la sección II de la exposición de motivos que acompaña al Proyecto de Ley bajo examen en esta oportunidad (consideraciones fácticas y jurídicas).

- Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública, la población civil, bienes civiles o contra otros grupos armados;
- Que la intensidad de la violencia armada supere la que suponen los disturbios y tensiones interiores, y requiera la acción armada de las Fuerzas Militares;
- Que tenga una organización y un mando que ejerce liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en lugares definidos del territorio nacional.

Con el fin de mantener la integridad del territorio y defender el orden constitucional, se autoriza a las Fuerzas Militares para emprender acciones enmarcadas en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) en cualquier lugar del territorio nacional orientadas a combatir a las organizaciones criminales que quepan dentro de la definición de “grupo armado” esbozada con antelación (artículo 3). Lo anterior se aplicará a la Policía Nacional en los eventos en que el DIH sea aplicable a sus operaciones.

En su artículo 4, el Proyecto de Ley establece que en la investigación y juzgamiento de las actividades realizadas por miembros de la fuerza pública en aplicación de esta Ley para combatir a los grupos definidos como “armados”, se aplicarán de manera preferente las normas del DIH.

2

Finalmente, el artículo 5 del Proyecto de Ley prescribe que el Ministerio de Defensa Nacional elaborará e implementará manuales de operación militar y policial con el objetivo de instruir a los miembros de la Fuerza Pública en la forma de desarrollar sus operativos respetando los derechos humanos y el DIH, incorporando medidas prácticas tendientes a minimizar los riesgos jurídicos, así denominados en el Proyecto de Ley, a los cuales pueden verse sometidos quienes desarrollen las operaciones.

Como antecedentes se plantea la existencia de proyectos en el mismo sentido desde el año 2012, uno de los cuales se incorporó dentro de un Acto Legislativo que modifica el Fuero Penal Militar, y que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-740 de 2013² por vicios de procedimiento. Posteriormente, la iniciativa se viene tratando de retomar desde el año 2013, teniendo que haber sido archivada en el primer periodo legislativo del 2015, por lo que se presenta de nuevo.

Como elementos de contexto que dan cuenta de la necesidad de la iniciativa, se hace referencia al escenario de posconflicto, donde probablemente, tal como ocurrió con los grupos paramilitares e insurgentes desmovilizados con ocasión de la ley 975

² Corte Constitucional. Sentencia C-740 de 2013. M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

de 2005, algunos reductos mantengan estructuras criminales organizadas que se dediquen a actividades ilegales con capacidad de ejercicio de la fuerza armada contra el Estado u otros grupos, control territorial y de mercados, entre otros. Se hace referencia al caso particular de cuatro organizaciones denominadas como BACRIM y el tipo de armas que tienen a su disposición. La complejidad y alcance del fenómeno de las bandas criminales, por lo tanto, hace necesario que se disponga de toda la capacidad del Estado para enfrentarlas en el posconflicto.

2. Observaciones político-criminales en relación con el Proyecto de Ley 175 de 2015 Cámara

En términos generales, el concepto del Consejo Superior de Política Criminal es negativo porque la regulación propuesta en esta ocasión es innecesaria e inconveniente.

2.1. La regulación propuesta en el Proyecto de Ley no es necesaria

En primer lugar, es innecesaria, tal como está planteada en el Proyecto de Ley bajo examen, porque la aplicación de las normas del DIH, como compromisos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos incluso en situaciones de conflicto armado, no está condicionada al reconocimiento o declaración de un legislador doméstico, sino a la configuración de las situaciones concretas reguladas por el mismo derecho internacional humanitario. Con lo anterior se pretende señalar que la regulación propuesta resulta superflua dado el carácter con que las normas del DIH establecen los eventos en que se considera que existe un grupo armado y que puede enfrentarse con medios regulados por aquél.

En ese sentido, es preciso mencionar que en el ámbito internacional existe una definición mucho más exigente de “grupo armado”³ a la establecida en el Proyecto de Ley, con lo cual la propuesta puede entrar en contradicción con la Constitución, en especial por la forma en que ésta reconoce e incorpora respuestas estatales en relación con acciones que se adelanten en el marco de un conflicto armado regulado por el DIH. Es el caso, por ejemplo, de la regulación de los estados de excepción en nuestra República, los cuales están sometidos a una serie de disposiciones entre las que se encuentra el “respeto a las reglas del derecho internacional humanitario”, de conformidad con el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución; también, en el

³ Artículo 1.1. del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: “1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

caso del fuero penal militar, las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública objeto de investigación y juzgamiento por parte de la jurisdicción penal militar sólo serán las ejecutadas “en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario”⁴, de acuerdo con el artículo 221 de la Carta.

