



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 357

Bogotá, D. C., jueves, 18 de mayo de 2017

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 04 DE 2017 SENADO

por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado.

HSALM-725-17

Doctor

CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Presidente

Comisión Primera

Honorable Senado de la República

E. S. M.

Referencia: Informe de Ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 04 de 2017 Senado, por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado.

En los siguientes términos rindo ponencia para primer debate del proyecto de la referencia, al cual fui designado como ponente por la Mesa Directiva de Comisión Primera de Senado.

ANTECEDENTES DEL PROYECTO

Este proyecto de Acto Legislativo fue presentado por el señor Ministro del Interior, el día 4 de abril del año 2017, en desarrollo del Procedimiento Legislativo Especial establecido en el Acto Legislativo número 01 de 2016. Fui designado como ponente por la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República el día 25 de abril mediante Acta MD – 23.

Contenido del texto definitivo presentado por el Gobierno nacional a través del Ministro del Interior.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 04 DE 2017

por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado.

El Congreso de Colombia

En virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz,

DECRETA:

Artículo 1°. Como una garantía de No Repetición y con el fin de contribuir a asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, y en particular de la Fuerza Pública, en todo el territorio, se prohíbe la creación, promoción, instigación, organización, instrucción, financiación, apoyo, tolerancia, encubrimiento o favorecimiento de grupos civiles armados organizados ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus estructuras o prácticas, grupos de seguridad ilegales o de justicia privada u otras denominaciones equivalentes.

La ley regulará los tipos penales relacionados con estas conductas.

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

CONSIDERACIONES GENERALES

Desarrollo del paramilitarismo en Colombia¹

Luego de un enfrentamiento de más de medio siglo, el Gobierno nacional y las FARC-EP acordaron poner fin de manera definitiva al conflicto armado in-

¹ Construcción Colectiva CCJ, CSPP, CCEEU, MOVICE, Indepaz, CAJAR y expertos que conforman la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad entre otros.

terno el 24 de noviembre de 2016. El inicio de la implementación y del desarrollo normativo del Acuerdo de Paz, a partir de su referendación por el Congreso de la República el 29 y 30 de noviembre de 2016, fue efectuado conforme a las facultades de control político atribuidas al Congreso por la Constitución, según concepto del Consejo de Estado².

El Acuerdo Final contiene seis puntos que pretenden contribuir a las transformaciones necesarias para sentar las bases de una paz estable y duradera. El punto tercero relativo al Fin del Conflicto se incorpora el “*Acuerdo sobre garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo*”. En este punto, el Gobierno nacional se compromete, entre otros, a “poner en marcha el proceso legislativo necesario para incorporar a la Constitución la prohibición de la promoción, organización, financiación o empleo oficial y/o privado de estructuras o prácticas paramilitares y a desarrollar las normas necesarias para su aplicación, que incluirán una política de persecución penal, sanciones administrativas y disciplinarias”.

La necesidad de incorporar esa prohibición en la Constitución Política surge del carácter prolongado de un fenómeno que ha funcionado históricamente como uno de los instrumentos de la discriminación por motivos de las opiniones políticas y acciones de reivindicación de derechos. Es una necesidad que nace también del impacto que, a lo largo de varias décadas, ha generado en términos humanitarios y económicos por la producción masiva de víctimas de exterminio, terror y destierro; y en términos políticos por el daño a bienes jurídicos que son pilares de una sociedad democrática como el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, las libertades de asociación, conciencia, expresión y difusión del pensamiento, opinión, reunión y manifestación pública y pacífica). Para comprender esto es necesario recordar en breve los aspectos que a continuación se exponen.

A comienzos de la década del sesenta, en los albores del Frente Nacional – que surgió como fórmula de solución para poner fin al enfrentamiento violento entre partidarios conservadores y liberales– la relación de enemistad fue anunciada como una lucha ideológica y material contra todas las expresiones internas del comunismo, siguiendo las tendencias del contexto internacional y afianzando lo que ya era una práctica política interna. Para la época, el ejecutivo esgrimió la necesidad de una toma de postura en el marco del antagonismo de la denominada Guerra Fría y las conferencias militares interamericanas impartieron orientaciones sobre la seguridad hemisférica al considerar que estaba amenazada por la doctrina comunista.

² CONSEJO DE ESTADO – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto con radicado número 2323 del 28 de noviembre de 2016. 2016.

En ese período el concepto de defensa nacional fue objeto de una redefinición que permitía contemplar no solo los riesgos de agresión exterior sino también la conmoción interior, no solo el tiempo de la guerra sino el de la paz. Según el Brigadier General Fernando Landazábal Reyes, era necesario aceptar “[...] un nuevo criterio de defensa, basado no solamente en las formaciones armadas, sino en la unificación de un consenso nacional, que estructurado, cimentado y sostenido en la conciencia colectiva de las masas, dirija el esfuerzo soberano del pueblo en la conservación y garantía de su primer objetivo: La Seguridad Nacional”.³

Las fuerzas militares advirtieron que en el escenario internacional se estaba ante un tránsito de la guerra convencional a la guerra irregular. Esta correspondía a la guerra de guerrillas o guerra revolucionaria y fue identificada como una nueva modalidad bélica, la guerra del futuro y un instrumento comunista para la toma del poder.⁴ Dicha apreciación partía del impacto de casos como Indochina y Cuba así como de las reflexiones sobre las características de la guerra entre partidarios liberales y conservadores (1949-1958). Estas situaciones indicaban “un nuevo tipo de acción bélica, totalmente diferente a los sistemas de la guerra “clásica”, “Convencional” o “regular” para la cual se preparan todos los ejércitos. Este nuevo fenómeno es el que ha sido llamado la “Guerra de Guerrillas” y como es una modalidad específica dentro del campo de la profesión militar, debe y tiene que ser estudiada, conocida y analizada a fondo [...]”.⁵

Ese tránsito advertido de la guerra convencional a la guerra irregular llegó a considerar la necesidad de un cambio en la mentalidad militar, la instrucción y en la estrategia así como el estudio de la guerra de guerrillas. En 1962, el editorial de la Revista del Ejército decía:

“Esta mentalidad consiste en llegar a la conclusión de que la guerra de guerrillas será una situación que tendremos que afrontar por tiempo imprevisible y que, en consecuencia, todo el Ejército y también la Fuerza Aérea [...] deberán adoptar programas de instrucción y procedimientos de combate inspirados en este concepto, dejando de considerar la situación vivida hasta ahora como algo transitorio para abocarla con el convencimiento de que estamos librando una batalla que tenemos que ganar, y que los procedimientos de guerra de guerrillas no deben seguir siendo mirados como algo adicional a los de la guerra regular sino que la guerra irregular es algo que ha venido a quedarse [...]”.⁶

³ LANDAZÁBAL REYES, Fernando (Brigadier General), “El estado actual de la subversión”, en: *Revista del Ejército*, número 50 de 1973, p. 11-12.

⁴ LÓPEZ CARDONA, Bernardo (Capitán), “Algunos procedimientos empleados por las guerrillas comunistas en Colombia”, en: *Revista del Ejército*, volumen 2, número 9, agosto de 1962, página 573.

⁵ FORERO D., José Gonzalo (Teniente Coronel), “Preparación de los cuadros para la lucha contraguerrillas”, en: *Revista del Ejército*, volumen 2, número 8, junio de 1962, página 347.

⁶ COMANDO DEL EJÉRCITO, “Notas editoriales”, en: *Revista del Ejército*, vol. 2, número 7, abril de 1962, p. 131.

En medio de las tareas de enfrentamiento de la violencia tardía del conflicto bipartidista, los balances sobre las estrategias desplegadas durante Este y la identificación de los problemas afrontados por otros ejércitos en la guerra antiguerrillas, se identificó la importancia de las medidas de autodefensa en el país. Esta, decía un artículo del Batallón de Artillería número 6 Tenerife en 1962, “busca organizar la población civil de un área homogénea para que sea capaz de neutralizar la acción de los violentos durante un tiempo limitado, mientras llega el Ejército a relevarlos y a desarrollar una acción definitiva”.⁷ El objetivo primario del mecanismo de autodefensa era que “el campesinado en forma conjunta se acostumbre a defender sus vidas, honras y haciendas sistemáticamente, convencidos de la necesidad de la cooperación franca y sincera de las gentes de bien contra la delincuencia organizada en los campos. Hay que llevarlos al convencimiento de que los antisociales son gente que ante la reacción del campesinado tendrán que desaparecer de los campos”.⁸

Estas consideraciones estuvieron seguidas por desarrollos normativos que organizaron la defensa nacional y tras considerar la carencia de un instrumento legal en dicha materia, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto 121 de la Constitución, expidió el Decreto 3398 en diciembre de 1965, el cual estableció la obligación de cooperación de todas las personas naturales y jurídicas en la defensa nacional y autorizó la entrega de armas de uso privativo de las fuerzas militares a civiles: “El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de sus comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”. Asimismo, habilitó la participación de civiles en las tareas que fortalecieran la seguridad interior a través de organizaciones como el servicio de defensa civil, el cual planteaba un sistema de protección prestado por civiles en coordinación con las autoridades militares para menguar o prevenir los daños ocasionados por las perturbaciones del orden público.

Con ponencia del Magistrado Aníbal Cardozo Gaitán, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible dicho decreto (a excepción una parte del artículo 34).⁹ Y en diciembre de 1968, mediante la promulgación de la ley 48, se adoptó como legislación permanente la mayoría de las disposiciones de dicho decreto legislativo. Según quedó consignado en uno de los informes de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ante la Comisión de Derechos “Dentro de este marco, miembros de las fuerzas armadas dotaron de armamento, entrenaron y prestaron apoyo logístico

a estos grupos para apoyar a la Fuerza Pública en zonas de conflicto. Algunas personas que veían amenazados sus intereses vieron con buenos ojos la creación de las “autodefensas”, y apoyaron sus actividades”.¹⁰

El estudio de la guerra de guerrillas llevó a identificar diversos tipos de acciones para la lucha contra los grupos guerrilleros, dentro de las cuales se contaban las “acciones sociológicas” como la “organización de la población” en dos tipos de estructuras la defensa civil y la autodefensa como mecanismo de integración de los esfuerzos de la población en la defensa nacional.¹¹ Para la organización de la autodefensa cuyo propósito era defenderse contra agresiones armadas se aconsejaba, entre otros adoctrinamiento, instrucción y entrenamiento, suministro de armas y municiones.¹²

Los manuales militares de combate contraguerrillas incluyeron disposiciones para “organizar en forma militar a la población civil para que se proteja contra la acción de las guerrillas y apoye la ejecución de operaciones de combate”.¹³ En 1969, las juntas de autodefensa fueron definidas de la siguiente manera:

“(1) La Junta de autodefensa es una organización de tipo militar que se hace con personal civil seleccionado de la zona de combate, que se entrena y equipa para desarrollar acciones contra grupos de guerrilleros que amenacen el área o para operar en coordinación con tropas de acciones de combate.

(2) La junta de autodefensa se puede organizar en áreas en donde no se han presentado problemas de violencia para prevenir la formación de grupos armados, o donde se han destruido movimientos insurgentes para darle capacidad a la misma/población civil de rechazarlos en caso de que se vuelvan a presentar.

(3) La organización de junta de autodefensa debe hacerse con individuos escogidos y en áreas en donde se tiene absoluta certeza de que no se presentarán problemas mayores con el entrenamiento y entrega de armamentos.

(4) Una red de juntas de autodefensa, controladas por el Mando militar, representa un instrumento poderoso para la defensa de la nación contra ataques exteriores o interiores. Su organización debe, por lo tanto, estar bajo la dependencia militar en todo momento”.¹⁴

En 1982, el Manual combate contra bandoleros y guerrilleros definió respecto a las juntas de autodefensa que “Organizarlas, instruir las y apoyarlas debe ser

⁷ COMANDO DEL EJÉRCITO - Batallón de Artillería número 6 Tenerife, “Reflexiones sobre el sistema de autodefensa de la población civil”, en: *Revista del Ejército*, vol. 2, número 6, febrero de 1962, página 42.

⁸ COMANDO DEL EJÉRCITO - Batallón de Artillería número 6 Tenerife, “Reflexiones sobre el sistema de autodefensa de la población civil”, en: *Revista del Ejército*, volumen 2, número 6, febrero de 1962, página 43.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Plena, Sentencia del 12 de abril de 1967, En: *Gaceta Judicial*, tomos CXX-CXXI-CXXII-CXXIII, Bogotá, Imprenta Nacional, 1982, páginas 66-70.

¹⁰ OACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 54 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/16 9 de marzo de 1998, E/CN.4/1998/16.

¹¹ CABRERA, Jaime y GALVIS, Alirio, *et al.* (oficiales de caballería), “Sociología de las guerrillas marxistas (conclusión)”, en: revista del Ejército, volumen 7, número 31, diciembre de 1967, página 521.

¹² CABRERA, Jaime y GALVIS, Alirio, *et al.* (oficiales de caballería), “Sociología de las guerrillas marxistas (conclusión)”, en: revista del Ejército, volumen 7, número 31, diciembre de 1967, página 521.

¹³ COMANDO DEL EJÉRCITO, Reglamento de combate contraguerrillas (EJC 3-10 Reservado), Disposición 005 del 9 de abril de 1969, p. 316.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 317-318.

un objetivo permanente de la Fuerza Militar donde la población es leal y se manifiesta agresiva y decidida contra el enemigo. Con adecuada acción psicológica se logra la integración de la población, especialmente en las áreas de gente resentida con los bandidos, donde se les exigen cuotas, se les ha boleteado y ordenado desocupar y se les amenaza constantemente”.¹⁵

Entre finales de la década del setenta y comienzos del ochenta, en un contexto afectado de manera creciente por el fenómeno del narcotráfico, empezaron a hacer irrupción organizaciones de civiles armados que fueron conocidas como grupos de autodefensa. Entre las primeras se cuentan Los Escopeteros, las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá y Muerte a Secuestradores. Según sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el marco de la Ley 975 de 2005, la segunda de estas organizaciones fue impulsada por el Batallón Bárbara del Ejército y autoridades civiles con ganaderos, comerciantes afectados por la extorsión y el secuestro guerrillero;¹⁶ la tercera, con participación de narcotraficantes, se convirtió en un grupo élite que “que gracias al apoyo militar de estos grupos ilegales del Magdalena Medio, fueron instruidos y entrenados en estrategias castrenses”.¹⁷

Este tipo de agrupaciones actuaron contra las organizaciones guerrilleras, pero sobre todo contra la población civil clasificada como insurgente. Su victimización descansaba en la premisa según la cual dicha población participaba directa o indirectamente de las hostilidades, era elemento de seguridad o refugio, fuente de apoyo y reclutamiento, de inteligencia y suministros. Su victimización estaba concebida como una forma de debilitar a las fuerzas guerrilleras, pues de ella dependía su supervivencia.

