



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 692

Bogotá, D. C., viernes, 2 de agosto de 2019

EDICIÓN DE 43 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

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 068 DE 2019 CÁMARA

por medio de la cual se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos Vinculados a la Comisión de Delitos Violentos de Alto Impacto.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Creación.* Créase, con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Banco Nacional de Datos Genéticos vinculados a la Comisión de Delitos Violentos de Alto Impacto en Colombia.

Artículo 2°. *Definiciones.* Para efectos de la presente ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

- Perfil Genético: Es un patrón de fragmentos cortos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño que son característicos de cada individuo. Dicho patrón es fácilmente convertible en un sencillo código numérico de fácil almacenamiento y comparación con un alto poder de discriminación.
- Banco de Perfiles Genéticos: Es una base de datos que contiene los perfiles genéticos obtenidos a partir de las muestras biológicas recuperadas de los restos humanos de las personas.
- Genotipo: Es el contenido genético de un organismo. La clase de la que se es miembro según el estado de los factores hereditarios internos de un organismo, sus genes y por extensión su genoma.
- Fenotipo: Son las propiedades observables de un organismo. La clase de la que se

es miembro según las cualidades físicas observables en un organismo, incluyendo su morfología, fisiología y conducta a todos los niveles de descripción.

- Células Epiteliales: Son un tipo de células que recubren las superficies del cuerpo. Están en la piel, los vasos sanguíneos, el tracto urinario y los órganos.
- Delitos violentos de alto impacto: Se entenderán como delitos violentos de alto impacto el delito de homicidios tipificado en el Libro II, Título I, Capítulo II de la Ley 599 de 2000 y todos aquellos delitos contra la Libertad e Integridad Sexuales: Son todos aquellos delitos tipificados en el Título IV de la ley 599 de 2000.

Artículo 3°. *Funciones.* En virtud de la dirección y coordinación nacional del Banco Nacional de Datos Genéticos vinculados a la comisión de Delitos violentos de alto impacto, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tendrá las siguientes funciones:

- Ingreso, búsqueda, eliminación, reporte de coincidencias y control de calidad de perfiles genéticos; y laboratorios especializados que procesen las muestras positivas analizadas en los laboratorios de biología y genética del mismo Instituto.
- Igualmente se encargara de hacer seguimiento y capacitar a los diferentes organismos que hacen parte del Sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses, respecto al procedimiento de toma de muestra y cadena de custodia.

El Gobierno nacional reglamentará su funcionamiento en un plazo no mayor de ocho (8) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 4°. *Almacenamiento, Sistematización y toma de material genético.* El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, almacenará y sistematizará en el Banco Nacional de Datos Genéticos vinculados a la comisión de Delitos violentos de alto impacto, la información genética asociada con las muestras o evidencias biológicas que hubieren sido obtenidas en desarrollo de valoraciones médico legales, o necropsias practicadas en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a víctimas de delitos violentos de alto impacto, donde a juicio del forense, pueda recuperarse evidencia biológica potencialmente vinculante de un posible agresor. Igualmente se almacenará la información genética asociada con las muestras biológicas que se recuperen en el lugar de los hechos.

En el marco del Sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en los municipios y/o departamentos donde no se encuentre una sede o personal de ese Instituto, serán los Hospitales o en su defecto las Clínicas privadas quienes se encarguen de recaudar las muestras biológicas de las que trata la presente ley, conforme a lo establecido en el procedimiento de cadena de custodia para asegurar su capacidad demostrativa, así como la ejecución de los procedimientos para su conservación, y enviarlas de forma inmediata al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para su procesamiento e inscripción en el Banco.

Será causal de mala conducta del representante legal del hospital, o clínica el no reporte de las pruebas biológicas, de las que habla el presente artículo. Para clínicas u hospitales privados que no reporten las pruebas biológicas de las que habla en el presente artículo, incurrirán en una multa. El Gobierno nacional en un plazo no mayor a seis (6) meses reglamentará lo concerniente al protocolo de envío de muestras para el estudio del ADN y las sanciones correspondientes.