Además de lo anterior, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República han reconocido que la configuración de las acciones estatales, en relación con los grupos armados al margen de la ley, parten de la definición que han hecho de ellos las normas internacionales del DIH. Esto se puede constatar en el párrafo 1 del artículo 8 de la Ley 418 de 1997⁵, donde se señala que

De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, aquel que bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.⁶

No obstante, el Consejo Superior de Política Criminal llama la atención sobre la necesidad de establecer un cuerpo normativo que permita definir de manera concreta los protocolos y actuaciones pertinentes que deban realizarse en cabeza de la Fuerza Pública en situaciones donde se pueda aplicar el DIH, como por ejemplo, regulaciones específicas relativas a la definición de cuándo una “ventaja militar” es legítima y adecuada, cuál es el criterio de proporcionalidad en el uso de la fuerza en las operaciones, cómo definir los daños colaterales como actos lícitos, así como ventaja militar definida, entre otros⁷.

4

⁴ En relación con esta expresión es importante tener en cuenta las acotaciones hermenéuticas realizadas por la Corte Constitucional, en la sentencia C-084 de 2016, en la que revisa la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-084-16.htm>.

⁵ Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html

⁶ Es importante señalar que el Proyecto de Ley 146 de 2016-Senado, 198 de 2016-Cámara, por medio de la cual se modifica el artículo 8° de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014, sostiene la misma definición vigente, en el artículo 1 que modifica el artículo 8 de la Ley 418 de 1997: “De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, aquel que bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. Este proyecto de Ley se encuentra en sanción presidencial. El último informe de ponencia se puede consultar en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=146&p_onsec=43976.

⁷ En el concepto número 15.12 el Consejo Superior de Política Criminal tuvo la oportunidad de ocuparse de este aspecto de necesaria regulación, con ocasión del examen del Proyecto de Ley No. 129 de 2014 Cámara, el cual se consideraba “una buena oportunidad de positivizar y desarrollar las normas consuetudinarias del DIH aplicable a los conflictos armados internos, así como para concretar su contenido frente a las situaciones de mayor ocurrencia en el escenario nacional.

2.2. Inconveniencia del Proyecto de Ley

Como se señaló antes, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra establece una serie de elementos concurrentes con los que debe cumplir un grupo armado para considerar que es pertinente la aplicación del DIH y medios militares para confrontarlo.

El Consejo Superior de Política Criminal resalta enfáticamente el hecho de que el nivel de exigencia para definir un conflicto armado y “grupos armados” sea superior en el instrumento internacional que en la norma legal que pretende regular el tema, lo cual la hace inocua al ser imperativa la primera. En el siguiente cuadro se presenta una comparación entre ambas regulaciones:

Tema	Protocolo Adicional II	Proyecto de Ley
Grupos a los que se aplican las normas	Fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que se enfrenten a fuerzas armadas del Estado.	Grupo que use la violencia armada contra la fuerza pública, la población civil, bienes civiles o contra otros grupos armados.
Nivel de violencia que puede ejercer el grupo	No aplicación del Protocolo a situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.	Intensidad de violencia armada que supere la que suponen los disturbios y tensiones interiores, y requiera la acción armada de las Fuerzas Militares
Mando	Dirección de un mando responsable.	Mando que ejerce liderazgo o dirección sobre los miembros del grupo.
Alcance de la acción del grupo	Ejercer sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.	Nivel de organización que le permita usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en lugares definidos del territorio nacional.

5

Como se puede observar, el nivel de exigencia requerido para que se considere a un grupo como objeto de aplicación del DIH es más alto en el Protocolo II citado, particularmente en lo que se refiere al control territorial y la posibilidad de realizar operaciones sostenidas en el tiempo.

Adicional a lo anterior, es importante resaltar que el mismo proyecto de ley contribuye en casi todas las ocasiones a ofrecer claridad para la interpretación de los principios de esta rama del derecho internacional y facilita su aplicación frente a situaciones particulares. En conclusión, el proyecto objeto de estudio no es necesario para que durante la investigación y el juzgamiento de conductas punibles cometidas en el marco del conflicto armado se aplique el DIH, sin embargo, por facilitar la aplicación de dicha normatividad y permitir su desarrollo la iniciativa legislativa resulta útil".
Disponibile en:

<http://www.politicacriminal.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=7Bp07PtT5zo%3d&portalid=0>

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Por otra parte, la referencia que se hace a la posibilidad de que se apliquen normas del DIH para regular actividades y procedimientos para combatir a los grupos definidos como armados del artículo 3 resulta insustancial, dado que, como se ha mencionado, las normas del DIH se aplican de manera imperativa, sin interesar que una ley nacional lo establezca así o no⁸.