En medio de la agudización de la violencia contra campesinos, dirigentes cívicos y activistas políticos y tras la masacre de La Rochela –atribuida a grupos paramilitares por el Procurador Delegado para los Derechos Humanos–, el 20 de febrero de 1983 la Procuraduría General de la Nación y un grupo de jueces de instrucción criminal presentaron un informe público sobre el MAS. Al referirse a los procesos penales adelantados contra dicha organización, el ministerio público informó sobre la existencia de cargos suficientes para vincular procesalmente 163 personas, de las cuales 59 eran miembros en servicio activo de las fuerzas armadas. La controversia con el ejecutivo y las fuerzas militares rodeó la publicación de dicho informe.

¹⁵ COMANDO DEL EJÉRCITO, Manual combate contra bandoleros y guerrilleros (EJC-3-101 Reservado), disposición 00014 del Comandante del Ejército, Mayor General Bernardo Lema Henao, junio 25 de 1982, página 84.

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 9 de diciembre de 2014, Magistrado Ponente: Rubén Darío Pinilla Cogollo (Radicado 110016000253-2006-82611), p. 25 y ss.

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 27 de agosto de 2014, Magistrado Ponente: Juan Guillermo Cárdenas Gómez (Radicado 110016000253 2008 83241), página 26.

En el segundo quinquenio de los ochenta, el proceso de organización de este tipo de asociaciones se difundió en varias regiones del país y con ello la violencia selectiva contra movimientos campesinos, sindicales y estudiantiles y el uso de la masacre de campesinos como mecanismo de terror. El Segundo Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Colombia, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1993, presenta un listado de 159 organizaciones que actuaban o habían actuado en el país en un lapso de diez años.¹⁸

En ese periodo inició el proceso de exterminio de la Unión Patriótica, la cual había sido fundada en marzo de 1985 como producto de los Acuerdos de la Uribe suscritos por un año antes el Gobierno de Belisario Betancur Cuartas y las FARC. Ese proceso, que marcaría la historia de la democracia colombiana, estuvo precedido por una controversia pública sobre el proselitismo armado y las responsabilidades sobre la violación de la tregua (acogida también por otros grupos guerrilleros), así como por las críticas al proceso de paz. Respecto al exterminio de dicho partido, uno de los combatientes paramilitares explicó posteriormente: “Todo el mundo sabe que la UP era un partido político creado por las FARC y dirigido por las FARC, por eso se ajusticiaron a muchos de sus miembros [...]. Nosotros le dábamos muerte a estas personas por su vinculación a la guerrilla y no por su pertenencia al partido comunista o la UP [...] Hay que reconocer que la sola pertenencia a la UP era un motivo para dar de baja a los miembros de este partido”.¹⁹ En 1992, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-439 en la cual conceptuó que “los integrantes de minorías políticas ostentan la condición de civiles que pueden verse afectados con ocasión de las actividades militares” y ordenó tutelar los derechos políticos de partidos minoritarios, en especial los surgidos de procesos de desmovilización. Pese a dicha orden, el exterminio de la Unión Patriótica siguió su curso.

En la medida en que estaba en juego el establecimiento de las responsabilidades, se hizo hegemónica la hipótesis sobre la pluralidad de las violencias y la crítica al supuesto sobredimensionamiento de la violencia política. Pero, también se acuñaron expresiones como “guerra sucia” que entrañaba una discusión sobre la ética de los medios en la guerra y aludía, veladamente, a la conformación de grupos paramilitares, las operaciones encubiertas de los organismos de seguridad y la victimización de civiles (en particular dirigentes políticos, sociales y sindicales, activistas de derechos humanos, periodistas y jueces) mediante homicidios selectivos, desapariciones forzadas y atentados a la integridad física con la finalidad de generar terror. En ese marco expresiones como grupos de justicia privada, escuadrones de la muerte, grupos de limpieza social y fuerzas oscuras fueron los recursos retóricos que sirvieron a la negación del fenómeno

¹⁸ OEA-CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.84, doc. 39 rev., 14 de octubre de 1993. Disponible en: www.cidh.oas.org, consultado el 20 de enero de 2006.

¹⁹ Versión libre de Ever Veloza García, alias “HH”, ante los fiscales de Justicia y Paz, Medellín, 9 de junio de 2008.

no paramilitar al tiempo que registraban la complejidad de su composición y función.

No obstante, en 1989, el artículo 1° de la Ley 48 de 1968 que adoptó como legislación permanente el Decreto 3398 fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia por el ciudadano William Fernando León Moncaleano. Dicha demanda tuvo como antecedente un proyecto de ley presentado por el Senador Horacio Serpa Uribe y que pretendía la derogatoria de los artículos 25 y 32 y el parágrafo 3° del artículo 33 de dicho decreto.

La Corte no encontró inconformidad entre la Carta Constitucional y gran parte de los artículos demandados, los cuales establecían las definiciones de defensa nacional, el deber de las personas jurídicas y naturales de participar y cooperar para garantizar la independencia nacional y la estabilidad de las instituciones. Sin embargo, a su juicio, el parágrafo 3° del artículo 33 de la norma contravenía el artículo 48 de la carta política, según el cual “solo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro del poblado llevar armas consigo, sin permiso de la autoridad. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de asambleas o corporaciones públicas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas”.

La Corte declaró la inexecutable de dicho parágrafo argumentando que esa disposición constitucional obedecía a la “necesidad de establecer el monopolio de las armas de guerra, en cabeza del Gobierno, que es el responsable de mantener el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado”.²⁰ El alto tribunal recordó entonces que al ser el gobierno el único titular de dicho monopolio y estando la Fuerza Pública constituida solo por el ejército, la policía y la milicia nacional según los artículos 166 y 167 de la Constitución Política de 1886, no era permitido que ninguna otra persona o grupo detentara ese tipo de armas. Asimismo, subrayó que se trataba de una fórmula histórica concebida para superar los “conflictos que afectaron las relaciones civiles entre los colombianos”²¹ y que mantenía su validez en el escenario de violencia que afectaba el país en ese momento.

El alto tribunal advirtió que:

“La interpretación de estas normas ha llevado la confusión a algunos sectores de la opinión pública que pretenden que ellas pueden ser aprovechadas como una autorización legal para organizar grupos civiles armados. La actividad de estos grupos se ubica al margen de la Constitución y de las leyes, pues se convierten en grupos criminales que contribuyen con su presencia a agravar la situación de orden público, por su carácter retaliatorio y agresivo y su pretensión de sustituir la acción legítima del Ejército, la Policía Nacional y de los organismos de seguridad del Estado, que son las autoridades a cuyo cargo se encuentra la función exclusiva del restablecimiento del orden público, bajo la dirección y mando del Presidente

de la República, según las voces insoslayables de la Constitución Nacional”.²²

En concordancia con ello, la Corte estableció la diferencia entre la Defensa Nacional y los llamados grupos de autodefensa. Mientras la primera es una institución reglamentada por la ley, organizada y controlada por la autoridad constitucional que busca servir a los fines de la normalidad institucional, el grupo de autodefensa “no tiene respaldo legal y ni es organizado por la autoridad pública. No guarda vinculación ni ligamen con la Defensa Nacional, no por su origen, ni por su actividad y fines. El hecho que sea convocado y organizado por sus propios integrantes y su falta de autorización legal lo lleva a la violación de las normas constitucionales y penales”.²³

Por su parte, en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 1038 de 1984, el Presidente de la república expidió el Decreto legislativo 1194 de 1989 a través del cual dispuso “quien promueva, financie, organice, dirija, fomente o ejecute actos tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, será sancionado por este solo hecho con pena de prisión”.

No obstante, esta decisión de la Corte y el decreto legislativo, pocos años después la Comisión Interamericana advirtió que había un sector de la sociedad que “consideraba que la supresión de las autodefensas vulneraba su seguridad y dejaba indefenso a un importante sector civil, fundamentalmente el productivo, ya que era evidente que el Estado no tenía capacidad para asumir el papel que las autodefensas venían cumpliendo en defensa de los empresarios, agricultores, ganaderos, industriales, y demás grupos económicos del país”.²⁴ Asimismo, puntualizó que “No obstante las disposiciones legales que prohibieron la formación de grupos privados armados de autodefensa o paramilitares, muchos de estos grupos han continuado existiendo, aunque ahora sin el apoyo legal abierto que tenían antes de 1989. Algunos pocos entregaron sus armas y se acogieron a las normas que en 1990 les permitieron hacerlo, quedando con sentencias suspendidas por la pertenencia a grupos armados ilegales y por el porte de armas”.²⁵

El caso referido por la Comisión es el de la organización armada conocida bajo las denominaciones de los Tangueros, formada aproximadamente en 1985 y conocida por las masacres que empezó a ejecutar en 1988. En el marco del proceso de paz con el EPL, dicha organización, que llegó a presentarse también como Movimiento Nacional de Autodefensas Campesinas, hizo un acto público de dejación de armas el 26 de noviembre de 1990, sin que se aplicaran los

²² *Ibíd.*, p. 220.

²³ *Ibíd.*, p. 221.

²⁴ OEA-CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.84, doc. 39 rev., 14 de octubre de 1993. Disponible en: www.cidh.oas.org, consultado el 20 de enero de 2006.

²⁵ *Ibíd.*

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “Sentencia 22 del 25 de mayo de 1989”, en: *Gaceta Judicial*, Tomo CXCVH número 2436, Bogotá, Imprenta Nacional, página 219.

²¹ *Ibíd.*

decretos de sometimiento a la justicia de la época. La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín ha señalado que “A pesar de la existencia del Decreto 1194 de 1989 y otras normas que sancionaban el concierto para delinquir, la conformación y pertenencia a grupos paramilitares y de justicia privada y las conductas cometidas por estos, ni Fidel Castaño, ni sus hombres fueron amnistiados, ni fueron investigados, juzgados o sancionados”.²⁶ Según dicho tribunal “Aunque el grupo entregó una considerable cantidad de armas, dejó buena parte de ellas y un número indeterminado de hombres para efectos de seguridad”.²⁷ Tampoco “hubo un proceso total y efectivo de desmovilización, desarme y reintegración, ni se dismantelaron íntegramente las estructuras de tales grupos, ni hubo algún tipo de justicia y rendición de cuentas”.²⁸

En medio de la continuidad de la violencia contra la población civil en distintas zonas del país, se creó un nuevo marco legal para la vinculación de los civiles a la defensa y seguridad nacional. Primero se expidió el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada (Decreto 356 del 11 de febrero de 1994) y, luego, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada expidió la Resolución 368 de 1995 que dio lugar a organización de cooperativas de seguridad conocidas como Convivir. Muchos de estos organismos privados cumplieron no solo tareas de información sino que también tomaron parte activa en operaciones militares, de inteligencia y contrainteligencia con fines contrainsurgentes y tributación forzada. El armamento (armas cortas y largas) y el material de intendencia fue provisto por las Fuerzas Militares, y los recursos financieros emanaron de fuentes privadas (legales e ilegales).

La creación de las Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada coincidió con un proceso de reorganización del paramilitarismo que condujo primero a la formación de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) en 1994 y de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en 1997, como una confluencia de varios grupos paramilitares y otro tipo de organizaciones delincuenciales. Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín ha explicado que:

“La estrategia del Estado y las Fuerzas Militares dirigida a crear y fomentar las Convivir, a través de las cuales se vinculaba a los civiles al conflicto armado, los vínculos de la Fuerza Pública con los grupos paramilitares y los escuadrones de la muerte, la presencia y articulación del narcotráfico con dichos grupos, el apoyo que les brindaban ganaderos, comerciantes y otros sectores privados, la existencia de grupos de justicia privada creados por éstos en Córdoba y la adopción e implementación del modelo que se había desarrollado en el Magdalena Medio van a constituir los pilares sobre los cuales se van a crear y

levantar las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá”.²⁹

De acuerdo con el Tribunal, la creación de dichas Cooperativas “marcó un momento importante no solo en términos de seguridad, vigilancia y control social, sino de militarización de la sociedad en función de la lucha contrainsurgente, pues lo que normalmente hacían estos grupos era combinar la conformación de frentes de seguridad rural, con acciones tipo comando o sicarial contra los blancos de sus ataques: dirigentes políticos de izquierda, sindicales, estudiantiles y demás sectores de la población civil”.³⁰ Dicho modelo, ha concluido el Tribunal, “mutó gradualmente hasta fusionarse con el paramilitarismo, promoviendo su consolidación e incluso su expansión. Es por eso que no es posible referir el contexto de la consolidación de este último sin referirnos a la figura de las Convivir”.³¹

En el marco de la expansión paramilitar y las denuncias ciudadanas sobre el papel de dichas cooperativas en la generación de violencia contra la población civil, el Decreto 356 de 1994 fue demandado. En sentencia C-572 del 7 de noviembre de 1997, el alto tribunal recordó que el artículo 223 de la Constitución “autoriza, excepcionalmente, la tenencia y el porte de armas de uso civil (artículo 10 del Decreto 2535 de 1993) y de armas de uso restringido (artículo 9 ibídem), a los particulares. Además, en ningún caso y por ningún motivo puede autorizarse la tenencia y porte de armas de guerra, o de uso exclusivo de la Fuerza Pública, a los particulares”.³² En correspondencia con ello declaró inexecutable el parágrafo del artículo 39 y ordenó que las armas de uso restringido (y sus municiones) autorizadas a los Servicios Especiales de Vigilancia y Seguridad al Comando General de las Fuerzas Militares.