Parágrafo 1°. El Banco Nacional de Datos Genéticos dispondrá lo necesario para la conservación de un modo inviolable e inalterable de los archivos de información genética y de las muestras obtenidas.

Parágrafo 2°. La información obrante en el Banco será mantenida de forma permanente.

Artículo 5°. *Información Genética.* La información genética registrada consistirá en el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de genotipos, que sean polimórficos en la población, y que carezcan de asociación directa en la expresión de genes y aporten solo información identificatoria apta para ser sistematizada y codificada en una base de datos informatizada.

La información genética registrada en ningún caso podrá conocer y/o comunicar información de otras esferas del individuo que puedan encontrarse en su genoma, como la predisposición

a enfermedades, rasgos de personalidad y en general otros datos que no se relacionen con el objeto de la presente ley.

Artículo 6°. *Inclusión de Perfiles Genéticos.* El Banco Nacional de Datos Genéticos almacenará y administrará los perfiles de ADN de acusados o detenidos de delitos violentos de alto impacto, con el control necesario para evitar su uso inadecuado, ya sea por discriminación genética de las personas o por asociación de perfiles genéticos a comunidades en riesgo de discriminación.

En el Banco Nacional de Datos Genéticos se incluirán los perfiles genéticos en las siguientes categorías:

1. Perfiles de ADN obtenidos de fluidos biológicos, manchas, fragmentos de tejidos o células epiteliales de contacto, sin titular identificado, es decir, de los cuales no se conoce el individuo origen, recuperados sobre las víctimas o en el lugar de los hechos, que tengan potencial de evidencia demostrativa en el contexto de una investigación criminal. Las Regiones de ADN utilizadas en el análisis de estas muestras, solo permitirán conocer la identidad de la persona y su sexo genético. Adicionalmente, y solo con fines de investigación criminalística, podrá usarse información obtenida del ADN, sobre rasgos fenotípicos (color de cabello, color de ojos, edad probable) y ancestralidad de una muestra biológica sin titular.
2. Perfiles de ADN obtenidos de personas vivas o muertas, de quienes se conoce su identidad, que han sido vinculados al proceso judicial ya sea como indiciados, imputados o condenados con sentencia ejecutoriada, que hayan aportado voluntariamente su muestra en presencia de su apoderado.

La edad de la persona vinculada como posible agresor, no será impedimento para la toma de la muestra, podrán incluirse los menores de edad, previa autorización del juez de conocimiento.

Una vez que la sentencia condenatoria se encuentre en firme, el juez o tribunal ordenará de oficio los exámenes tendientes a lograr la identificación genética y su inscripción en el Banco Nacional de Datos Genéticos. Se realizará el perfilamiento de criminales condenados existentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley y se hará sobre la población carcelaria del país condenados por delitos contra la libertad y formación sexual haciendo énfasis en la diferenciación de víctimas menores de edad y los delitos contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio serial.

En el caso donde sea de utilidad tomar y perfilar genéticamente la muestra de una víctima, esta solo podrá hacerse bajo la firma y consentimiento informado expreso para los fines específicos y con la obligación de eliminarse tanto la muestra

biológica, como su perfil de ADN, una vez cumplido su objetivo en la investigación.

3. Se incluyen los perfiles genéticos provenientes de vestigios biológicos obtenidos como evidencia abandonada por persona conocida, siempre que la muestra sea recuperada, se encuentre fuera de la esfera del dominio del titular, por lo que no se requerirá de su consentimiento para la toma y el análisis. Estos elementos podrán obtenerse exclusivamente para uso en la investigación criminalística.

Artículo 7°. Exclusión de Perfiles Genéticos. Serán excluidos del Banco Nacional de Datos Genéticos vinculados a la comisión de delitos violentos de alto impacto, bajo los siguientes criterios:

- a) Para personas condenadas por delitos que afecten la vida, la libertad, la libertad sexual o propiedad (con violencia) serán excluidos 40 años después del cumplimiento de su condena o cuando el individuo alcance la edad de 80 años.
- b) Cuando se determine que hay ausencia de responsabilidad penal o haya cesación de la acción penal o se aplique alguna de las causales para terminar la acción o sanción penal, se excluirá del Banco de datos una vez no se considere necesaria su retención por parte de una autoridad judicial o por solicitud del mismo.