De igual manera, el párrafo de esa norma es superfluo por pretender regular lo mismo para el caso de las actividades de la Policía Nacional. No obstante, para el caso de este cuerpo de la Fuerza Pública, que la Constitución reconoce como un “cuerpo armado permanente de naturaleza civil”, de acuerdo con el artículo 218, el Consejo Superior de Política Criminal resalta que la propuesta del párrafo en mención parte de una perspectiva que vincula a la Policía Nacional con tareas preponderantemente militares, lo cual, desde un punto de vista político-criminal, resulta inconveniente.

En relación con el artículo 4 sobre aplicación preferente de normas del DIH para la investigación y juzgamiento de cualquier tipo de acción realizada para enfrentar a los grupos definidos como “grupos armados” en el Proyecto, debe tenerse prevención ante la posibilidad de que muchos comportamientos queden cubiertos en el ámbito de la justicia penal militar, cuando pueden implicar vulneraciones al DIH y los derechos humanos.

6

El análisis del artículo 4 es también una oportunidad para señalar la importancia que para el Consejo Superior de Política Criminal tiene el no confundir las estrategias estatales de lucha contra las amenazas al régimen constitucional, a la defensa y a la seguridad nacional, con las estrategias de prevención y control de los fenómenos criminales. Es claro que no pueden estar completamente incomunicadas, pero la interrelación entre estas debe presentarse a partir del reconocimiento, por lo menos, de la lógica propia que tienen las prioridades de reducir amenazas a la seguridad nacional y las relacionadas con las estrategias de persecución, judicialización y sanción de las conductas punibles. Esto genera, por lo menos, tres comentarios que resultan importantes cuando se presentan iniciativas como la que está siendo examinada en esta oportunidad:

- En el caso de que se entreguen facultades a las Fuerzas Militares para combatir a los grupos criminales organizados y armados, éstas deberían

⁸ Sobre el carácter imperativo de las normas del DIH, Isabel Salmón señala que “los Convenios de Ginebra destacan por encima de cualquier otro tratado en vigor por su finalidad y régimen de derechos y obligaciones pues, como ya se ha señalado, se encuentran vinculados a un objetivo indisponible para los estados que es la protección de la persona humana en las situaciones en que más peligran su vida y su dignidad”. Salmón, Isabel. *Introducción al Derecho internacional Humanitario*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Pp. 28-29. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

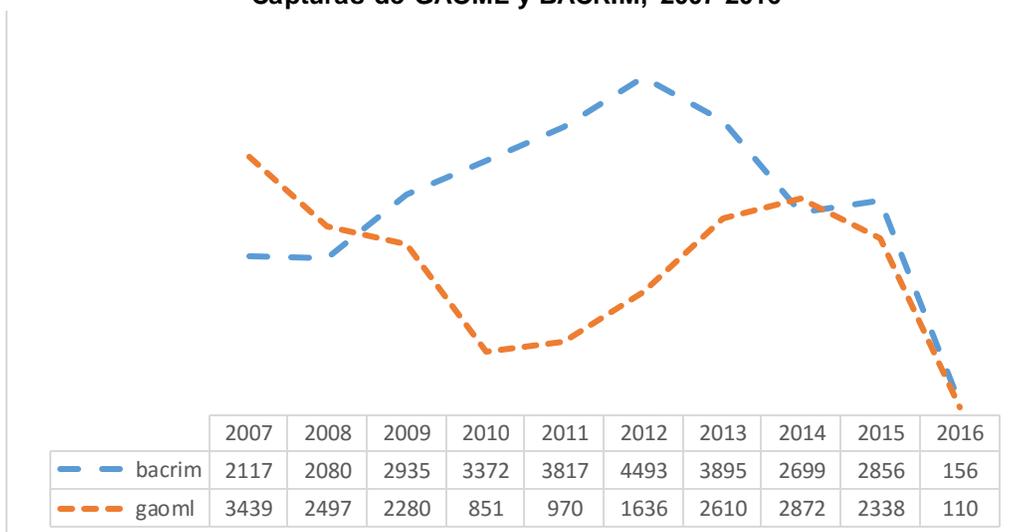
articularse adecuadamente con las desempeñadas por la Policía Nacional, para evitar confusión de funciones, entorpecimiento o que se desarrollen esfuerzos no coordinados en la persecución de estos grupos.