En su decisión, la Corte reconoció que el Estado puede delegar la prestación del servicio público de seguridad y vigilancia en los particulares y en las comunidades organizadas; el derecho de la comunidad a organizarse para defenderse de la delincuencia y apoyar a las autoridades legítimas, con sujeción a las leyes; el Estado no puede utilizar los servicios de vigilancia y seguridad prestados por particulares para involucrar a la población no combatiente en el conflicto. Asimismo, recordó que las tareas de inteligencia están reservadas a los organismos del Estado y no pueden ser delegadas y que el personal de los servicios de vigilancia y seguridad privada “no puede ser adiestrado en tácticas ni técnicas militares, ni puede tener la organización de los cuerpos armados del Estado”.³³

El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ante la Comisión de Derechos Humanos en 1998 advertía:

²⁹ *Ibíd.*, página 138.

³⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 23 de abril de 2015, Magistrado Ponente: Rubén Darío Pinilla Cogollo (Radicado 110016000253-2006-82689), página 47.

³¹ *Ibíd.*, p. 52.

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-572 del 7 de noviembre de 1997.

³³ *Ibíd.*

²⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 9 de diciembre de 2014, Magistrado Ponente: Rubén Darío Pinilla Cogollo (Radicado 110016000253-2006-82611), página 118.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*, página 134.

“El problema del paramilitarismo se ha tornado aún más complejo con la existencia de grupos de civiles armados que, con autorización legal, realizan actividades análogas a las de la Fuerza Pública. Mediante el Decreto extraordinario número 356 de 1994 se establecieron los “servicios especiales de vigilancia y seguridad privada” cuyos miembros quedaron facultados para promover su propia seguridad en áreas de alto riesgo y para emplear armas de guerra. Así nacieron las asociaciones “Convivir”, hoy privadas de tal nombre, que en nada han contribuido a clarificar las relaciones entre el Estado y el fenómeno paramilitar. En la práctica, para quienes observan la situación de los derechos humanos en el país, resulta muy difícil distinguir las acciones de los grupos paramilitares de aquellas de algunas asociaciones, “Convivir” pues entre ellas se dan, en numerosos casos, relaciones de coincidencia, convergencia, complementariedad y suplantación. Las víctimas de tales acciones son incapaces de distinguir a qué grupos pertenecen sus autores, y hablan indistintamente de los “paracos” (paramilitares en lenguaje popular) o de “los de la Convivir”. Informaciones fidedignas recibidas por la Oficina dan cuenta de la participación en asociaciones “Convivir” de reconocidos paramilitares, algunos con órdenes de captura pendientes”.³⁴

Estas estructuras esgrimieron como justificación el derecho a la autodefensa colectiva con respecto a la agresión guerrillera y la desprotección del Estado y públicamente fueron reconocidas como autodefensas y no como organizaciones paramilitares. Sin embargo, para que el ejercicio de la violencia tenga la calidad de defensa propia debe cumplir varios requisitos. Primero, la intención debe ser defenderse a sí mismo, más que procurar de forma predeterminada asesinar al otro. Segundo, el derecho de autodefensa se encuentra referido solo al propio cuerpo, de modo que no es legítimo proceder en defensa armada de los demás. Tercero, la respuesta debe ser proporcional al fin, es decir, no se puede usar más violencia de la necesaria. Cuarto, el derecho de autodefensa se deriva estrictamente del principio de autopreservación y no de la injusticia o mala conducta del agresor, lo cual significa que proceder en concordancia con estos últimos le otorga un carácter punitivo y no defensivo a la acción. Quinto, solo constituye un acto de defensa anticiparse y precaverse ante un peligro inminente, lo cual indica que una réplica violenta después de ocurrida la agresión es un acto punitivo o vengativo, y que una acción violenta como producto del miedo a un peligro de incierta posibilidad constituye, por el contrario, una acción preventiva. Sexto, dar muerte al otro en defensa es legítimo siempre que el peligro inminente no pueda ser evitado por otros medios, es decir, solo si es el único medio disponible para preservar la propia seguridad.

La acción de las distintas estructuras que formaron las AUC estuvo orientada fundamentalmente contra la población civil, según consta en los distintos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Hu-

manos, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, entre otros organismos. En este proceso la teoría del apoyo de la población civil y la noción de la “población civil insurgente” tuvieron un papel rector para las acciones y discursos de todas las fracciones que conformaron las AUC. En un comunicado de estas publicado en 1997 y citado en el Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia, señalaron que los civiles eran blancos legítimos.

“[E]s una guerra de movimientos que como tal, exige una relación muy estrecha entre los grupos de acción y la población civil, hasta el extremo de afirmarse que todos los habitantes de una región dominada por cualesquiera de los bandos, son potencialmente combatientes, bien en su condición de simpatizantes activos, los cuales no toman parte directa en el conflicto pero sí asumen la decisiva responsabilidad de transmitir órdenes e informaciones, suplir líneas de comunicación, proveer abastecimientos de toda índole, infiltrar al enemigo, “recaudar” fondos, ejercer el comisariato político, etc.; y servir, además, como conexión entre los grupos de acción y la población. Y los simpatizantes pasivos que asumen la tarea de no ver nada, no oír nada y especialmente, no saber nada. Su conducta está impulsada por el miedo, la presión psicológica, el chantaje, la conveniencia o por una inconfesable y no declarada simpatía. Estas dos últimas razones generalmente acompañan a los simpatizantes civiles que dedicados a la actividad comercial proveen los suministros (alimentos, medicamentos, calzados, útiles de aseo, ropa interior, instrumentos personales, etc.) Y, a quienes voluntariamente subvencionan gastos que podríamos denominar como de “caja menor”.³⁵

Bajo esta referencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la masacre paramilitar en el municipio de Mapiripán en el departamento del Meta en Colombia en el año de 1997. Al respecto en la Sentencia de la “Masacre de Mapiripán vs. Colombia” del 15 de septiembre de 2005, la Corte señaló lo siguiente.

119. Además, la Corte tiene presente que la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha documentado numerosos casos en Colombia en que se ha demostrado la vinculación entre servidores públicos y los grupos paramilitares en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la Fuerza Pública respecto de las acciones de dichos grupos. En los informes publicados desde 1997 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado los casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil. Según el informe de 1997, los actos cometidos por

³⁴ OACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 54 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/16 9 de marzo de 1998, E/CN.4/1998/16.

³⁵ OEA-CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev srg, consultado el 20 de enero de 2006, párrafo 50.

paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes. Aunado a lo anterior, en sus informes la Alta Comisionada hace constante referencia a la impunidad de las violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario cometidas por los paramilitares y la convivencia entre estos grupos y la Fuerza Pública, como consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en su contra que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones (supra párr. 96.20). Específicamente en relación con lo acontecido en Mapiripán, el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos afirma que “los detalles de los casos denunciados ante la Oficina en Colombia sugieren que los hechos no hubieran podido realizarse sin esa aquiescencia, apoyo o complicidad”.³⁶

Al ser concebida como parte constitutiva del enemigo, dicha población se convirtió en el blanco fundamental de las distintas formas de violencia como fin y también como medio para lograr el aislamiento y debilitamiento de las fuerzas guerrilleras. Bajo esa premisa la búsqueda se orientó a universidades, sindicatos, organizaciones de derechos humanos, organizaciones campesinas, poblados y veredas con incidencia guerrillera, etc. El recurso a las masacres y ejecuciones selectivas, previa tortura de las víctimas, la desaparición forzada, el descuartizamiento u otras formas de violencia expresiva, los controles ilegales a la libertad de circulación, la violencia sexual, la destrucción de bienes civiles, entre otros, fueron parte del repertorio de acción que provocó el desplazamiento forzado de millones de ciudadanos, fundamentalmente campesinos, y sentó las bases para el despojo por parte de las estructuras paramilitares.

En este sentido, se pronuncia el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, D. C. Sala de Justicia y Paz mediante la sentencia proferida el 17 de abril de 2013 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, D. C. Sala de Justicia y Paz en el proceso en contra del condenado por paramilitarismo Gian Carlos Gutiérrez Suárez, ex integrante del Bloque Calima de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC; sobre la materia la decisión de fondo señala lo siguiente.

“[Lo que hoy se conoce como el fenómeno paramilitar tuvo su origen en la conformación de grupos de ascendencia mayoritariamente campesina que fueron armados, financiados y promovidos por importantes sectores de la economía nacional y narcotraficantes, bajo el supuesto de contrarrestar el accionar de organizaciones de izquierda en contra de sus personas, familias y bienes, todo lo cual fue posible ante la ausencia del Estado en las regiones en que surgieron estas organizaciones...debe advertirse que el alcance de este escenario, fue posible por cuanto estas organizaciones, al igual que las de izquierda, descubrieron que antes que el combate con su enemigo natural, les significaba menos costos y riesgos, el desplazar a las guerrillas mediante ataques a la población ci-

vil, de esa forma inician el ejercicio escalonado de acciones violentas, como asesinatos selectivos, secuestros, masacres, violaciones, desaparecimiento de personas, desplazamiento forzado de comunidades enteras, extorsiones, hurtos en despoblado y destrucción de bienes civiles entre otras graves violaciones con lo que obtienen el sometimiento de las distintas poblaciones...”³⁷.

“...la fuerza de los anteriores acontecimientos visibiliza que la supuesta estrategia inicial de las Auto-defensas, que según aseguró Salvatore Mancuso en su versión libre, se orientaba a – atacar a la guerrilla armada o desarmada en combate o fuera de él...– no pasó de ser un discurso sin contenido. La ausencia de estadísticas serias de combates entre esa organización armada y la subversión y el escaso reporte de víctimas de estas organizaciones de izquierda, confrontadas con los altos índices de las acciones unilaterales cometidas contra la población y el considerable número de civiles victimizados, indican, que fue su propósito deliberado, irresponsable y criminal, el ataque unilateral y sobre seguro, sistemático y generalizado contra los derechos humanos de la población civil y contra el DIH”.

La sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, D.C. Sala de Justicia y Paz en contra del condenado por paramilitarismo, Gian Carlos Gutiérrez Suárez termina dictando;

“Declárese como verdad que:

En Colombia se está librando un conflicto armado interno, en el que uno de los actores armados fue la organización denominada Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), la cual contó con una estructura política y armada y en su consolidación se valió de la asistencia, por acción y omisión de miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, de autoridades civiles nacionales y regionales y de empresarios.”³⁸

El proceso de formación, expansión y operación de las estructuras paramilitares, cuya mayor extensión e intensidad tuvo lugar entre 1997 y 2003, contó la financiación, apoyo, tolerancia y legitimación por parte de sectores económicos, políticos e institucionales, como lo han documentado las distintas sentencias de los Tribunales de Justicia y Paz. El Consejo de Estado, en sentencia junio 26 de 2014 (Expediente 26.029), manifestó que “La jurisprudencia de la Corte IDH, jalonada por el trabajo de los defensores de derechos humanos, ha podido desvelar y comprobar, en distintos periodos y contextos geográficos, la existencia de vínculos entre miembros de las Fuerza Pública y grupos paramilitares. De acuerdo a lo determinado en esos casos, ese vínculo habría consistido en: i) acciones concretas de colaboración o apoyo, o en, ii) omisiones que permitieron o facilitaron la comisión de graves delitos por parte de actores no estatales” (párrafo 30, página 38).

³⁷ Colombia. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, D. C. Sala de Justicia y Paz. Sentencia en el caso en contra de Gian Carlos Gutiérrez Suárez. 17 de abril de 2013. Publicada en el diario *El Espectador*, domingo, 27 de julio 2014.

³⁸ *Ibíd.*

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

En la sentencia, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito de Medellín señaló el papel del periodismo en la propagación y consolidación del paramilitarismo. La influencia lograda por dicho fenómeno la atribuyó a los niveles de legitimación y aceptación social. Refiriéndose al caso de Córdoba, dicho tribunal juzga que:

“238. La revisión de los registros de prensa aportados por la Fiscalía y las numerosas entrevistas y reportajes publicados en El Meridiano de Córdoba permiten vislumbrar los aportes hechos a través de la prensa a la legitimación de este fenómeno como un medio social, política y militarmente necesario ante las omisiones del Estado y la relación entre dicho periódico y los grupos paramilitares, en especial el Bloque Córdoba.

239. La aceptación y/o legitimación del fenómeno paramilitar en el departamento de Córdoba hizo parte de las estrategias de control social que ejerció el grupo. Sin embargo, uno de los aspectos más preocupantes es que este control no se hizo sólo a través de las armas y la violencia indiscriminada contra la población, sino también del acceso y manipulación de la información a través de los medios de comunicación, uno de los poderes más determinantes en la formación de la opinión pública”.³⁹

Asimismo, el proceso de expansión y operación de las AUC encontró una condición favorable en las relaciones políticas que han sido documentadas en una serie de Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales dan cuenta de las relaciones de cooperación y coordinación con agentes políticos (de diverso nivel de representación e influencia) dentro de un esquema de beneficio mutuo. Este tipo de relaciones empezaron a ser identificadas a partir de lo que fue denunciado como una interferencia del aparato armado en varias jornadas electorales desde 2000 en distintos departamentos. Distintas sentencias judiciales han referido la existencia de relaciones entre líderes políticos y el grupo armado ilegal, que dieron lugar a acuerdos electorales donde aquellos desarrollaban su actividad con el aval de los armados.

En 2003, luego de un ciclo de escalamiento de la violencia paramilitar, el Gobierno nacional acordó con las AUC un proceso de desmovilización de las distintas estructuras que la componían. Como lo registra la Red Nacional de Información, a partir de ese año se produjo un cambio cuantitativo importante en los indicadores de violencia, que permite inferir el mayor peso de la violencia paramilitar en ese periodo. Sin embargo, antes de que concluyeran las desmovilizaciones colectivas se empezaron a advertir nuevas estructuras armadas que comenzaban a operar en aquellas zonas supuestamente abandonadas por las facciones de las AUC en proceso de desarme y reintegración.