Artículo 8°. De los procedimientos de búsqueda de los Perfiles Genéticos en el Banco Nacional de Datos Genéticos. El Instituto Nacional de Medicina Legal creará las secciones o índices de perfiles genéticos que sean necesarios para apoyar la investigación judicial de los delitos que trata la presente ley, en los cuales podrá realizar dos tipos de consultas:

1. Búsquedas aleatorias periódicas: Se realizará entre elementos probatorios de origen desconocido, mientras no se conozca su origen. Estos perfiles no son sujetos de derechos y pueden disponerse de ellos para búsquedas periódicas que programará el Instituto Nacional de Medicina Legal sin que se requiera orden judicial específica ni control de legalidad para tomarlos, procesarlos e ingresarlos al Banco Nacional de Datos Genéticos y buscarlos contra el mismo u otro índice o categoría.

En todo caso, el Instituto Nacional de Medicina Legal garantizará la seguridad de las bases de datos en general y los componentes de software y hardware para evitar la pérdida o alteración de los registros contenidos en el Banco Nacional de Datos Genéticos.

También podrán ser objeto de búsqueda aleatoria las evidencias abandonadas que se

ajusten a las condiciones de legalidad descritas anteriormente.

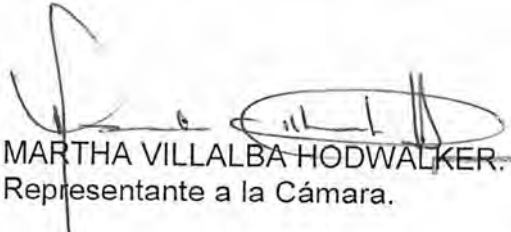
2. Búsquedas Dirigidas o Selectivas: Podrán ser objeto de búsquedas dirigidas o selectivas en el Banco Nacional de Datos Genéticos, aquellos perfiles genéticos de personas identificadas, indiciadas, imputadas o condenadas, solo en respuesta a órdenes judiciales específicas y siempre que exista control de legalidad previo realizado por un juez de garantías.

Artículo 9°. Prohibición del uso de material Genético. Se prohíbe la utilización de cualquier componente de material genético para cualquier fin que no sea la identificación de personas a los efectos previstos en esta ley.

Quien utilice indebidamente el material genético dispuesto en el banco de datos genético, incurrirá en causal de mala conducta sin perjuicio de las demás sanciones a las que haya lugar.

Artículo 10. Los exámenes genéticos se practicarán en los laboratorios debidamente acreditados por el Organismo Nacional de Acreditación (ONAC) que deberá, previa revisión, determinar si cada laboratorio cumple con las exigencias técnicas y legales correspondientes para ser acreditados como institución adecuada para la realización de los exámenes correspondientes.

Artículo 11. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.



MARTHA VILLALBA HODWALKER.
Representante a la Cámara.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Antecedentes del proyecto

Como antecedente del presente proyecto de ley, tenemos que fue radicado en las legislaturas 2016-2017 y 2017-2018 por el honorable Representante Efraín Torres Monsalvo del Partido de la Unidad, quien en ese entonces argumentó la necesidad de la existencia de un Registro que almacenara los datos genéticos relacionados con la comisión de delitos contra la integridad y formación sexuales. Sin embargo, ese proyecto de ley no fue debatido por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

Así mismo, a inicio del nuevo cuatrienio constitucional cuyo período legislativo corresponde los años 2019 - 2021, la iniciativa vuelve a ser presentada por la suscrita con la coautoría de otros congresistas en la insistencia de la creación de datos genéticos como mecanismo en la lucha contra los delitos violentos.

Con base a lo anterior, en esta ocasión, se ha logrado estructurar un proyecto más completo que

abarca no sólo los delitos sexuales sino los demás crímenes violentos que otorgan al Estado una herramienta criminalística en materia probatoria que permita la judicialización efectiva de esas conductas punibles. Además contiene una serie de recomendaciones que en su momento hiciera el Consejo de Política Criminal que hacen del articulado una regulación holística y completa desde el punto de vista técnico. Concomitante con lo anterior, se tuvo en cuenta además los argumentos que producto de discusiones en primer debate se consagraron como parte del nuevo articulado, incluidas las apreciaciones del Instituto de Medicina Legal.

