

Consejo Superior de Política Criminal

Estudio al Proyecto de Ley 129 de 2015 Senado "Por medio de la cual se contemplan beneficios penales y tratamiento diferenciado para los miembros de la Fuerza Pública de Colombia que han sido condenados y son procesados por conductas punibles cometidas en operaciones u operativos para el mantenimiento y el restablecimiento del orden público"

Proyecto de Ley 129 de 2015 Senado	
Autor	Senadores María del Rosario Guerra, Álvaro Uribe, Paloma Valencia, Alfredo Rangel, José Obdulio Gaviria, Iván Duque Márquez, Fernando Nicolás Araujo, Orlando Castañeda, Daniel Cabrales, Everth Bustamante, Ernesto Macías, Carlos Felipe Mejía, Nohora Tovar Rey, Susana Correa, Rigoberto Barón, Honorio Henríquez y Paola Holguín. Representantes Wilson Córdoba, Federico Eduardo Hoyos, Margarita Restrepo, Esperanza Pinzón, Edward Rodríguez, Hugo Hernán González y Rubén Darío Molano.
Fecha de Presentación	25 de noviembre de 2015
Estado Actual	Pendiente discutir ponencia para primer debate en Senado
Referencia	Concepto 16.08

1

El estudio de este borrador de Proyecto de Ley se hace con base en el documento que aparece publicado en la Gaceta del Congreso Número 971 de 25 de noviembre de 2015. El examen del texto fue estudiado y analizado por el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal y el presente concepto recoge las conclusiones de dicha discusión.

1. Objeto del proyecto de ley

De acuerdo con la exposición de motivos del Proyecto de Ley, este tiene por objeto reconocer “[el] sacrificio que por la patria hacen los miembros de la Fuerza Pública otorgándole beneficios jurídicos a quienes han recibido condenas o están siendo procesados por la justicia, por la presunta comisión de delitos en operaciones de orden público. Igualmente, este Proyecto de Ley propende por la mitigación de los efectos de la falta de seguridad jurídica de la que han sido objeto los policías y militares”.

Bogotá D.C., Colombia

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

Acerca de la inseguridad jurídica, se hace referencia al problema que representa el hecho de que en muchas ocasiones los miembros de la Fuerza Pública sean juzgados por la justicia ordinaria, lo que “genera entre las tropas una inmensa e insuperable desconfianza pues, en muchos casos esos fiscales y jueces han demostrado que no tienen ni la imparcialidad, ni la objetividad, ni el conocimiento necesario para impartir justicia”.

Así, se afirma que es necesario que los comportamientos delictivos sean juzgados e investigados por personas con conocimientos específicos en actividades de combate y uso legítimo de armas. Todo esto implica un desconocimiento de la garantía del debido proceso en lo que respecta al juez natural. Adicionalmente, se hace referencia a las cifras de miembros de la Fuerza Pública privados de la libertad en establecimientos de reclusión administrados por el Inpec, indicando si fueron condenados por la justicia ordinaria o especializada y se hace referencia a demandas contra el Estado por privación injusta de la libertad. Alegan los autores del proyecto que, como consecuencia de la inseguridad jurídica a que se somete a los miembros de la Fuerza Pública, éstos sufren desmoralización y se reduce su capacidad operativa ante el constante temor de respuestas punitivas.

2

Como consecuencia de lo anterior, lo que se pretende con el Proyecto consiste en “hacer un reconocimiento a la labor de la Fuerza Pública en defensa de las instituciones democráticas y de la libertad y el bienestar de los ciudadanos. Lo anterior, ofertándoles unas soluciones jurídicas penales a los miembros, que en mala hora, se excedieron en el ejercicio de sus funciones constitucionales”. Además, se aclara que no se pretende un indulto, amnistía o impunidad, toda vez que no se están extinguiendo las acciones penales o dejando de ejecutar las sanciones.

Finalmente, se sostiene que no puede equipararse el tratamiento otorgado a los miembros de la Fuerza Pública con el que se le dé a miembros de grupos armados ilegales, así como su suerte no puede depender de las negociaciones con aquéllos.