Finalizado ese proceso, inició una nueva etapa en el proceso de reorganización. El informe Anual de la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en 2006 que “a pesar de haberse completado el ciclo de desmovilizaciones acordadas con las AUC, los informes emitidos por la Secretaría General durante el año 2006 dan cuenta de la existencia de grupos vinculados a los bloques de las AUC que no se han plegado a la desmovilización, el reagrupamiento de desmovilizados en bandas delincuenciales, e incluso de la aparición de nuevos actores armados y/o el fortalecimiento de algunos ya existentes, en zonas despejadas por grupos desmovilizados”.⁴⁰

En el mismo sentido, la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), en el sexto informe trimestral (marzo de 2006) registró varias situaciones posteriores a la desmovilización de las AUC que podían considerarse indiciarias del comienzo de una nueva fase en el conflicto armado y que replantearía los escenarios de riesgo para la población civil así como los desafíos en materia de protección para el Estado. Dentro de las situaciones identificadas en ese momento por la Misión se contaban:

1. Reagrupamiento de desmovilizados en “bandas delincuenciales” que ejercen control sobre comunidades específicas y economías ilícitas.
2. Existencia de reductos que no se han desmovilizado y que hacían parte orgánica de las estructuras de los bloques desmovilizados.
3. Aparición de nuevos actores armados y/o fortalecimiento de algunos ya existentes en zonas dejadas por grupos desmovilizados.

En 2007, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh) llamó la atención sobre la complejidad del fenómeno y su impacto sobre la población civil. En su perspectiva la denominación de bandas criminales –que acoge esa interpretación sobre la naturaleza exclusivamente criminal y codiciosa– no recogía “en su totalidad la complejidad, variedad, pluralidad y riesgo del fenómeno” (2007, párrafo 40). En el marco de esta discusión este planteamiento fue relevante porque advirtió sobre la violencia que esas organizaciones continuaban ejerciendo sobre la población civil y su involucramiento en economías ilegales que conllevaban un control de territorios y poblaciones.

De acuerdo con el segundo informe del Área de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) de la Comisión Nacional de Reparación (CNRR), divulgado en julio de 2010, estos grupos “se expandieron y consolidaron en varias regiones, de forma que en medio de las disputas referidas también se registran reagrupamientos, pero no a partir de un solo centro ni de una nueva forma de coordinación federal, al estilo AUC, sino de distintos centros de poder en pugna. Por tanto, entre ellos se entrecruzaron dinámicas de coordinación e integración y choques cruentos que generan verdaderas guerras locales en varias regiones, con

³⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 23 de abril de 2015, Magistrado Ponente: Rubén Darío Pinilla Cogollo (Radicado 110016000253-2006-82689), p. 128-129.

⁴⁰ OEA-CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, (párrafo 11, Capítulo IV). Consultado en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/indice2006.htm>

expresiones rurales más amplias y urbanas en varias ciudades importantes”.⁴¹

Desde mediados de 2006, el Gobierno nacional comenzó a llamar a estas estructuras Bandas Criminales Emergentes (Bacrim). Esta mirada centrada en la dimensión organizativa y criminal no reconoció que se trataba de la existencia de grupos armados organizados, capaces del sostenimiento de hostilidades y un ejercicio continuado de violencia, con jerarquías y dominios territoriales, y sobre todo que cumplen la función de actualizar la memoria de la violencia (con su sentido político) de la anterior fase de la guerra, así el énfasis visible de su acción sea coyunturalmente la competencia violenta en torno a actividades económicas ilícitas. Asimismo, se ha pasado por alto que esa actualización (que demuestra una línea de continuidad en la función de la violencia que trasciende las denominaciones y ajustes organizativos) se hizo posible por la participación de desmovilizados y combatientes que no se acogieron al proceso de DDR de las AUC y, en particular, por la percepción de la población sobre la continuidad de los operadores de violencia.

En 2011 el Ministerio de Defensa emitió una resolución que caracterizó el fenómeno como bandas criminales o grupos delictivos organizados que no cumplían los requisitos objetivos definidos por el Derecho Internacional Humanitario. En 2016, a diez años de existencia de dichas organizaciones, expidió una directiva sobre los lineamientos para enfrentar lo que en adelante pasó a denominar grupos armados organizados y le asignó la competencia de su persecución a la Fuerza Pública. Dicha modificación se basa en el reconocimiento de cambios en el teatro de operaciones, comportamiento y agrupación de dichas estructuras. La directiva dice: “se ha evidenciado que grupos anteriormente denominados como Bandas Criminales (BACRIM), en algunos casos, han alcanzado un nivel de hostilidades y de organización de la estructura armada que cumplen con las características de los GAO”. Sin embargo, estima que carecen de ideología política.

La historia de estos grupos armados, al margen de su denominación, comenzó con una fase en la que el reagrupamiento y rearme estuvo estrechamente vinculado con las directrices de las jerarquías militares de las AUC. Posteriormente, la reorganización estuvo asociada a la competencia armada entre distintas facciones armadas (compuestas por disidentes, rearmados y nuevos reclutas) y a procesos de alianza, cooptación o sometimiento violento (en la mayoría de los casos). Según la Defensoría del Pueblo, a 2016 existían dieciséis organizaciones de este tipo.

Dentro de este nuevo ciclo de violencia que protagonizan dichas organizaciones, la competencia violenta por el monopolio de las economías ilícitas se ha convertido en el factor más notorio de todos. Por eso, prevalece una interpretación criminológica del fenómeno de los grupos posdesmovilización, que a su vez determina la respuesta institucional. Pero es necesario hacer dos precisiones. En primer lugar, si bien la com-

petencia por el monopolio de las economías ilícitas aparece como un elemento nuevo en la estructura del conflicto armado, la inserción en tales economías no constituye una variación porque el funcionamiento y la reproducción de las AUC descansaron en la libertad para proveerse de recursos mediante el desarrollo de las mismas.

En segundo lugar, la economía de guerra adquirió la centralidad que habían tenido las justificaciones ideológicas del esfuerzo represivo en la década de los noventa, pero la noción del enemigo y la concepción de orden que había orientado el ejercicio de la violencia de las AUC aún permanece. La presión sobre los sectores sociales que persisten en la reivindicación de ciertos derechos se mantiene como una constante y distintas formas de violencia se activan en función de su obstrucción. Asimismo, persisten los crímenes de orden, los cuales son homicidios contra personas repudiadas socialmente por sus conductas (actividades delictivas, opción sexual y consumo de alucinógenos), dentro de un intento por imponer uniformidad, regularidad y norma.

La competencia por el monopolio de las economías ilícitas (en lógica de acumulación o atesoramiento) supone que una parte importante de la violencia está orientada, como ha dicho la Defensoría del Pueblo en uno de sus Informes de Riesgo, “a excluir actuales y potenciales competidores como forma de asegurar ventajas comparativas y ganancias [...], así como de autoprotección de los derechos de propiedad (insumos y centro de procesamiento, rutas, clorhidrato de cocaína, medios de transporte, armas, bienes muebles e inmuebles producto de dicho negocio, etc.)”.⁴² Sin embargo, “a lo largo del proceso violento por la configuración de monopolios en torno a las economías ilícitas, se ha desarrollado un modelo disciplinario de poder que descansa en la vigilancia (permanente y exhaustiva) y la invisibilidad de aquel que vigila, de modo que sus impactos alcanzan un máximo de intensidad”.⁴³ Tanto la disputa como la conservación de dominios conquistados descansan en dispositivos de vigilancia que deben garantizar el funcionamiento de la economía ilícita y la seguridad del grupo, pero estos tienen efectos de poder porque constituyen una forma de coacción permanente, un constreñimiento profundo de las libertades fundamentales.⁴⁴ Los mecanismos de vigilancia e información que se han difundido son como una “mirada sin rostro” que se orienta por la sospecha y registra conductas, se apoya en la incorporación de población local (lo cual rompe la confianza en los vecinos) y tiene como función el disciplinamiento que acostumbra al orden y a la obediencia. Y es aquí donde reside la dimensión política de esta violencia que parece movida solo por la codicia.

⁴² Defensoría del Pueblo, Defensoría Delegada para la Evaluación del Riesgo de la Población Civil como Consecuencia del Conflicto Armado – SAT, *Nota de Seguimiento 010-12*, Bogotá, 19 de agosto de 2012.

⁴³ Defensoría del Pueblo, Defensoría Delegada para la Evaluación del Riesgo de la Población Civil como Consecuencia del Conflicto Armado – SAT, *Informe de Riesgo 015-13*, Bogotá, 2 de mayo de 2013.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2002.

⁴¹ Segundo informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, área de DDR, Bogotá, julio de 2010.

En este sentido, la dolorosa experiencia de victimización y control territorial intensivo de grupos paramilitares en el Distrito Especial de Buenaventura, sobre el litoral Pacífico vallecaucano durante la última década nos ilustra sobre esta siniestra conjunción de economías legales e ilegales bajo la tenaza de la degradación profunda de la violencia perpetrada como estrategia de control de áreas estratégicas de circulación de mercancías e inversiones por parte de grupos armados ilegales y su lógica paraestatal y delictual.

“Los bonaerenses se encuentran atrapados en un dramático escenario del conflicto armado: mientras la guerrilla de las Farc domina su área rural, las nuevas formas del paramilitarismo se disputan el control de la zona urbana y su población. Estos paramilitares que operan bajo los nombres de “La Empresa”, “Los Urabeños”, “Los Rastrojos”, “Los Machos”, “Los Verdaderos Urabeños”, “Los Campesinos del Pacífico”, “Los Chocoanos” y “Las Autodefensas Gaitanistas de Colombia”, “Los Chiquillos”, “Los Haitianos” fuerzan a los habitantes a enfrentarse entre sí, dejando un rastro de muerte y desapariciones: aproximadamente 5.829 personas asesinadas y 1.091 desapariciones forzadas entre 1999 y 2013, teniendo en cuenta los casos reportados de manera directa.

En documentos de Inteligencia de la Policía se explica la existencia de un crudo conflicto entre “La Empresa”, que durante años dominó Buenaventura y ahora se encuentra en decadencia, y “Los Urabeños”, que absorbieron a “Los Rastrojos” y “Los Machos”, cuyos principales capos son alias “El Negro Orlando”, “Martín Bala” y “El Chicho Urdinola”. Este último se encuentra vinculado a la investigación por el asesinato de Lorena Henao, ocurrido el 27 de diciembre de 2012. Según Inteligencia de la Policía, el poder detrás de “Los Urabeños” es el narcotraficante “Victor Patiño Foméque”, quien regresó a Buenaventura para sembrar el terror en sus calles”.⁴⁵

En el marco del proceso de negociación entre el Gobierno nacional y las FARC que codujo a la firma del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, las Autodefensas Gaitanistas de Colombia, también conocidas como Clan del Golfo, iniciaron un nuevo ciclo de expansión a zonas que habían sido de dominio guerrillero. En medio del desarrollo de una economía de guerra, la violencia ejercida contra la población civil continúa descansando en la estigmatización.

Las cifras de las víctimas

Este escenario de guerra paramilitar ha dejado un saldo de víctimas cuyas verdaderas dimensiones son aún desconocidas, el informe *Basta Ya, Colombia, Memorias de Guerra y Dignidad, del Grupo de Memoria Histórica*, Colombia 2013 adscrito al Centro Nacional de Memoria Histórica, desarrolla una caracterización del conflicto bajo la figura de una guerra prolongada y degradada, dirigida contra la población civil por parte de todos los actores armados.

⁴⁵ Asociación Nomadesc. “Buenaventura: el puerto más importante de Colombia sumido en la pobreza, el espanto y la barbarie”. Santiago de Cali. Enero de 2014.

“Todos los actores armados han incorporado el ataque a la población civil como estrategia de guerra. Sin embargo, las modalidades de violencia empleadas y la intensidad de su accionar difieren según las evaluaciones que cada actor hace del territorio, del momento de la guerra, y de las estrategias que despliega, dentro de las cuales se implica a toda la población civil.

Así los paramilitares estructuraron e implementaron un repertorio de violencia basado en los asesinatos selectivos, las masacres, las desapariciones forzadas, las torturas y la sevicia, las amenazas, los desplazamientos forzados masivos, los bloqueos económicos y la violencia sexual. Las guerrillas recurrieron a los secuestros, los asesinatos selectivos, los ataques contra bienes civiles, el pillaje, los atentados terroristas, las amenazas, el reclutamiento ilícito y el desplazamiento forzado selectivo. Además, afectaron la población civil como efecto colateral de los ataques contra centros urbanos y de la siembra masiva e indiscriminada de minas antipersona. La violencia de los miembros de la Fuerza Pública se centró en las detenciones arbitrarias, las torturas, los asesinatos selectivos y las desapariciones forzadas, así como en los daños colaterales, producto de los bombardeos y del uso desmedido y desproporcionado de la fuerza. *La violencia contra la integridad física es el rasgo distintivo de la violencia paramilitar, mientras que la violencia contra la libertad y los bienes define la violencia guerrillera. En otras palabras, los paramilitares asesinan más que las guerrillas, mientras que los guerrilleros secuestran más y causan mucha más destrucción que los paramilitares. De las 1.982 masacres documentadas por el gmh entre 1980 y 2012, 13 los grupos paramilitares perpetraron 1.166, es decir, el 58,9% de ellas. Las guerrillas fueron responsables de 343 y la Fuerza Pública de 158, lo que equivale al 17,3% y 7,9% respectivamente. Por otra parte, 295 masacres, equivalentes al 14,8% del total, fueron cometidas por grupos armados cuya identidad no se pudo esclarecer. Las veinte masacres restantes corresponden a acciones conjuntas de grupos paramilitares y miembros de la Fuerza Pública, o a acciones de otros grupos armados (agente extranjero o milicias populares). Esto significa que, aproximadamente, por cada masacre perpetraron los grupos guerrilleros, los paramilitares efectuaron tres.”*⁴⁶

Según el informe Basta Ya del CNMH

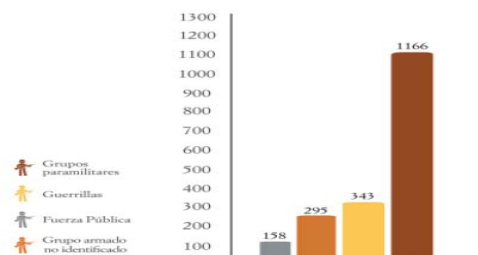


Figura 2. Distribución del número de masacres del conflicto armado por grupo armado, 1980-2012. Fuente: CNMH, base de datos de masacre del conflicto armado en Colombia (1980-2012).

⁴⁶ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. *Basta Ya, Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad: Informe General*. Bogotá. Imprenta Nacional. 2013. Páginas 34 a 37.