Consideraciones fácticas y de conveniencia del proyecto.

La realidad nacional ha venido dando cuenta sobre la creciente población víctima de delitos sexuales, ello a pesar de los grandes esfuerzos por parte de la Fuerza Pública y la Fiscalía General de la Nación para prevenir este tipo de conductas. Sin embargo ese esfuerzo y trabajo para luchar contra dicho flagelo ha resultado infructuoso, pues como ya se dijera, cada día son más las víctimas de delitos sexuales.

Las cifras sobre delitos sexuales en Colombia nos muestra un panorama para nada alentador, toda vez que según datos de la Fiscalía General de la Nación para el año 2014 se interpusieron 36.508 denuncias por delitos sexuales, en 2015, 39.358 denuncias y para el 2016, 38.443 denuncias por los mismos delitos¹. Por su parte, la Federación Nacional de Personerías de Colombia señaló que en 2015, (21.626) personas denunciaron haber sido víctimas de violencia sexual en Colombia, casi el doble de las que se reportaron en el 2013 (11.293) y en el 2014 se registraron (12.563) denuncias².

De lo anterior se infiere que esas cifras alarmantes obligan al Estado a buscar de forma inmediata mecanismos que permitan coadyuvar la investigación eficiente y eficaz que sirva de soporte probatorio para la judicialización y represión de ese tipo de conductas, pues el aumento diario en la interposición de denuncias por agresiones sexuales, dan fe de la inexistencia de herramientas técnicas y jurídicas adecuadas para la prevención, tratamiento y penalización de tan reprochable flagelo.

Ahora bien, resulta dable cuestionar lo siguiente: ¿Por qué a pesar de la labor de la Fiscalía y fuerza pública del país se siguen presentando de manera creciente, casos de violaciones y actos sexuales abusivos? ¿Está siendo eficaz la administración

de justicia en la investigación y juzgamiento de este tipo de delitos? ¿Tiene un enfoque diferencial la política criminal del estado para la prevención de ese tipo de conductas? El ofrecimiento de respuestas contundentes y totalmente acertadas resultaría pretencioso y poco modesto. Sin embargo con la presente propuesta de ley, de manera sensata, se persigue aportar herramientas probatoriamente útiles desde el Sistema Nacional de Medicina Legal con vocación de eficacia para el tratamiento de los delitos sexuales y demás crímenes violentos, y se dice con vocación de eficacia debido a la remisión que se hará a la experiencia de otros países que para el manejo de los delitos en comento han implementado medias como las que con este proyecto de ley se buscan establecer.

Así las cosas, el derecho comparado nos muestra que en países como Gran Bretaña donde se encuentra la base de datos más grande del mundo, que alcanza las 38 millones de huellas genéticas de violadores y homicidas. Además, cuenta con un sistema de seguimiento satelital a delincuentes sexuales.

A su vez, en Estados Unidos, el Registro existe desde 1996 con la denominada Ley Megan, que autoriza la publicación en un sitio Web de los datos personales de quienes hayan sido penalizados por este tipo de delitos. Mediante registros especiales brinda difusión acerca de las características y rasgos personales de agresores sexuales.

Por su parte, en Francia, desde 1998, una ley obliga al seguimiento de delitos sexuales reincidentes y la policía está autorizada a almacenar ADN, incluso de sospechosos no condenados. En Australia hay un registro de condenados reincidentes, a los que se puede privar de la libertad en forma indefinida³.

Lo anterior demuestra la utilidad que ofrece la creación de un Banco de Datos Genéticos vinculados a la comisión de delitos que afectan la integridad, libertad y formación sexuales, pues legislaciones foráneas han venido implementando este tipo de políticas tiempo atrás, siendo prueba de su practicidad y beneficio, el uso en la actualidad como herramienta facilitadora de la investigación de delitos sexuales, lo cual toma trascendencia cuando se trata de concurso homogéneo y sucesivo, o en términos coloquiales, violaciones en serie; resultando claro entonces, que en virtud del análisis producto del derecho comparado y tomando como base la legislación Argentina de ese Registro adoptando nuestras propias particularidades, resultaría de gran

¹ Cifras tomadas de Respuesta de Derecho de Petición de la Fiscalía General de la Nación No.