- Sería importante detallar cuál es el ámbito de competencia para el desarrollo de las actividades militares, garantizando así que éstas no van a interferir con las garantías y derechos de los ciudadanos que se vean en medio de dichas operaciones. En este sentido habría que plantearse muchas preguntas, por ejemplo: ¿El Ejército Nacional podría adelantar operaciones en zonas urbanas?, ¿con qué intensidad?; ¿cuáles serían los presupuestos para que estas operaciones se pusieran en marcha?
- Independientemente de cualquiera que sea la estrategia que se proponga para enfrentar las estructuras armadas dedicadas a delinquir, es importante que éstas se articulen y se diseñen en consonancia con la política criminal del Estado buscando evitar elecciones arbitrarias por parte del Gobierno Nacional.

De otra parte, al analizar algunos resultados operacionales en relación con grupos armados al margen de la ley también se puede notar, o por lo menos cuestionar, la formulación de la imperiosa necesidad de la acción de las Fuerzas Armadas a través de operaciones militares para enfrentar el fenómeno. Entre 2007 a 2016, fueron capturados 17.203 miembros de grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML). Por su parte, de las BACRIM en el mismo período fueron 28.420. En cuanto a las muertes de miembros de estas estructuras, suman para los primeros 5.981 y 1.286 para los segundos.

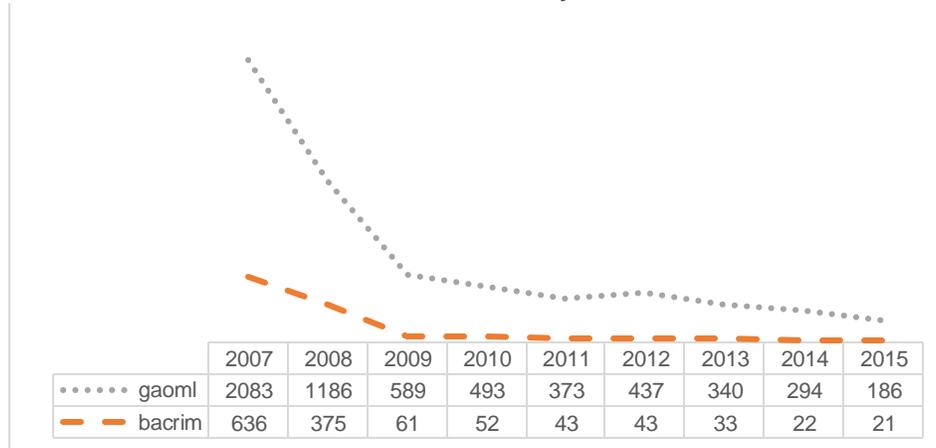
7

Capturas de GAOML y BACRIM, 2007-2016



Bogotá D.C., Colombia

Muertes de miembros de GAOML y BACRIM, 2007-2016



Elaboración: Observatorio de Política Criminal – DPCP, MJD

Fuente: Logros de la Política de Defensa y Seguridad Todos por un Nuevo País. Ministerio de Defensa Nacional, enero 2016

Como se puede notar, no son pocos los resultados operacionales en relación con los miembros de estos grupos, por lo menos si se observa desde la óptica del impacto numérico a los miembros de estas estructuras.

8

Es así que el Consejo Superior de Política Criminal reitera la necesidad de que las estrategias del Estado que se adelanten en relación con los miembros de estos grupos se articulen e interrelacionen, reconociendo como punto de partida las diferencias existentes entre las estrategias militares, las de policía y las político-criminales de persecución, investigación y judicialización de estas estructuras.

En este sentido, recientemente la Corte Suprema de Justicia, desde el punto de vista de la justicia penal, ha reconocido que la macrocriminalidad es un “fenómeno que trasciende el ámbito de la empresa criminal para incursionar en un aparato delincuenciales organizado y jerarquizado, orientado a desarrollar múltiples frentes delictivos dentro de una amplia cobertura geográfica, no puede ser investigada en forma tradicional como si se tratara de una gran cantidad de hechos aislados”⁹.

También la comunidad internacional ha reconocido los grandes retos que los nuevos actores armados y los fenómenos criminales que vienen con ellos. Para enfrentarlos, abogan por enfoques que eviten el protagonismo de la violencia armada, combinando diferentes niveles y focos de intervención, que van desde los niveles de seguridad y justicia, de reducción de la violencia a través del diálogo y la mediación, de incentivos políticos y gubernamentales y, finalmente, de rehabilitación socioeconómica y de desarrollo. Por su parte, los enfoques de

⁹ Corte Suprema de Justicia, SP16258-2015 Radicación No. 45463 Aprobado Acta No. 424, M. José Luis Barceló Camacho, noviembre 25 de 2015.

intervención desarrollan estrategias concentradas en las estructuras, en las comunidades y en las instituciones¹⁰.