“En los asesinatos selectivos documentados la tendencia es igual. Entre 1981 y 2012, 16.346 acciones de asesinato selectivo que produjeron 23.161 víctimas. De este total, 8.903 personas fueron asesinadas selectivamente por grupos paramilitares, lo que corresponde al 38,4%; 6.406, es decir, el 27,7% de las víctimas fueron asesinadas por grupos armados no identificados; 17 3.899 o el 16,8% fueron víctimas de las guerrillas; 2.339, correspondientes al 10,1% del total de asesinatos selectivos, los causaron miembros de la Fuerza Pública; 1.511, es decir, el 6,5% de las víctimas fueron asesinados por desconocidos, 18 83 asesinatos, o el 0,4% del total, fueron el resultado de acciones conjuntas de grupos paramilitares y miembros de la Fuerza Pública; y finalmente 13 asesinatos fueron perpetrados por otros grupos.”⁴⁷

“Con respecto a las desapariciones forzadas existe una notoria precariedad de información sobre los perpetradores. Sin embargo, de acuerdo con las denuncias de las organizaciones de Derechos Humanos y de familiares de desaparecidos, 20 la presunta autoría de estas acciones estaría concentrada en la Fuerza Pública y en los paramilitares. De los 5.016 casos documentados por las organizaciones mencionadas, se logró establecer al presunto autor en solo 689 casos. De este total, 290 fueron desaparecidos por miembros de la Fuerza Pública, lo que corresponde al 42,1%; 246, lo fueron por grupos paramilitares, lo que equivale al 41,8%; 137 desapariciones, es decir, el 19,9%, fueron atribuidas a otros grupos armados; y finalmente 16 o el 2,3% del total fue atribuido a las guerrillas.”⁴⁸

En tal sentido, sin existir todavía un estudio comprensivo sobre las cifras globales del periodo de violencia marcado por la existencia del proyecto paramilitar y los hechos imputables a sus actos de agresión en contra de la población civil y demás infracciones al Derecho internacional de los Derechos Humanos, valdría la pena recuperar para el análisis las cifras conocidas para aquellas modalidades de violencia atribuibles al actor paramilitar, según la caracterización del precitado Informe Basta Ya.

El anterior reconoce que “de los 220.000 asesinatos documentados, 177.307 fueron perpetrados contra la población civil, es decir, el 82%, y unas 40.787 víctimas mortales corresponden a las partes combatientes. De los 16.340 asesinatos selectivos registrados por el CNMH entre 1981 y 2012, los paramilitares fueron responsables del 38,4 % de los casos, a los grupos armados no identificados se le atribuyó el 27,7 %, a las guerrillas el 16,8 %, a la Fuerza Pública el 10,1 %, a desconocidos el 6,5 % y a la alianza entre la ultraderecha armada y a los cuerpos de seguridad del Estado el 0,4 %. Todavía siguen desaparecidas en Colombia 25.007 personas desde 1985, según informan sus allegados. De las 1.982 masacres cometidas entre 1980 y 2012, el CNMH atribuyó a los

grupos paramilitares 1.166 casos, que representan un 58,9 %, seguidos por las guerrillas con 343 (17,3 %), y por la Fuerza Pública con 158 (7,9 %).”⁴⁹ En este mismo contexto, la Fiscalía General de la Nación ha reconocido en declaraciones a los medios de comunicación el primero de octubre del 2014, por parte del entonces Fiscal, Eduardo Montealegre Lynett, la existencia de 300 mil hechos de victimización grave bajo su conocimiento y materia de sus competencias con ocasión del conflicto armado en Colombia.

Así mismo, ha señalado el CNMH “es posible afirmar que el conflicto armado colombiano ha provocado aproximadamente 220.000 muertos. De estas muertes el 81,5% corresponde a civiles y el 18,5% a combatientes; es decir que aproximadamente ocho de cada diez muertos han sido civiles, y que, por lo tanto, son ellos – personas no combatientes, según el Derecho Internacional Humanitario– los más afectados por la violencia”.⁵⁰

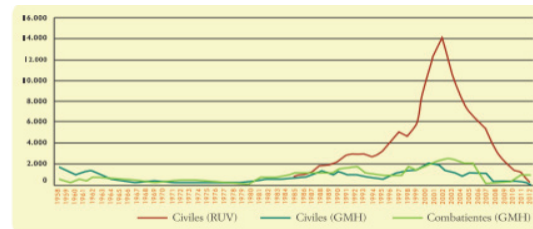


Figura 1. Evolución de cifras de civiles y combatientes muertos en el conflicto armado en Colombia, 1958-2012. Fuente: RUV, actualización del 31 de marzo del 2013/ GMH.

En principio, la Unidad Nacional de Víctimas adscrita a la Presidencia de la República en su registro Único Nacional de Víctimas a fecha de corte 10 de mayo de 2017, registra 8.405.265 de víctimas registradas, de las cuales 305 mil víctimas corresponden al reconocimiento mediante sentencia judicial y 1.733.582 corresponden a víctimas de Desapariciones forzadas, homicidios y aquellas no inscritas para atención. La Unidad Nacional de Víctimas a su vez reconoce a 6.366.562 víctimas registradas para atención.⁵¹

En el caso del Informe “Hasta Encontrarlos” El drama de la desaparición forzada en Colombia, publicado el pasado 24 de noviembre del 2016, por parte del Centro Nacional de Memoria Histórica, Observatorio de Memoria y Conflicto se señala que hay documentados y reconocidos por fuentes oficiales, 60.630 casos de desapariciones forzadas en el marco del conflicto armado en Colombia entre 1970 y 2015. De los cuales, el propio informe atribuye de manera inicial la presunta autoría de 13561 hechos de desaparición forzada, el 46,1% del total a grupos paramilitares, en una espiral delictiva de la mayor gravedad, en tanto se trata de crímenes de lesa humanidad y de competencia de la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁷ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Basta Ya, Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad: Informe General. Bogotá. Imprenta Nacional. 2013. Página 43.

⁴⁸ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Basta Ya, Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad: Informe General. Bogotá. Imprenta Nacional. 2013. Página 37.

⁴⁹ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Op. Cit, pág. 32.

⁵⁰ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Basta Ya, Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad: Informe General. Bogotá. Imprenta Nacional. 2013. Página 32.

⁵¹ Unidad Nacional de las Víctimas, Presidencia de la República, Registro Único de Víctimas, RUV, www.unidadvictimas.gov.co/

En estos casos, el informe “Hasta Encontrarlos” señala la geografía violenta de estos hechos y la presencia de corredores bajo el control de formaciones paramilitares durante la ocurrencia de los mismos.

“La geografía de la desaparición forzada en este periodo se corresponde con la estrategia de expansión territorial de las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia) en la que se consolidan los territorios con presencia histórica de los grupos paramilitares, se conectan mediante una estrategia de copiamiento territorial y se expanden a nuevos territorios, siguiendo el lineamiento estratégico de conectar el noroccidente con el nororiente del país desde Urabá hasta Catatumbo, pasando por el Alto Sinú y San Jorge, el Bajo Cauca Antioqueño, el norte del Magdalena Medio, el Sur de Bolívar y el Área Metropolitana de Cúcuta.

Este corredor territorial permitía separar el norte del centro de país y garantizar la consolidación del norte del país como zona de retaguardia estratégica de las AUC.”⁵²

Por su parte, las cifras del Banco de datos indican lo siguiente hasta el año 2003:

PARAMILITARISMO DE ESTADO EN COLOMBIA CONSOLIDADO GENERAL DE VÍCTIMAS 1988 - 2003

Victimas	Total
Personas Ejecutadas	11.161
Personas Desaparecidas	1.869
Personas Torturadas	164
Personas Ejecutadas Torturadas y Desaparecidas	100
Personas Ejecutadas y Torturadas	1.030
Personas Ejecutadas y Desaparecidas	107
Personas Desaparecidas y Torturadas	45
Total Víctimas	14.476

BANCO DE DATOS DE DERECHOS HUMANOS Y VIOLENCIA POLÍTICA - CINEP, DICIEMBRE 2004

De acuerdo con lo anterior, hasta el desarrollo del proceso de desmovilización de grupos paramilitares, estos habían ocasionado 14.476 víctimas registradas.

En lo que va corrido del año 2017, según el último informe publicado por Indepaz, han sido asesinados 46 líderes, defensores de derechos humanos, 12 de ellos por parte de grupos paramilitares y 31 por actores armados sin identificar.

Así mismo, se ha establecido que 8 miembros de las FARC o familiares han sido asesinados por grupos paramilitares en lo que va corrido del año 2017.

Frente a un escenario de violencia como el descrito anteriormente, se hace indispensable plantear el derecho a la no repetición como un derecho fundamental, si se quiere complementario al derecho a la paz. La consagración de este derecho en la Constitución Política constituye además un ejercicio de memoria necesario para recuperar y garantizar la verdad y la dignidad de las víctimas del conflicto armado en un país en el que los altos niveles de victimización han

tenido entre sus múltiples causas, la connivencia de las Fuerzas Militares y otros organismos estatales con estructuras paramilitares, así como la recurrente omisión del deber de protección para con los pobladores de extensas regiones del país.

De esta manera, garantizar la no repetición ante graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario es inescindible del Derecho a la Paz. Constituye un derecho de las víctimas y de la sociedad y una obligación del Estado, quien deberá realizar los cambios institucionales que la garanticen, comenzando por la consagración de la no repetición como un derecho fundamental y la proscripción de la conformación de grupos armados de carácter privado y en particular de grupos paramilitares.

Así mismo, vale la pena señalar que por sus características, algunos actos violentos deben ser proscritos constitucionalmente a pesar de que se encuentren tipificados como delitos, pues su prohibición debe constituirse en el más alto rango legal debido a que su comisión constituye un crimen de lesa humanidad. Este es el caso de la desaparición forzada, contemplada como delito en el artículo 165 del Código Penal e igualmente proscrita en el artículo 12 de la Constitución Política, lo mismo ocurre con la Tortura prohibida en el mismo artículo constitucional y establecida como delito en el artículo 178 del Código Penal y finalmente sucede con la discriminación, prohibida en el artículo 13 de la Constitución y establecida como delito en los artículos 134a y 134b del Código Penal. En este sentido, la prohibición de creación de grupos paramilitares, merece un desarrollo específico en la Constitución Política de Colombia, si se toma en cuenta el grave impacto que la organización y desarrollo de estos grupos han tenido sobre el país. Así mismo, es necesario proscribir constitucionalmente todas las conductas tendientes a la promoción, instigación, organización, instrucción, financiación, apoyo, tolerancia, encubrimiento, favorecimiento, financiación, empleo oficial o privado de este tipo de organizaciones, pues como se ha demostrado, estas solo pueden funcionar y causar el nivel de daño que han ocasionado en el país, gracias al apoyo recibido por diversos sectores de la sociedad colombiana, igualmente es necesario prohibir que este tipo de grupos u organizaciones sustituyan o auxilien la acción legítima de la Fuerza Pública o los organismos judiciales del Estado, o pretendan sustituirla o auxiliarla.

La razón que sustenta la necesidad de dar carácter constitucional a la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de este tipo de organizaciones, corresponde al imperioso requerimiento de que dicha Unidad actúe con la mayor autonomía posible, puesto que las complejas estructuras o redes de apoyo a este tipo de organizaciones comprometen a amplios sectores de la institucionalidad colombiana que podrían incidir en sus actuaciones y decisiones si no se garantiza la autonomía suficiente.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, se propone el siguiente pliego de modificaciones:

⁵² Informe HASTA ENCONTRARLOS, El drama de la desaparición forzada en Colombia, 26 de noviembre del 2016, Centro Nacional de Memoria Histórica, Observatorio de Memoria y Conflicto. Fecha de Corte: 15/09/2016.

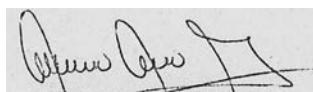
PLIEGO DE MODIFICACIONES

TEXTO PRESENTADO POR EL GOBIERNO NACIONAL	TEXTO PROPUESTO EN PONENCIA PARA PRIMER DEBATE APROBADO	EXPLICACIONES
<p>Artículo 1°. Como una garantía de No Repetición y con el fin de contribuir a asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, y en particular de la Fuerza Pública, en todo el territorio, se prohíbe la creación, promoción, instigación, organización, instrucción, financiación, apoyo, tolerancia, encubrimiento o favorecimiento de grupos civiles armados organizados ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus estructuras o prácticas, grupos de seguridad ilegales o de justicia privada u otras denominaciones equivalentes. La ley regulará los tipos penales relacionados con estas conductas.</p>	<p>Artículo 1°. <u>Adiciónese el artículo 22 A a la Constitución Política de Colombia, el cual quedará así:</u> Artículo 22A: Como una garantía de No Repetición y con el fin de contribuir a asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, y en particular de la Fuerza Pública, en todo el territorio, se prohíbe la creación, promoción, instigación, organización, instrucción, financiación, apoyo, tolerancia, encubrimiento o favorecimiento, <u>financiación o empleo oficial y/o privado</u> de grupos civiles armados organizados <u>con fines ilegales</u> ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus <u>redes de apoyo</u>, estructuras o prácticas, grupos de seguridad <u>ilegales con fines ilegales</u> o de justicia privada u otras denominaciones equivalentes. La ley regulará los tipos penales relacionados con estas conductas, <u>así como las sanciones disciplinarias y administrativas correspondientes.</u></p>	<p>Se incluyen modificaciones con el fin de establecer la ubicación del artículo en la Constitución Política de Colombia, incluyendo referencias al texto del Acuerdo de Paz en cuanto a la financiación o empleo oficial y/o privado de grupos organizados al margen de la ley. Se elimina la palabra ilegales, pues se considera que la prohibición debe adelantarse sobre cualquier tipo de organización armada de carácter civil. Se incluye la expresión redes de apoyo y con fines ilegales por considerar que sirven para delimitar el objetivo de la prohibición constitucional que se presente establecer. Se establece que la ley regulará las sanciones disciplinarias y administrativas correspondientes.</p>
<p>Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.</p>	<p>Artículo 2°. <u>Adiciónese a la Constitución Política, el artículo transitorio 253A, el cual quedará así:</u> <u>Artículo transitorio 253A. Con el fin de garantizar el cumplimiento de la prohibición descrita en el Artículo 22A, créase al interior de la Fiscalía General de la Nación una Unidad Especial de Investigación, con autonomía para decidir sus líneas de investigación, mecanismos de escogencia de sus funcionarios, y cuyas competencias serán las establecidas en el punto 3.4.4 del Acuerdo Final, para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo.</u> <u>El Gobierno nacional a través de Decreto Reglamentario establecerá su autonomía, naturaleza, funcionamiento y mecanismos de designación de sus integrantes y su director.</u></p>	
<p>Artículo 3°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.</p>	<p>Artículo 3°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.</p>	

Proposición

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, solicito a los honorables miembros de la Comisión Primera Constitucional del Senado dar primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 04 de 2017 Senado, por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, Conforme al pliego de modificaciones que se adjunta, en espera del apoyo del Gobierno de las modificaciones.