2. Contenido del proyecto

El borrador de Proyecto de Ley consta de 8 artículos, que pueden sintetizarse así:

- Los primeros tres artículos establecen:
 - i) Objeto, limitándolo al tratamiento diferenciado para miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido delitos cometidos con anterioridad a su expedición en operaciones militares u operativos

- policiales para el mantenimiento y restablecimiento del orden público (art. 1).
- ii) Ámbito, interpretación y aplicación normativa, donde se reitera el objeto, y se amplían las operaciones militares u operativos militares también a aquéllos dirigidos a la protección de la vida e integridad de los demás individuos.
 - iii) Establece definiciones de los conceptos de operaciones militares para el mantenimiento y restablecimiento del orden público, operativos policiales de orden público, y procesados y condenados por delitos cometidos en operaciones de orden público; la primera se define como toda acción u operación contra grupos armados ilegales organizados para lograr objetivos de cualquier batalla o campaña; la segunda, como actividades realizadas por parte de la policía para prevenir o reprimir acciones de grupos armados organizados, así como aquellas operaciones que lleva a cabo la policía con el fin de mantener el orden público y la seguridad, y prevenir el crimen; y, en tercer lugar, se establece como sujetos de aplicación de la Ley a los miembros de la Fuerza Pública involucrados en este tipo de actividades.

3

- Los artículos 3, 4 y 5 establecen los requisitos para acceder a la libertad condicional para personas condenadas a pena privativa de la libertad por penas cometidas en operaciones militares y operativos policivos, indicando los documentos que se deben adjuntar y el tiempo para la respuesta (art. 4); de igual manera, los artículos 5 y 6 de la iniciativa regulan lo referente a las obligaciones del subrogado de la libertad condicional y su revocación.
- El artículo 7 establece que una vez cumplidos seis meses de detención preventiva para los casos previstos en la propuesta, ésta deberá reemplazarse por prisión domiciliaria con la obligación del procesado de someterse a mecanismo de vigilancia electrónica. Los párrafos estipulan los documentos que se deben exigir a la persona, así como la obligación de la autoridad de resolver la petición dentro de los 15 días hábiles siguientes.

En síntesis, con el proyecto se pretende hacer menos exigentes los requisitos para que los miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido delitos o estén siendo procesados por ellos en el desarrollo de operaciones militares o policiales accedan a la libertad condicional o se reemplace la detención preventiva en establecimiento de reclusión. De igual manera, con respecto de su aplicación temporal, debe indicarse que las medidas consagradas en ella tendrían vigencia para hechos cometidos con antelación a la ley, es decir, tiene una vigencia retroactiva.

Gráfico 1. Esquema general de la propuesta



Fuente: Elaboración propia

3. Observaciones político–criminales al Proyecto de Ley 129 de 2015 Senado "Por medio de la cual se contemplan beneficios penales y tratamiento diferenciado para los miembros de la Fuerza Pública de Colombia que han sido condenados y son procesados por conductas punibles cometidas en operaciones u operativos para el mantenimiento y el restablecimiento del orden público"

4

En relación con este Proyecto de Ley el Consejo Superior de Política Criminal debe señalar que no es conveniente si se tiene en cuenta dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, las negociaciones de paz que se adelantan actualmente con distintos grupos armados necesariamente incidirán en el tratamiento diferenciado que se dé a miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido algunas infracciones en el marco de operativos dirigidos al mantenimiento del orden público y a enfrentar a grupos armados al margen de la ley; en ese sentido, se estima pertinente esperar al desarrollo de los acuerdos que se logren en ese contexto.

De otra parte, es menester indicar que, en todo caso, la iniciativa se estima inconveniente e innecesaria, así como el contenido del articulado muestra inconsistencias con respecto a los argumentos planteados en la exposición de motivos y establece un trato diferenciado injustificado para quienes hayan cometido delitos o se estén procesando cuando aquéllos se presenten en el marco de operativos policivos o militares. A continuación se desarrollan estos planteamientos.

3.1. No hay una justificación suficiente para legitimar el tratamiento diferencial propuesto

3.1.1. Caracterización del régimen diferenciado presentado en la propuesta

En términos generales, de acuerdo con la iniciativa legislativa, se pretende flexibilizar los requisitos formales y materiales para que los miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido delitos en desarrollo de actividades policiales y militares accedan a la libertad condicional y se restrinja la prolongación de la detención preventiva.

En lo que se refiere al régimen aplicable para la libertad condicional, como requisito de fondo, se exige que la persona haya cometido un delito en el marco de operaciones policiales y militares de orden público, que haya cumplido una tercera parte de la pena impuesta, que presente buena conducta, al tiempo que se establece un período de prueba correspondiente a lo que le falta para el cumplimiento total de la pena. Por su parte, la regulación consagrada para todos los demás eventos en el artículo 64 del Código Penal es más exigente, como puede observarse en el cuadro comparativo que se presenta a continuación.