En definitiva, no son fenómenos asociados a grupos de “delincuentes de barrio”, ni tampoco simples estructuras de empresas criminales; así mismo, sí representan grandes retos para la consecución de una paz estable y duradera, y difícilmente se pueden “enfrenta[r] con las mismas armas, con la misma capacidad ofensiva [y] con los mismos cuerpos”¹¹ con los que se responde a fenómenos criminales de menor complejidad. Sin embargo, la propuesta de autorización contenida en el Proyecto de Ley no resulta ser la respuesta a esta complejidad.

Por último, es pertinente mencionar que, como se ha indicado de manera reiterada, las medidas -como las leyes- que se adopten en materia de política criminal y también en materia de políticas de seguridad, deben basarse en fundamentos empíricos sólidos, actualizados y pertinentes. Por tal motivo, el Consejo Superior de Política Criminal considera necesario reiterar la importancia de que las exposiciones de motivos de los Proyectos de Ley muestren en su argumentación que las medidas son aptas para enfrentar, no solo adecuadamente, sino también conforme a la Constitución, los fenómenos criminales seleccionados.

9

Por ello, en este examen particular es preciso destacar que la preocupante percepción de inseguridad por parte de la ciudadanía, que afecta también de manera importante la confianza en las instituciones del Estado en todas sus ramas, no son una razón suficiente para adoptar las medidas que se proponen, que consisten en atacar militarmente a determinados objetivos que difícilmente ostentan la calidad de actor armado en un conflicto no internacional. En ese sentido, el hurto a celulares, el hurto a residencias y la extorsión -los ejemplos presentados en la exposición de motivos-, si bien son realidades preocupantes que requieren atención por parte del Estado y su política criminal, no pueden ser factores determinantes para autorizar a la Fuerza Pública para que diseñe, ejecute, desarrolle y conduzca acciones, operaciones y procedimientos en el marco de lo permitido en el Derecho Internacional Humanitario, contra grupos criminales.

¹⁰ El esquema mencionado se encuentra en una publicación reciente de Naciones Unidas dedicada a analizar las dimensiones y los retos de emergentes grupos armados no estatales que desestabilizan procesos y estados de paz a múltiples niveles, registrando niveles más o menos locales -como es el caso de bandas criminales, milicias paramilitares, remanentes de grupos rebeldes mutados, grupos de crimen organizado (callejero, piratas, etc)-, así como amenazas continentales y mundiales (Estado Islámico y Boko Haram, por ejemplo). United Nations System Staff College. *Understanding a new generation of non-state armed groups*. Turin, 2015, p. 25. Disponible en: https://www.unssc.org/home/sites/unssc.org/files/non-state_armed_groups_-_dialogue_series_2014.pdf

¹¹ De la exposición de motivos del Proyecto de Ley bajo examen.

Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal considera que el Proyecto de Ley 175 de 2015 Cámara “Por medio de la cual se dictan medidas para combatir los grupos criminales armados y organizados dentro del territorio nacional”, que busca autoriza el desarrollo de operaciones militares para combatir la criminalidad organizada es inconveniente como estrategia de política criminal.

En primer lugar, su regulación resulta innecesaria porque la aplicación de las normas del DIH no dependen de una autorización de una ley elaborada por una Alta Parte Contratante que ha suscrito los convenios y protocolos, sino de la configuración de un estado de cosas que exija la observación y respeto de las reglas contenidas en el derecho internacional.

En su lugar, lo que sí resulta necesario es la creación de un cuerpo normativo que permita definir de manera concreta los protocolos y actuaciones pertinentes que deban realizarse en cabeza de la Fuerza Pública en situaciones que el DIH permite y autoriza, como, por ejemplo, en los casos de los bienes de naturaleza mixta, en la ventaja militar definida, los daños colaterales, entre otros. En otras palabras, la necesidad de positivizar y desarrollar las normas consuetudinarias del DIH aplicable a los conflictos armados internos, así como de concretar su contenido frente a las situaciones de mayor ocurrencia en el escenario nacional.

10

En segundo lugar, es inconveniente dado que su propuesta no concuerda con las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario en relación con el desarrollo de operaciones militares en contra de miembros de grupos de criminalidad organizada.

Por último, el Consejo Superior de Política Criminal reitera la importancia de no confundir las estrategias estatales de lucha contra las amenazas al régimen constitucional, a la defensa y a la seguridad nacional, con las estrategias de prevención y control de los fenómenos criminales.

Elaboró: Ricardo Antonio Cita Triana y Antonio José Pinzón Laverde

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaria Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co