Atentamente,



ALEXANDER LOPEZ MAYA
Senador República
Ponente.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 04 DE 2017 SENADO

por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado.

El Congreso de Colombia

En virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz,

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 22A a la Constitución Política de Colombia, el cual quedará así:

Artículo 22A. Como una garantía de No Repetición y con el fin de contribuir a asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, y en particular de la Fuerza Pública, en todo el te-

territorio, se prohíbe la creación, promoción, instigación, organización, instrucción, apoyo, tolerancia, encubrimiento o favorecimiento, financiación o empleo oficial y/o privado de grupos civiles armados organizados con fines ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas, grupos de seguridad con fines ilegales u otras denominaciones equivalentes.

La ley regulará los tipos penales relacionados con estas conductas, así como las sanciones disciplinarias y administrativas correspondientes.

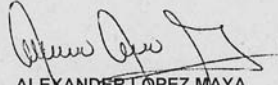
Artículo 2°. Adiciónese a la Constitución Política, el artículo transitorio 253A, el cual quedará así:

Artículo transitorio 253A. Con el fin de garantizar el cumplimiento de la prohibición descrita en el artículo 22A, créase al interior de la Fiscalía General de la Nación una Unidad Especial de Investigación, con autonomía para decidir sus líneas de investigación, mecanismos de escogencia de sus funcionarios, y cuyas competencias serán las establecidas en el punto 3.4.4., del Acuerdo Final, para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenazan o atentan contra las personas que participan en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo.

El Gobierno nacional a través de decreto reglamentario establecerá su autonomía, naturaleza, funcionamiento y mecanismos de designación de sus integrantes y su director.

Artículo 3°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

Atentamente,



ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador República
Ponente.

* * *

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 87 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., mayo de 2017

Doctor

CARLOS FERNANDO MOTOA

Presidente

Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 87 de 2016 Senado, por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condena-

dos por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.

Señor Presidente:

En cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 5ª de 1992 y respondiendo a la designación hecha por la Mesa Directiva como ponente único de esta iniciativa, me permito rendir informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 87 de 2016 Senado, *por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.*

La presente ponencia se desarrollará de la siguiente manera:

1. Antecedentes
2. Objeto y Justificación del proyecto
3. Pliego de modificaciones
4. Proposición.

1. ANTECEDENTES

El proyecto de ley objeto de estudio, es iniciativa de la honorable Senadora Nadia Blel Scaff, presentado el pasado 8 de septiembre de 2016 y publicado en *Gaceta del Congreso* número 606 de 2016 con fecha 10 de octubre de 2016.

En continuidad del trámite legislativo, el Proyecto de ley número 87 de 2016, fue remitido a la Comisión Primera Constitucional Permanente, siendo designado como ponente para primer debate el honorable Senador Hernán Francisco Andrade Serrano, quien efectuó ponencia positiva tal como consta en *Gaceta del Congreso* número 214 de 2017.

2. OBJETO Y JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

El proyecto tiene por objeto la protección de la libertad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes del territorio nacional mediante el establecimiento de la inhabilidad para desempeñar cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad dirigida a quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales establecido en el Título IV de la Ley 599 de 2000 en donde el sujeto pasivo de la conducta haya sido un menor.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA INICIATIVA

En el último año, hasta mil millones de niños han sufrido violencia física, sexual o psicológica, según un estudio publicado recientemente en *Pediatrics*. El homicidio es una de las cinco causas principales de muerte entre los adolescentes. Uno de cada cuatro niños padece maltrato físico, y casi una de cada cinco niñas sufre abusos sexuales al menos una vez en su vida.

Para contrarrestar esta realidad global, la organización mundial de la salud (OMS) y los organismos asociados promueven la política de acción "Inspire", esta incluye siete estrategias que conjuntamente ofrecen un marco global para poner fin a la violencia

contra los niños. Dentro de este marco, cada una de las estrategias se presenta con un objetivo y una justificación propios, unos efectos potenciales, una serie de medidas específicas para su aplicación y pruebas de su eficacia.

La primera estrategia corresponde a “Aplicación y vigilancia del cumplimiento de las leyes” destinada a garantizar la aplicación y la vigilancia del cumplimiento de las leyes para prevenir los comportamientos violentos, reducir el consumo excesivo de alcohol y limitar el acceso de los jóvenes a las armas de fuego y de otro tipo. Las leyes que prohíben comportamientos violentos como los abusos sexuales o los castigos violentos a los niños ponen de manifiesto que la sociedad no considera aceptables estas formas de conducta y permiten reclamar responsabilidades a quienes incurrir en ellas. Las leyes y las políticas pueden servir también para mitigar los principales factores de riesgo de la violencia contra los niños.¹

En esa medida, se recomienda a los países miembros crear leyes que proscriban los actos violentos y más aún aquellas que establezcan garantías de protección y prevención de los menores frente a circunstancias de riesgo; así, la iniciativa en mención busca materializar dichas garantías mediante la configuración de un régimen de inhabilidades para desempeñar cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad derivado de sentencias condenatorias por delitos sexuales contra menores de edad, como la creación del registro de inhabilidades que debe ser verificado al momento de contratar en dichos oficios, como una forma de mermar los riesgos socioculturales relacionados con los delitos al desarrollarse relaciones de desigualdad y subordinación de poder entre adultos, niños, niñas que poseen antecedentes respecto a las conductas punibles sexuales.

La medida busca la protección del menor frente a la falta de garantías en los procesos de resocialización al interior de los establecimientos carcelarios, dada las situaciones precarias en las cuales se encuentra el sistema carcelario colombiano y la ausencia de política criminal de rehabilitación frente a delitos sexuales.

• CIFRAS VIOLENCIA SEXUAL MENORES DE EDAD EN COLOMBIA

En torno a los actos de violencia sexual en menores las cifras son preocupantes, cada hora dos niños o niñas son agredidos sexualmente en Colombia, el estudio, que recoge datos del Instituto de Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, revelan que aproximadamente cada día en el país 39 niños o niñas son víctimas de abuso sexual, siendo el principal escenario del delito el hogar de la víctima con un 40%.

De acuerdo con datos aportados por el Instituto Nacional de Salud, para el primer semestre del año 2015 el total de niños, niñas y adolescentes reportados por el Sistema de Vigilancia en todas las violencias de género fue de 17.643, de los cuales el 69,6% (12.275) fueron niñas y el 30,4% (5.368) fueron niños. Del to-

tal el 40.5% fueron violencias sexuales, 6.195 casos en niñas y 960 en niños entre los 0 y 19 años de edad.

La distribución por edad en niñas y niños registró que el 49.84% de los casos se presentaron en las edades de 10 a 14 años, seguido de 5 a 9 años con un porcentaje de 20,99%, de 15 a 19 años se reportó en un 15,82% y en las edades de 0 a 4 años de edad con un 13.35%. Para las niñas el mayor número de casos se registró en las edades de 10 a 14 años (3.297), a diferencia de los niños que en la edad en la que más se registraron casos fue de 5 a 9 años (373), seguido de los niños de 10 a 14 años.

Las formas de violencias sexuales que se reportaron fueron abuso sexual con un 83,5% de los casos, violación con un 6.3%, actos sexuales abusivos 5.5%, acoso sexual con un 4.3% y 0,1% trata con fines de explotación y explotación sexual. Si bien las violencias sexuales que más se reportan en niños y niñas son los actos sexuales abusivos, el abuso sexual, el acoso sexual y la violación, se reportaron en niñas 13 casos y en niños 2 casos de explotación sexual comercial.

Tomado de informe de cumplimiento de la Ley 1146 de 2007 “por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente Tabla 6. Número de casos por formas de violencia sexual por edad y sexo en Colombia. Año 2015, I semestre

Violencias sexuales	Niñas					Niños				
	0 a 4	5 a 9	10 a 14	15 a 19	T	0 a 4	5 a 9	10 a 14	15 a 19	T
Abuso Sexual	636	972	2.796	767	5.171	203	327	209	61	800
Acoso Sexual	30	54	141	41	266	8	17	14	6	45
Violación	15	40	211	152	418	7	10	14	5	36
EXNNA			7	6	13	1		1		2
Turismo Sexual			1		1				1	1
Trata con fines de Explotación Sexual			2	3	5					
VX Conflicto Armado				1	1					
Actos Sexuales violentos	33	63	139	85	320	22	19	31	4	76
TOTAL	714	1.129	3.297	1.055	6.195	241	373	269	77	960

*Fuente: Sistema de Vigilancia en Salud Pública de violencia de Género del Instituto Nacional de Salud.

Los agresores sin relación familiar, se registraron en un 32,6% del total, de ellos el 20,82% fue el amigo (a), el 20,41% un desconocido, el 19,12% un vecino (a), un 13,14% conocido sin ningún trato, 3,83% un profesor y los demás agresores se registraron en menos del 2%.

Tomado de informe de cumplimiento de la Ley 1146 de 2007, por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente Tabla 8. Número de casos de violencia sexual por agresor no familiar y sexo en Colombia. Año 2015 I semestre.

Agresor familiar	Niñas	Niños	Total	%
1. Profesor (a)	89	15	104	3,83
2. Amigo(a)	454	111	565	20,82
3. Compañero de Trabajo(a)	15	12	27	0,99

¹ http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/inspire/INSPIRE_ExecutiveSummary_ES.pdf

Agresor familiar	Niñas	Niños	Total	%
4. Compañero de estudio(a)	45	30	75	2,76
5. Custodio (a)	1		1	0,04
6. Desconocido	495	59	554	20,41
7. Vecino (a)	409	110	519	19,12
8. Conocido sin ningún trato	299	63	362	13,34
9. Sin información	5		5	0,18
10. Otro	356	59	415	15,29
11. Mi jefe	66	12	78	2,87
12. Sacerdote/Pastor	2	2	4	0,15
13. Servidor Público	3	2	5	0,18
Total general	2.239	475	2.714	100,00

*Fuente: Sistema de Vigilancia en Salud Pública de la violencia de Género.

Los delitos que más se registraron tanto en niños como niñas de acuerdo con las estadísticas reportadas por la Policía Nacional fueron acceso carnal abusivo con menor de 14 años (48,92%), acto sexual violento (15,90%) y acceso carnal violento (13,73%), los demás delitos se reportaron en un porcentaje menor 10%. Los primeros seis delitos con mayor porcentaje se registran igual en niños y niñas. Pero luego se presentan delitos diferentes, en los dos sexos, en niñas se reportó el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, explotación sexual y pornografía con menores, entre otros.

Tomado de informe de cumplimiento de la Ley 1146 de 2007 “por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

Tabla 18. Casos por presuntos delitos de violencia sexual según sexo. Colombia enero a junio de 2015.

DELITO	NIÑAS	NIÑOS	TOTAL	%
ARTÍCULO 205. ACCESO CARNAL VIOLENTO	153	18	171	13,73
ARTÍCULO 206. ACTO SEXUAL VIOLENTO	171	27	198	15,90
ARTÍCULO 207. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR	5	0	5	0,40
ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	523	86	609	48,92
ARTÍCULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	88	15	103	8,27
ARTÍCULO 210 A. ACOSO SEXUAL	57	4	61	4,90
ARTÍCULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR	10	2	12	0,96
ARTÍCULO 211. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS (CIRCUNSTANCIAS AGRAVACIÓN)	2	0	2	0,16
ARTÍCULO 211. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR (CIRCUNSTANCIAS AGRAVACIÓN)	6	0	6	0,48

DELITO	NIÑAS	NIÑOS	TOTAL	%
ARTÍCULO 211. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR (CIRCUNSTANCIAS AGRAVACIÓN)	6	3	9	0,72
ARTÍCULO 211. ACCESO CARNAL VIOLENTO (CIRCUNSTANCIAS AGRAVACIÓN)	1	0	1	0,08
ARTÍCULO 211. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS (CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN)	6	2	8	0,64
ARTÍCULO 213. INDUCCIÓN A LA PROSTITUCIÓN	3	0	3	0,24
ARTÍCULO 218. PORNOGRAFÍA CON MENORES	49	8	57	4,58
TOTAL	1080	165	1245	100,00

*Fuente: Observatorio del delito-DIJIN PONAL. Ministerio de Defensa Nacional Dirección de estudios estratégicos – Información preliminar sujeta a variación de violencia sexual.

La información hace referencia al Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial -SIERJU donde se reportó la información de las principales ciudades (Distritos) del país de acuerdo a los circuitos que hacen parte de ella, así:

- Barranquilla: con su circuito propio, además de Sabanalarga y Soledad.
- Buenaventura: que pertenece al Distrito de Buga.
- Cartagena: con su propio circuito y el de Carmen de Bolívar, Magangué, Mompós, Simití y Turbaco; y
- Santa Marta: con Ciénaga, El Banco, Fundación, Pivijay, Plato, y el suyo propio.

El sistema de información SIERJU no cuenta información de víctima, por eso se reportará el número de casos como ingresos y egresos efectivos realizados durante enero a junio del 2015.

En ese sentido, en total ingresaron a la Rama Judicial 13.026 delitos de violencia sexual, así:

- Contra la libertad, integridad y formación sexuales, de actos sexuales abusivos - actos sexuales con menor de catorce años (24,91%).
- Contra la libertad, integridad y formación sexuales, de los actos sexuales abusivos - Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (21,35%).

- Contra la libertad, integridad y formación sexuales, de la violación - Acceso carnal violento (16,71%) y

Contra la libertad, integridad y formación sexuales, de la violación - Acto sexual violento (8,69%), lo otros delitos se reportan con menos de un 1,5%.