² Estudio de la Federación Nacional de Personerías de Colombia (Fenalper 2016), cifras publicados en el diario *El Tiempo*: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/cifras-sobre-violencia-sexual-en-colombia-en-2015/16601372>

³ Información recolectada del Diario virtual la Nación de Argentina, noticia publicada luego de la expedición de la ley que creó El Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual para el año 2013. Extraído de <http://www.lanacion.com.ar/1597615-que-es-y-como-funcionara-el-registro-de-violadores>.

provecho para nuestro ordenamiento la adopción de esa normatividad como la que se pretende con este proyecto de ley, ya que contribuiría en gran manera a combatir el fenómeno creciente de la criminalidad por la comisión de delitos sexuales.

Ahora bien, el Banco Nacional de Datos Genéticos vinculados a la comisión de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales y crímenes violentos” como herramienta para la investigación, judicialización y represión de tales comportamientos, requiere de la recopilación, sistematización y conservación en base de datos de la información genética de personas vinculadas a la comisión de delitos sexuales, lo cual trastoca la esfera de garantías fundamentales como el habeas data y el derecho a la intimidad que son inherentes a la dignidad humana, pero ello no quiere decir que se trate de una intervención arbitraria ni mucho menos ilegítima en los derechos de la persona que se investiga, pues La Honorable Corte Constitucional al respecto de la afectación de derechos fundamentales dentro de un proceso penal precisó lo siguiente:

*“En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales”.*⁴ (Negrillas y subrayado nuestro).

Tal pronunciamiento del supremo tribunal Constitucional precisa la forma en la que el ente investigador debe proceder para afectar los derechos de la persona vinculada a un proceso penal, pues para que ello ocurra deben existir suficientes motivos fundados que permitan inferir razonablemente que el sujeto procesado es autor o partícipe del delito que se investiga, ya que dicha inferencia es la que permite que el juez constitucional, en este caso el que cumple funciones de control de garantías, autorice a la fiscalía para que proceda a intervenir en los derechos de la persona investigada. Y es que el Estado como titular del ius puniendi, cuyo ejercicio reposa en cabeza de la fiscalía y en casos excepcionales de particulares previa autorización de esta última, goza de facultades para afectar

derechos fundamentales de los ciudadanos, siempre que dicha afectación se fundamente en la consecución de un fin legítimo - justicia como fin legítimo del estado (preámbulo constitucional).

De este modo, el almacenamiento de la información genética de presuntos autores y personas condenadas por delitos sexuales, sin duda alguna interfiere en el derecho fundamental al habeas data, entendido como el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas⁵, Así como también se afecta el derecho a la intimidad. Sin embargo tales afectaciones encuentran soporte en finalidades legítimas, pues el principio de proporcionalidad como estandarte para dirimir conflictos cuando se encuentran en tensión derechos fundamentales⁶, conduce a concluir que las Garantías de habeas data, intimidad personal de una persona investigada penalmente deben ceder ante los valores de justicia, verdad y reparación como derechos de las víctimas de agresiones sexuales.

Conforme a las anteriores razones y en virtud de la justicia como valor supremo de la sociedad, los tratados y convenios internacionales enseñan que para el goce pleno de dicho bien social no basta solo con alcanzarla, sino que su consecución debe darse dentro de un plazo razonable, pues la justicia tardía carece de virtud tuitiva, el artículo octavo (8°) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁷ hace parte del bloque de constitucionalidad⁸ y resalta la obligación que tienen los Estados partes de resolver con prontitud las controversias que se susciten entre sus administrados, pues una persona acusada por la comisión de un ilícito o una víctima que clama reparación deben contar con la resolución de su caso sin dilaciones injustificadas.

Consecuente con lo arriba esbozado, se puede decantar que la sistematización de datos genéticos de autores de delitos sexuales en El Registro

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T- 277 de 2015. MP. doctora María Victoria Calle Correa.