5

Cuadro 1: Libertad condicional – régimen general vs. Régimen especial propuesto

Libertad Condicional Art. 64 CP	Libertad Condicional Proyecto de Ley
El operador judicial debe hacer una valoración previa de la conducta punible	No se exige este requisito
La persona debe haber cumplido tres quintas partes (60%) de la pena	La persona debe haber cumplido una tercera parte (33,3%) de la pena
Su adecuado desempeño durante el tratamiento penitenciario debe permitir suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena	Presentar buena conducta durante el cumplimiento de la pena
Demostrar arraigo familiar y social	No hay exigencia en ese sentido
Concesión supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento de su pago	No hay referencia a reparación de la víctima
Periodo de prueba equivalente al tiempo que falte para cumplir la condena, y cuando éste sea inferior a tres años, el juez podrá extenderlo hasta en otro tanto de considerarlo necesario	Periodo de prueba equivalente al tiempo que falte para cumplir la condena, sin posibilidad de que el juez lo extienda
Exclusión por delitos de terrorismo, secuestro y algunos cometidos contra menores de edad (art. 26 L 1126 de 2006 y art. 199 L. 1098 de 2006).	No contempla ningún tipo de exclusión o restricción en relación con la conducta punible o su valoración.

Fuente: Elaboración propia

Así, el nivel de cumplimiento de la pena es mucho menor para quienes cometan delitos en el marco de operaciones militares y policiales, al tiempo que no se hace referencia a los avances que manifieste la persona en el tratamiento penitenciario, sino simplemente a que haya observado buena conducta; lo propio puede afirmarse en relación con la existencia de arraigo familiar y social. En ese contexto, debe resaltarse que en nuestro sistema jurídico la pena privativa de la libertad tiene como objetivo primordial la reinserción social del condenado y las medidas que impliquen su sustitución deben atender fundamentalmente a los criterios de necesidad y progresividad del tratamiento, requisitos que no son tenidos en cuenta la propuesta aquí contemplada.

De igual manera, se presentan las mismas obligaciones para quien goza de la libertad condicional, con la excepción de que en el régimen especial propuesto no se exige la reparación de los daños causados con el delito. Como puede observarse, en el articulado propuesto hay un desconocimiento de los derechos e intereses de las víctimas de las conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública. Tampoco se hace referencia a disposiciones normativas que excluyen de todo tipo de subrogados o beneficios judiciales a los autores de ciertos comportamientos, como ocurre en el régimen ordinario en relación con los delitos contemplados en los artículos 26 de la Ley 1126 de 2006 y 199 de la Ley 1098 de 2006.

6

De otra parte, en lo que se refiere al régimen de duración máxima de la detención preventiva en establecimiento de reclusión, también se contemplan medidas diferenciadas para la población objeto de la iniciativa, particularmente en cuanto se prescribe que su duración máxima será de seis meses y será sustituida por la detención domiciliaria acompañada de mecanismo de vigilancia electrónica, nuevamente, sin hacer distinción entre los delitos cometidos o las complejidades que puede implicar la investigación penal de ciertos procesos. El régimen diferenciado se presenta en el siguiente cuadro.

Cuadro 2: Regulación término máximo detención preventiva en establecimiento de reclusión régimen actual vs propuesta

Duración máxima detención preventiva (art. 307 L 906 de 2004)	Duración máxima detención preventiva régimen especial propuesta legislativa
Regla general: un año	Seis meses
Prorrogable hasta por un año adicional cuando se trate de delitos de competencia de la justicia especializada, actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011 y sean tres o más los imputados	No prorrogable
Podrá reemplazarse por otra de las medidas contempladas en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, previa solicitud del fiscal o del	Deberá sustituirse por la prisión domiciliaria acompañada de mecanismo de vigilancia electrónica

apoderado de la víctima

Fuente: Elaboración propia

En relación con el régimen diferenciado propuesto, debe señalarse que el régimen general que se encuentra consagrado en la Ley 906 de 2004 se introduce por la reforma de la Ley 1760 de 2015 que pretende incorporar el criterio de *plazo razonable* de la prisión cautelar consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde una perspectiva teleológica, la norma pretende, procurando respetar los derechos a la libertad y al debido proceso, particularmente en lo que a la presunción de inocencia concierne, restringir la prolongación excesiva de la detención preventiva que puede implicar la vulneración de derechos fundamentales a quienes se encuentran procesados penalmente, así como dar un plazo razonable al Estado para que adelante la investigación y judicialización de la persona, garantizando con ello los fines de la detención preventiva (proteger a la comunidad y las víctimas y evitar que se alteren los medios de prueba o se evada la acción de la justicia, tal como aparece consagrado en el artículo 250 constitucional); en ese contexto, no deja de ser problemático plantear ese tratamiento diferenciado si se toman en cuenta consideraciones político criminales y de igualdad: en relación con lo primero, debe indicarse que muchos actos delictivos cometidos en el marco de operaciones militares y policiales implican complejidades en la investigación que probablemente no puedan subsanarse en tan solo seis meses como se pretende en la reforma, y más aún, cuando se trate de delitos con participación de tres o más personas o infracciones al Derecho internacional Humanitario.