RÉGIMEN DE INHABILIDADES

Los regímenes de inhabilidades establecidos ya sea por disposición del constituyente o por el legislador corresponden a una serie de impedimentos, incapacidad e ineptitud para el desempeño de un empleo o ejercicio de funciones en específico derivados de causa de tipo natural, jurídico o moral; con el ánimo de salvaguardar el interés general.

El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación. En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. En el otro grupo se hallan las inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados. Desde este segundo punto de vista, la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción, sino una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad, imparcialidad y moralidad del aspirante.

Aquellas derivadas de las sanciones que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado; donde no solo tienen una connotación sancionatoria, sino que también tienen consecuencias respecto de las condiciones de idoneidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad e imparcialidad exigidas por la administración a sus contratistas, teniendo en cuenta que el cumplimiento de estos acuerdos contractuales compromete el interés general y, en algunos casos, las condiciones dignas dentro de las cuales se debe desarrollar la convivencia de las personas que integran la comunidad.

La inhabilidad permanente propuesta en la presente iniciativa, se encuadra en aquellas fundamentadas en la potestad sancionadora del Estado, como una forma de salvaguardar un interés superior que en dicho caso sería la protección de los derechos de los niños fundamentados en el artículo 4° Constitucional.

Esta inhabilidad intemporal o de vigencia indefinida tal como lo ha decantado la jurisprudencia constitucional, no vulnera las garantías fundamentales, siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tampoco podría calificarse de inconstitucional el carácter intemporal que la norma le reconoce a la prohibición allí prevista, pues, tal como lo ha venido afirmando esta Corporación y ahora se reitera, las causales de inelegibilidad “sin límite de tiempo”, estructuradas a partir de la existencia previa de antecedentes penales, esto es, de sentencias condenatorias por delitos no políticos ni culposos, no conllevan un desconocimiento del Estatuto Superior –particularmente del principio de imprescriptibilidad de las penas– toda vez que el fundamento de su consagración no reposa en la salvaguarda de derechos individuales, sino en la manifiesta necesidad de garantizar y hacer prevalecer el interés general.

Si bien, la inhabilidad para desempeñar cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidas en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad aplicada a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales contra menores, restringe derechos en el ámbito particular, tal condicionamiento se realiza con el fin de proteger un interés superior de rango constitucional y una obligación del Estado como ente garante de la especial protección de los niños, tal como lo manifiesta el artículo 5° de la Ley 1098 de 2006 las normas de protección a los niños y adolescentes “son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”.

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y POLÍTICA CRIMINAL

El artículo 44 de la Carta Política, manifiesta la prevalencia de los niños frente a la garantías de los demás, prevé la protección especial de la que son objeto por parte de la familia, la sociedad y el Estado, quienes adquieren la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Atendiendo a esta obligación, el Estado debe consultar el interés superior del menor al momento de adoptar toda clase de acciones, medidas, políticas y decisiones que puedan afectarlos, por ello, el legislador ha dado aplicación directa al principio pro infantes resguardando las garantías superiores de los infantes sobre las de los adultos, estableciendo severidad en las penas cuando la comisión de la conducta penal recae sobre un menor de 18 años, veamos:

- El tipo penal de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 233 del Código Penal, que sanciona con pena privativa de la libertad y multa a quien se sustraiga sin justa causa de la prestación de alimentos que legalmente debe proveer, la cual se agrava cuando se presenta contra un menor.

- El legislador adoptó una medida positiva consultando el interés superior del menor (encaminado a que efectivamente se satisfagan sus necesidades básicas de alimentos, educación, salud) e impuso de manera prevalente los derechos del menor sobre el derecho a la libertad de quien incumpla sin justa causa con la obligación de brindar alimentos. Esta es una clara manifestación del interés superior del menor que se protege cuando uno de los llamados –la familia– a satisfacer las necesidades de los infantes, incumple con su deber constitucional y legal, de garantizar el desarrollo integral y la satisfacción de los derechos.

- El mismo ejemplo se repite en otros tipos penales que protegen al menor al sancionar con pena privativa de la libertad los delitos de violencia intrafamiliar, el ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, la adopción irregular, el abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, el estímulo a la prostitución de menores, la pornografía con menores de 18 años[134], el turismo sexual, la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer acti-

vidades sexuales con personas menores de 18 años y la omisión de denuncia[137].

- Así mismo, en el marco de protección y aplicación del principio pro infans, existen circunstancias de agravación punitiva en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, y contra la libertad individual, cuando se trate de menores de catorce años, tal como puede observarse en los artículos 165, 166, 168 a 170, 178 a 181, 188D del Código Penal.

- Puntualmente, en relación con la protección a los menores contra toda forma de explotación y abuso sexual, establece la obligación de los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover su recuperación física, psicológica y su reintegración social, cuando sean víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de trato cruel, inhumano o degradante, lo cual se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad (arts. 34 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño).

La política criminal colombiana ha entendido que la protección especial no sería efectiva si el Estado renunciara a sancionar las conductas que afectan de manera grave derecho de categoría prevalente, en esa medida, las sanciones severas para quienes atentan contra los bienes jurídicos de los menores, además de cumplir con los compromisos internacionales y constitucionales adquiridos por el Estado; envía un mensaje a la sociedad, que los abusos contra personas que por razones físicas y psicológicas no están en capacidad de defenderse, como los menores, revisten un considerable reproche en el juicio de culpabilidad y en general mayor gravedad al momento de hacer efectiva la sanción penal a que hubiere lugar.

Con el establecimiento de la inhabilidad que se propone en la iniciativa además de aumentar la severidad de las sanciones por delitos en contra de menores, refuerza el margen de prevención de violaciones al cual debe atender la actividad del legislador dentro de los parámetros de la protección integral descrita en la Ley 1098 de 2006: “Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior”.

RESOCIALIZACIÓN Y PORCENTAJES DE REINCIDENCIA DE AGRESORES SEXUALES

Distintos estudios criminológicos y de siquiatría forense a nivel mundial, reconocen dos connotaciones importantes que deben ser tenidas en cuenta al momento de establecer políticas criminales frente a agresores sexuales, la primera corresponde a la dificultad de resocialización de los pedófilos o depredadores sexuales de menores y la segunda al alto grado de reincidencia de los agresores sexuales.

Según Luis Raúl Guillamondegui “Vale señalar que en cada caso el riesgo de reincidencia y también de las posibilidades del tratamiento dependen de la tipología del agresor de que se trate y, específicamente, de los factores de riesgo o predictores estáticos (facto-

res inherentes al sujeto o a su pasado, y de allí, de difícil o imposible modificación) y dinámicos específicos de reincidencia sexual (hábitos, valores, cogniciones, bajo status educativo y social, bajo autocontrol, conflictos personales, etc., los que pueden en cierto grado modificarse mediante intervenciones apropiadas).

En materia de delincuencia sexual se cumple la regla que afirma que “el peligro de la reincidencia es mayor cuanto más grave haya sido la carrera delictiva del sujeto”. Por ello, las tareas de predicción de la peligrosidad han de tener en cuenta la gravedad y la frecuencia de las agresiones sexuales consumadas en la carrera delictiva del sujeto.

Así podríamos hablar de un alto riesgo de reincidencia en los supuestos de autores de delitos sexuales violentos (con un plus de violencia más allá de la necesaria para la comisión del hecho), ser reincidente (delitos sexuales y no sexuales), cuando hay evidencias de psicopatologías, la falta de reconocimiento de responsabilidad por el penado, haber sido víctima de abusos físicos y/o sexuales reiterados, falta de motivación y aplicación al tratamiento, entre otras variables.

La reincidencia observada, definida como la comisión y encarcelamiento por un nuevo delito, comprende aquí tanto los delitos como los no sexuales. El 78,5% de los sujetos de la muestra no volvieron a delinquir, un 14,7% reincidieron sexualmente, y un 6,7% cometieron un nuevo delito no sexual. Estas cifras se aproximan a los datos obtenidos en la investigación internacional sobre reincidencia sexual, que informan que el 20% de los agresores sexuales volverá probablemente a delinquir en un período de seguimiento de 5 años (Garrido, Stangeland, y Redondo, 2006; Hanson, 2005; Lösel, 2002).

En Colombia el Instituto Nacional de Prisiones de Colombia (Inpec) no realiza estimaciones de la reincidencia pos penitenciaria de forma sistemática, sino que ha publicado recientemente el número de internos que tenían antecedentes delictivos, que se sitúa cerca del 13% de la población encarcelada actual.

• LEGISLACIÓN COMPARADA ²

Los sistemas de registro como mecanismos de protección social a los niños y niñas frente a las agresiones sexuales han tenido un amplio desarrollo en las legislaciones extranjeras, con adaptaciones propias de cada sistema de derecho.

1. CHILE

a) Registro de inhabilidades por delitos sexuales con menores de edad.

El Registro de Inhabilidades de condenados por delitos sexuales contra menores de edad permite saber si una persona ha sido condenada por violación, abuso sexual, actos de connotación sexual y produc-

² Tomado de informe elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, para la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del proyecto de ley que establece un registro público de condenados por delitos de abusos sexuales cometidos contra menores de edad, Boletín 3234-07, en julio de 2010.

ción de pornografía infantil; sustracción de menores y robo con violencia o intimidación a menores de edad.

b) Acceso de información a la comunidad.

Basta ingresar al sitio web del Registro Civil y acceder al banner Consulta de inhabilidades para trabajar con menores de edad, en el cual de manera sencilla y gratuita obtendrá la información requerida. Ingresando el nombre y Rut de quién consulta y de la persona a verificar, el sistema de manera inmediata indicará si esta se encuentra inhabilitada para trabajar con menores de edad.

2. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

a) Evolución legislativa del sistema de registro de los ofensores sexuales. Desde 1947, California cuenta con una ley de registro para ofensores sexuales condenados, para ser aplicada en todo el Estado. Sin embargo, entre ese año y 1989, solo doce estados habían adoptado leyes de registro. A partir de 1990 la política pública cambia radicalmente, así el estado de Washington promulgó la primera ley de registro y notificación a la comunidad (Community Protection Act of 1990), permitiendo la difusión de la información identificadora de los registrados a las comunidades en las que estos viven.

**INFORME COMISIÓN SEGURIDAD
CIUDADANA**

Una de las leyes que más repercusión ha tenido es la Ley de Megan o Megan's Law de 1994, de Nueva Jersey, basada en la creencia que los ofensores sexuales tienen un nivel de reincidencia mayor que otro tipo de delincuentes. Ese mismo año el Congreso adopta la primera ley de registro a nivel federal, denominada la Ley Jacob Wetterling de Crímenes Violentos en Contra de Niños y Registro de Ofensores Sexuales Violentos (Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act), que exigió a los estados crear registros de los delincuentes condenados por ofensas sexuales violentas o crímenes contra menores de edad, y establece requisitos más estrictos a los delincuentes de mayor peligrosidad. Además, la Ley Wetterling permitió la notificación a la comunidad del contenido del registro.

b) Clasificación de los ofensores sexuales a nivel federal y estatal. La clasificación de los ofensores sexuales en EE.UU. depende de la legislación aplicable, esto es, federal o estatal, pues cada una indica diversos criterios de registro y publicidad. A lo menos quince Estados aplican un enfoque basado en el ofensor (offender-based), mientras que a nivel federal se utiliza uno basado en el delito (offense-based). La AWA (Ley Adam Walsh de Protección y Seguridad Infantil), que establece las condiciones de registro federal, utiliza un enfoque basado en el delito cometido, esto es, a mayor gravedad del delito que dio pie a la condena, el condenado deberá permanecer en el registro durante un mayor tiempo y cumpliendo exigencias más estrictas. Además, todos quienes se encuentren en el registro están sujetos a la notificación de su situación a la comunidad a través de los medios de publicidad que esta indica (a través de Internet, como mínimo). El registro federal establecido por la AWA distingue tres niveles: El Nivel III constituye

la clasificación más grave de un ofensor sexual. En cambio, en muchos Estados, como Massachusetts, se utiliza un enfoque basado en el ofensor, el que refleja las evaluaciones individuales de riesgo o del nivel de peligrosidad actual, en los cuales se fundamentan los grados de publicidad o notificación a la comunidad que tiene cada condenado.

c) Bases de datos y acceso al registro de ofensores sexuales. En la mayoría de los Estados existe un registro central a cargo de la agencia de justicia criminal estatal (por ejemplo, la Policía o el Departamento de Seguridad Pública). Por su parte, existen registros estatales que, como parte del programa de notificación a la comunidad, están disponibles para la ciudadanía a través de números telefónicos gratuitos, líneas de acceso en teléfonos públicos e Internet.

**INFORME COMISIÓN SEGURIDAD
CIUDADANA**

Con el fin de centralizar la información, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ha implementado una página web que permite acceder a un registro nacional de ofensores sexuales. Este sitio web es herramienta de búsqueda que le permite al usuario consultar información sobre delincuentes sexuales a través de una serie de opciones de búsqueda: por nombre, por jurisdicción, por código postal, por condado (si la jurisdicción proporciona esta información), por ciudad/pueblo (si la jurisdicción proporciona esta información) o a nivel nacional.

3. REINO UNIDO

a) Legislación relativa al registro de ofensores sexuales.

La obligación de registro fue impuesta originalmente por la Ley de Ofensores Sexuales (Sex Offenders Act - SOFA) de 1997. En el año 2000, la SOFA fue modificada por la Ley de Justicia Criminal y del Servicio de Tribunales (Criminal Justice and Court Services Act), estableciendo la obligación de los condenados por delitos sexuales de notificar a la policía respecto de cualquier intento de viajar fuera del Reino Unido. Posteriormente, en el año 2003, la Ley de Delitos Sexuales (Sexual Offenses Act) derogó la SOFA y reemplazó todas sus disposiciones, endureciendo los requerimientos registrales recaídos sobre los ofensores sexuales.

b) Clasificación de los ofensores sexuales

Al igual que en los Estados Unidos, el registro de ofensores sexuales los clasifica en tres niveles. En el Nivel 1 se encuentran los delincuentes sexuales registrados. El Nivel 2 incluye a los delincuentes violentos, así como los condenados por un delito sexual que no exige el registro pero que supone una pena superior a 12 meses de prisión. En el Nivel 3 se incluyen a los delincuentes, condenados o no, respecto de quienes la policía y los agentes encargados de su libertad condicional consideren que presentan un riesgo grave de daño al público.

c) Requerimientos de registro. Los ofensores deben registrarse con la policía, en forma personal, dentro de las 72 horas desde que han sido condenados o liberados bajo fianza, indicando, nombre y apellido, fecha de nacimiento, domicilio, número de seguro so-

cial. La base de datos del registro contiene, además: fotografías, factor de riesgo de cada ofensor, modus operandi, y una muestra auditiva. Por su parte, la policía puede solicitar que cualquier condenado por un delito de carácter sexual sea ingresado en el registro.

d) Bases de datos y acceso al registro

El Registro de Ofensores Violentos y Sexuales (Violent and Sex Offender Register, Visor), constituye una base de datos a la que sólo pueden acceder miembros de la Policía y algunos funcionarios del Servicio de Libertad Condicional.