⁶ Juez de control de garantías como juez constitucional dentro del proceso penal luego de un estricto juicio de proporcionalidad autoriza mediante control previo de constitucionalidad la afectación de derechos fundamentales y en ejercicio del control posterior de constitucionalidad válida o no la legalidad y licitud de las evidencias obtenidas como resultado de ese tipo de afectaciones. (Capítulo III artículo 246 y ss.).

⁷ **Artículo 8°. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁸ Artículo 93 Constitución Política de Colombia 1991.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. MP. doctora Clara Inés Vargas Hernández.

Nacional de Datos Genéticos⁹ dotará de celeridad y efectividad a la investigación de este tipo de delitos, pues en los casos de violaciones en serie, permitirá la identificación e individualización del agresor aun cuando no sea capturado en flagrancia, pues si en dicha base de datos, que será administrada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, reposa información genética que coincida con la recolectada en un nuevo caso, inmediatamente se tendrá la certeza del autor del delito siempre que este se haya individualizado mediante la confrontación de material genético obtenido a través de intervención corporal (sangre, cabellos, saliva).

De otro modo, si no se cuenta con la individualización del agresor, el Registro ofrecerá los patrones genéticos obtenidos en la humanidad de las víctimas, con los cuales se confrontarán las muestras de ADN de la persona vinculada a la investigación penal, que previa recolección de elementos materiales que funden motivos, permitan que el juez con funciones de control de garantía autorice a la fiscalía la obtención de muestras en el cuerpo del sujeto investigado.

Así las cosas, y a manera de conclusión, resulta pertinente resaltar que lo que se persigue con este proyecto de ley, es dotar el ordenamiento jurídico de una herramienta que aporte parte de la solución a la problemática que afronta el país por motivo de agresiones sexuales en niños y adultos, contribuyendo al esclarecimiento, prevención y judicialización de este tipo de delitos que día a día siguen cobrando víctimas, lo cual requiere de un trabajo constante y exploratorio de diferentes alternativas que aunque parciales, aporten en la cotidianidad al tratamientos de los delitos sexuales y la disminución de las consecuencias lesivas producto de tan reprochables comportamientos.

2. Fundamentos Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales.

2.1. Constitución Política de Colombia.

En primera medida, nuestra Carta Política consagra los fines del Estado así:

Artículo 2º. Son fines esenciales del Estado. Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas

residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Subrayado fuera del Texto original)

A su vez, en relación al derecho a la intimidad preclara lo siguiente:

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Subrayado fuera del Texto original)

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. (Subrayado fuera del Texto original).

Al respecto a las funciones del ente investigador penal, esto dice nuestra Cara Magna:

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por

⁹ En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.
3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

(...) (Subrayado fuera del Texto original)

2.2 Convención Americana de Derechos Humanos

Este Tratado Internacional preclara lo siguiente en su artículo 7°:

Artículo 7°. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios. (Subrayado fuera del Texto original)

Por otro lado, el artículo 8° del mismo Tratado señala:

Artículo 8°. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) *Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
 - b) *Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
 - c) *Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
 - d) *Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
 - e) *Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
 - f) *Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
 - g) *Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
 - h) *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*
3. *La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
 4. *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*
 5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*

(Subrayado fuera del Texto original)

2.3 Legales

Ley 906 de 2004 (Código Penal Colombiano).

Artículo 246. Regla General. Las actividades que adelante la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente. La policía judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente.

Artículo 249. Obtención de Muestras que Involucren al Imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión

de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:
 - a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;
 - b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;
 - c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.
2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

Artículo 250. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su

negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud. (Subrayado fuera del Texto original).

2.4. Jurisprudencia

Adicionalmente a las referencias jurisprudenciales esbozadas en la presente exposición de motivos, la Sentencia C-591 de 2005. M.P doctora Clara Inés Vargas Hernández señaló:

“En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculgado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o

convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.

(Subrayado y negrilla fuera del Texto original).

Los anteriores fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales, brindan el soporte necesario a esta iniciativa legislativa, pues como se explicó inicialmente, las disposiciones normativas que ella consagra encuentran asidero en cada norma citada, cumpliéndose así con las exigencias de conveniencia y constitucionalidad que se requieren para que un proyecto de ley pueda convertirse en ley de la República.