En cuanto a la igualdad, como se señalará más adelante, hay un trato diferenciado injustificado para los miembros de la Fuerza Pública, manteniéndose un régimen de restricción cautelar de la libertad mucho más extendido para las demás personas, e incluso miembros de la Fuerza Pública que se estén procesando por delitos en otros escenarios.

De igual manera, debe señalarse que la sustitución automática de la detención preventiva por prisión domiciliaria acompañada de mecanismo de vigilancia electrónica, sin importar el término en que se dé, no necesariamente es la medida más adecuada si se tiene en cuenta que ya hay una consolidada línea jurisprudencial donde se plantea que la evaluación de las medidas sustitutivas a la reclusión intra-mural en el marco del proceso penal debe atender a los criterios de proporcionalidad, racionalidad, necesidad y gradualidad.

3.1.2. La licitud del uso de la fuerza en el marco del DIH

Otra observación general que debe hacerse a la propuesta legislativa consiste en señalar que en el marco del Derecho Internacional Humanitario el uso de la fuerza es lícito y permitido por lo que las actuaciones, que respetando dicha normatividad se adelanten en operativos policivos o militares, se encuentran amparadas por el manto de la legalidad. Siendo ello así, podría afirmarse en principio que cuando existan condenas o procedimientos penales que implican la privación cautelar de la libertad de una persona es porque esos ámbitos de regulación se han excedido de una manera relevante o al menos se tiene una inferencia razonable de que ello ha ocurrido y en ese contexto no habría lugar a un tratamiento diferenciado con respecto de otras personas que han incurrido en conductas punibles.

El Consejo Superior de Política Criminal, nuevamente, considera que esta es una buena oportunidad para instar del Congreso de la República sobre la necesidad de reglamentar la implementación del Derecho Internacional Humanitario en Colombia en el marco del Acto Legislativo 01 de 2015.

3.1.3. La sustentación contenida en la exposición de motivos no es suficiente ni conducente para justificar las medidas diferenciadas propuestas

8

Ahora bien, podría afirmarse, como parece hacerse en el proyecto, que los miembros de la Fuerza Pública no cuentan con garantías suficientes en la medida en que ha habido una tendencia restringir el ámbito de actuación de la Justicia Penal Militar, y que los jueces y fiscales de la justicia ordinaria no tienen suficiente conocimiento de lo que implican este tipo de operaciones, por lo que muchas veces las condenas resultan de una inadecuada aplicación del derecho.

Frente a este planteamiento, el Consejo Superior de Política Criminal considera que en la actualidad existe una consolidada línea jurisprudencial que permite establecer criterios objetivos para eventos en que se deba recurrir a la competencia de la Justicia Penal Militar, pues debe recordarse que a ésta compete conocer sobre los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública y en relación con el mismo servicio, tal como se establece en el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, recientemente reformada por el Acto Legislativo 01 de 2015.

De igual manera, quienes consideren que se les ha sometido ilícitamente a la competencia de la justicia ordinaria o se les ha impuesto una sanción injusta pueden acudir a los recursos y acciones judiciales del caso. Como consecuencia de lo anterior, tampoco podría afirmarse que esta situación de supuesta vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de la Fuerza pública ante las actuaciones de la justicia ordinaria sea suficiente para justificar la discriminación

propuesta en la iniciativa legislativa. En todo caso, si se considera que las competencias de la Justicia Penal Militar están mal definidas o se les está dando una aplicación inadecuada, la propuesta de reforma debería apuntar a las disposiciones que regulan esa materia.

4. Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal considera que la propuesta normativa puesta a su consideración es inconveniente y en ese sentido rinde concepto negativo, principalmente por considerar que no existe una justificación adecuada para el tratamiento diferencial propuesto, pues no existe una coherencia clara entre los objetivos perseguidos por el Proyecto, su justificación y el contenido normativo del mismo.

De igual manera, el contenido normativo propuesto no logra responder de manera suficiente a los fines constitucionales de la pena, el respeto por los derechos de las víctimas de conductas punibles ni los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento.

Así mismo, la justificación basada en la supuesta vulnerabilidad a que son sometidos los miembros de la Fuerza Pública por las restricciones del fuero penal militar y la falta de idoneidad de jueces y fiscales ordinarios para juzgarlos e investigarlos es insuficiente, desconocedora de la realidad normativa e institucional del país y no tiene como consecuencia necesaria que se haga una reforma del carácter que se propone.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

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

Elaboró: Antonio José Pinzón Laverde , DPCP/MJD
Aprobó: Comité Técnico CSPC