4. CANADÁ

a) Legislación relativa al registro de ofensores sexuales. La ley de Registro de la Información de los Ofensores Sexuales (Sex Offender Information Registration Act-SOIRA) crea un sistema nacional de registro destinado a mejorar la seguridad pública al ayudar a la policía a identificar a los posibles sospechosos que pudieren encontrarse cerca del lugar del delito.

b) Clasificación de los ofensores sexuales. La SOIRA no contempla una clasificación de los delincuentes sexuales de acuerdo a su peligrosidad pero sí establece tres plazos distintos de registro según el delito cometido.

c) Requerimientos de registro. Dentro del plazo de 15 días desde que debe hacerse efectiva la obligación de registro (o 15 días desde el cambio de nombre o domicilio, y una vez al año para efectos de actualizar la información), el ofensor sexual deberá entregar a un centro de registro su nombre, apellido y alias, fecha de nacimiento y sexo, dirección; números de teléfono de su residencia y de su lugar de trabajo, datos de altura, peso y una descripción de toda marca física identificatoria (por ejemplo, tatuajes, cicatrices). Además, el registro deberá contener los datos del o los delitos sexuales por los que ha sido condenado.

d) Bases de datos y acceso al registro. El Registro Nacional de Ofensores Sexuales de Canadá (National Sex Offender Registry (NSOR), de 15 de diciembre de 2004, permite la identificación de todos los delincuentes sexuales registrados que viven dentro de un área geográfica en particular. El público no tiene acceso al registro, pues sólo puede proveer de información a las agencias policiales canadienses.

4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

• Fundamento constitucional

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

• FUNDAMENTO LEGAL

Ley 1329 de 2009, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

Ley 1236 de 2008, por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.

Ley 1146 de 2007, prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes.

Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 679 de 2001, la ley tiene por objeto dictar medidas de protección contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad. Objetivo que se cumplirá a través del establecimiento de normas de carácter preventivo y sancionatorio, y la expedición de otras disposiciones en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

La evolución del legislador en torno a la protección de los menores da cuenta de un marco normativo de prevención y reproche frente a las agresiones sexuales que se materializa mediante el aumento progresivo de las penas, la tipificación de nuevas conductas de violencia contra la integridad sexual, la ampliación de agravantes de las conductas típica y la proscripción de los subrogados penales y disminución de penas frente a estas conductas.

5. ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD DE LA INICIATIVA

En este orden de ideas, cabe desarrollar un análisis de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación a efectos de verificar la constitucionalidad de una medida de esta naturaleza en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así:

- El fin perseguido con el proyecto de ley está dirigido a la preservación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de tal suerte que quienes han sido condenados y han purgado su pena por delitos sexuales en contra de menores, en los términos del Código Penal y la legislación colombiana, tengan una inhabilidad para desplegar actividades futuras con menores en el ámbito laboral, de tal suerte que se evite la posible reincidencia en los delitos. Entonces el fin es constitucionalmente válido, en la medida que pretende la preservación de los derechos de sujetos de especial protección constitucional.

- El medio utilizado es a través del certificado de antecedentes judiciales que en la actualidad lleva la Policía Nacional, así las cosas, a diferencia de ante-

cedentes como el denominado “muro de la infamia”, se busca que el certificado de antecedentes judiciales tenga una sección especial de carácter reservado denominada “Inhabilidades impuestas por delitos sexuales cometidos contra menores de edad”. El Ministerio de Defensa – Policía Nacional solo expedirá certificado de inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores a solicitud de las entidades públicas o privadas obligadas a cumplir con el deber de verificación en los términos del presente proyecto de ley. La solicitud de certificado de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores se realizará por aplicativo virtual que incorporado a la tecnología hoy existente, que incluirá una pregunta adicional donde se señale si la persona del solicitante está aplicando a un empleo que involucre la atención, trato, o cualquier tipo de interacción con menores de edad y, en todo caso, la aceptación bajo gravedad de juramento que la información suministrada será utilizada de manera exclusiva para el proceso de selección personal en los cargos, oficios, profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores. Esto permite que la persona que ha purgado su pena, no resulte estigmatizada socialmente por una pena que ha cumplido, pero al tiempo, impide, conforme a los estudios de carácter penitenciario, social y de reintegración y no reincidencia, que los agresores sexuales a menores, no puedan acceder a empleos que de manera habitual involucren interacción con los menores.

- Relación medio – fin. No existe otro medio menos lesivo al derecho al empleo y al trabajo del postpenado, que, al tiempo, proteja los derechos de los menores. En este sentido, no constituye una carga constante para quien ha purgado su pena, sino que se limita a los empleos que involucren interacción constante con los menores de edad.

No existe entonces, discriminación para el acceso al empleo, buen nombre y honra del postpenado, consiste en verificar bajo parámetros señalados y con el uso de instrumentos de carácter tecnológicos por quien tiene el deber de verificación que la persona que pretende acceder a un empleo, cargo o labor que involucre menores de edad de carácter habitual, no se encuentre incurso en la inhabilidad permanente, ello por tanto no impone condiciones restrictivas que impidan el acceso a todos los empleos, sino tan solo a aquellos para los cuales se determina la inhabilidad, y más bien comporta una actitud necesaria para la salvaguarda de los derechos de los niños ordenados por la Constitución y la ley.

Constituye, bajo los parámetros antes señalados en una exigencia razonable enderezada a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

6. VIABILIDAD DE LA INICIATIVA COMO PROYECTO DE LEY ORDINARIA

A pesar de que la iniciativa trastoca el ejercicio de derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta que, en relación a la reserva de ley estatutaria de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, ha de darse una interpretación de forma restrictiva, pues de lo contrario se vaciaría la competencia del legislador ordinario (**Sentencia C-319 de 2006**). Criterio que toma relevancia frente a derechos y de-

beres fundamentales, pues es evidente que toda norma se refiere directa o indirectamente al ejercicio o restricción de unos derechos fundamentales, así, para la Corte **no todo evento ligado a los derechos fundamentales debe ser tramitado mediante ley estatutaria (Sentencia C-007/17)**, la identificación del trámite a la que está sujeta la norma se hace a partir del contenido material de las disposiciones y no de su identificación formal.

De esta manera, las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de Ley Estatutaria, concretamente en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección, **serán aquellos que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante los cuales se regula en forma íntegra, estructural o completa el derecho correspondiente. (Sentencia C-620/01)**.

Entendiendo como núcleo esencial, “el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse “el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”.

La **Sentencia C-756 de 2008**, recogió los criterios trazados por la jurisprudencia para delimitar el ámbito de esa reserva en materia de derechos y deberes fundamentales agrupándola en cinco reglas interpretativas plasmadas en la jurisprudencia para tal objetivo: “(i) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario; (ii) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material (...). En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe; (iii) Mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria; (iv) Las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada, y (v) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria.

En esa medida tenemos que, dos premisas guían la identificación del trámite legislativo que sujeta a una norma: (i) la reserva de ley estatutaria se rige por una interpretación restrictiva, por lo que la regla general se mantiene a favor del Legislador ordinario, y (ii) el análisis de la normativa objeto de cuestionamiento debe partir de su contenido material, sin importar su identificación formal. Adicionalmente, existen criterios determinantes para establecer la aplicabilidad de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales.

Al aplicar estas premisas al contenido material de la iniciativa objeto de estudio, tenemos que:

I. El proyecto de ley modifica una ley ordinaria (**Ley 599 de 200 Código Penal**), ahora bien, según el artículo 150-2 Constitucional otorga expresamente competencia al Legislador ordinario para su expedición. La Corte ha sido uniforme al reiterar que, en principio, el trámite que les corresponde es el de una ley ordinaria y no el especial de una ley estatutaria, a pesar de que este tipo de normativa regule temas relacionados con derechos fundamentales y la administración de justicia, dos de las materias previstas por la Constitución Política en el artículo 152, para ser aprobados mediante el trámite cualificado; la jurisprudencia ha sostenido que las reglas de procedimiento penal no tienen reserva de ley estatutaria, ni la tipificación de delitos o sanciones. De este modo, se han declarado inexecutable provisiones de la Ley de Administración de Justicia que regulaban materias propias del Código de Procedimiento Penal y se han declarado exequibles los Códigos Penal y de Procedimiento Penal; así como normas que han modificado este último (**Sentencia C-007/17**).

II. Si bien se crea un registro de inhabilidades, que involucra la restricción de algunos derechos fundamentales, no trastoca el núcleo estructural de los mismos; ni tiene por **objeto directo** desarrollar el régimen de derechos fundamentales con la pretensión de ser una regulación “*integral, completa y sistemática*”.

En esa medida, al no configurarse los criterios restrictivos de las leyes estatutarias, se aplica la cláusula general, según la cual, es de competencia del legislador ordinario la expedición de un régimen de inhabilidades que propende a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del territorio nacional.

7. TRÁMITE EN COMISIÓN PRIMERA

En debate surtido ante la Comisión Primera Permanente Constitucional se aprobó proposición modificatoria del artículo 1° de la iniciativa, a fin de extender la aplicación de la inhabilidad no solo a las conductas delictivas cometidas en contra de menores de 14 años, si- no, ampliar el ámbito de aplicación hasta menores de 18 años, de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006, artículo 3°.

Los demás artículos que no tuvieron proposiciones: 2°, 3°, 4° y 5°, fueron aprobados tal como fueron presentados en el texto propuesto de la Ponencia positiva para primer debate Senado, publicado en la **Gaceta del Congreso** número (214 de 2016).

El ponente coordinador acoge el artículo aprobado en Comisión Primera Constitucional sin establecer pliego de modificaciones para la iniciativa.

Proposición

Por las anteriores consideraciones y haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 153 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir Ponencia Positiva y solicito dar segundo debate al **Proyecto de ley número 87 de 2016 Senado**, por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos

contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones, en el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado.



HERNÁN F. ANDRADE SERRANO
Senador de la República

De conformidad con el inciso 2° del artículo 165 de la Ley 5ª de 1992, se autoriza la publicación del presente informe.

Presidente,
LEGISLATIVO

CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Secretario,
LEGISLATIVO

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN PRIMERA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 87 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 219 C a la Ley 599 de 2000, el cual quedara así:

Inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores: Las personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años de acuerdo con el Título IV de la presente ley; serán inhabilitadas para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad en los términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; o quien haga sus veces.

Artículo 2°. **Delimitación de cargos, oficios o profesiones.** Corresponde al Gobierno nacional a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores.

Artículo 3°. Registro de inhabilidades por delitos sexuales contra menores de edad. Corresponde al Ministerio de Defensa – Policía Nacional, crear y administrar la base de datos personales de quienes hayan sido declarados inhabilitados por delitos sexuales contra menores de edad, el Gobierno nacional reglamentara la materia.

Asimismo, el certificado de antecedentes judiciales tendrá una sección especial de carácter reservado denominada “Inhabilidades impuestas por delitos sexuales cometidos contra menores de edad”. El Ministerio de Defensa – Policía Nacional solo expedirá certificado de inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores a solicitud de las entidades públicas o privadas obligadas a cumplir con el deber de verificación en los términos de la presente ley.

La solicitud de certificado de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores se realizará por aplicativo virtual que deberá contener como requisitos mínimos:

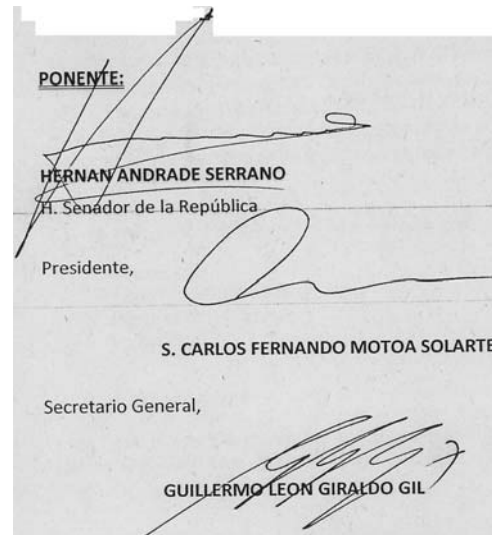
- La identificación de la persona natural o jurídica solicitante.
- La naturaleza del cargo u oficio a desempeñar por la persona sujeta a verificación.
- Autorización previa del aspirante al cargo para ser consultado en las bases de datos.
- Datos del consultado.
- La aceptación bajo gravedad de juramento que la información suministrada será utilizada de manera exclusiva para el proceso de selección personal en los cargos, oficios, profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores.

Artículo 4°. Deber de verificación. Es deber de las entidades públicas o privadas verificar el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores edad, en el desarrollo de los procesos de selección de personal para el desempeño de cargos, oficios, profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores previamente definidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Parágrafo 1°. Una vez agotado el deber de verificación la entidad devolverá el certificado o la información obtenida consultada so pena de sanción por la Superintendencia de Industria y Comercio en los términos y procedimientos establecidos por la Ley 1581 de 2012, protección de datos personales.

Artículo 5°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.

En los anteriores términos fue aprobado el **Proyecto de ley número 87 de 2016 Senado**, por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones, como consta en la sesión del día 2 de mayo de 2017, Acta número 34.



CONTENIDO

Gaceta número 357 - Jueves, 18 de mayo de 2017
 SENADO DE LA REPUBLICA
 PONENCIAS

	Págs.
Informe de ponencia para primer debate, pliego de modificaciones al Proyecto de Acto legislativo número 04 de 2017 Senado, por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado.....	1
Informe de ponencia para segundo debate y texto aprobado por la Comisión Primera al Proyecto de ley número 87 de 2016 Senado, por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones	15