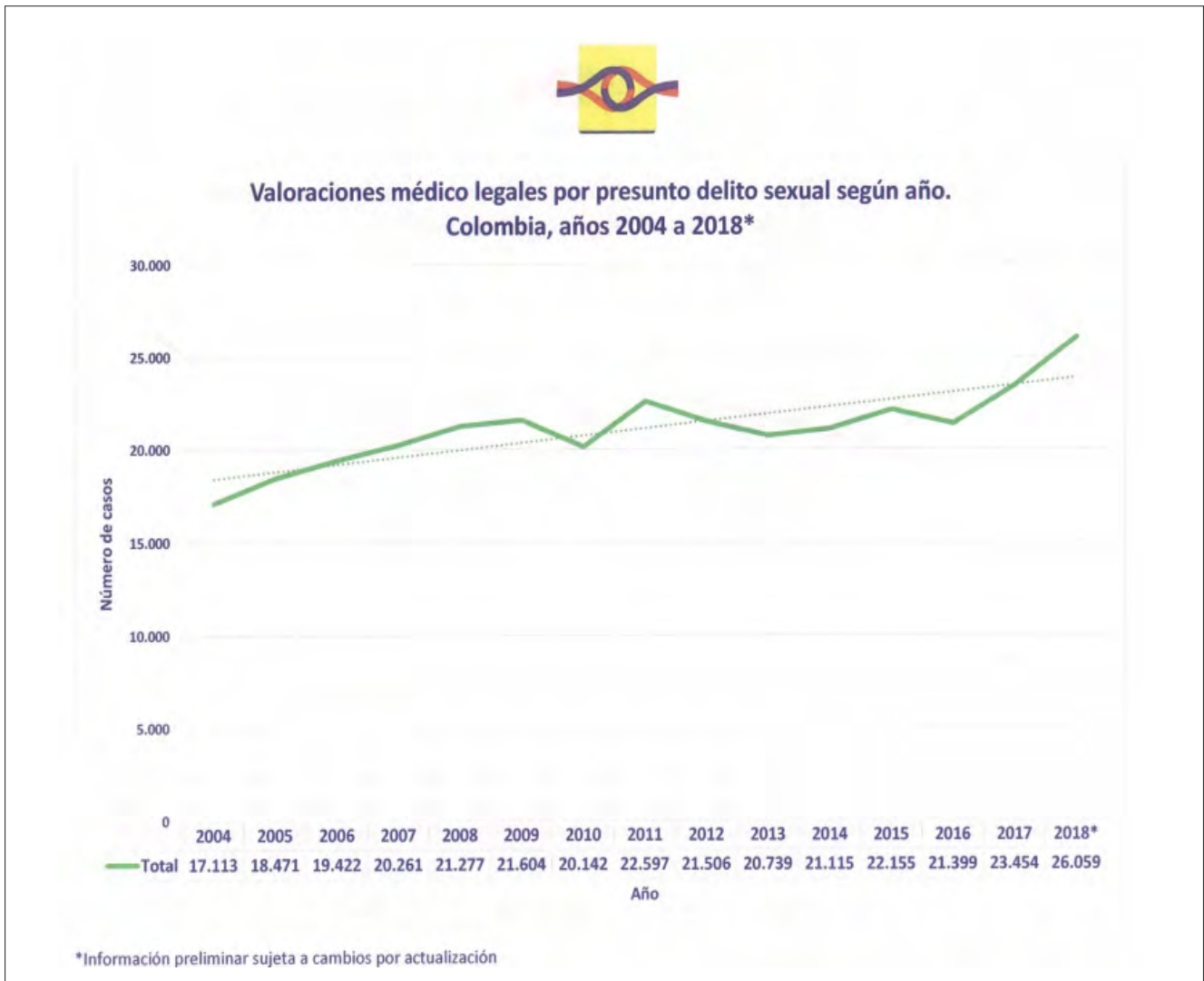
Atentamente,



MARTHA VILLALBA HODWALKER
Representante a la Cámara

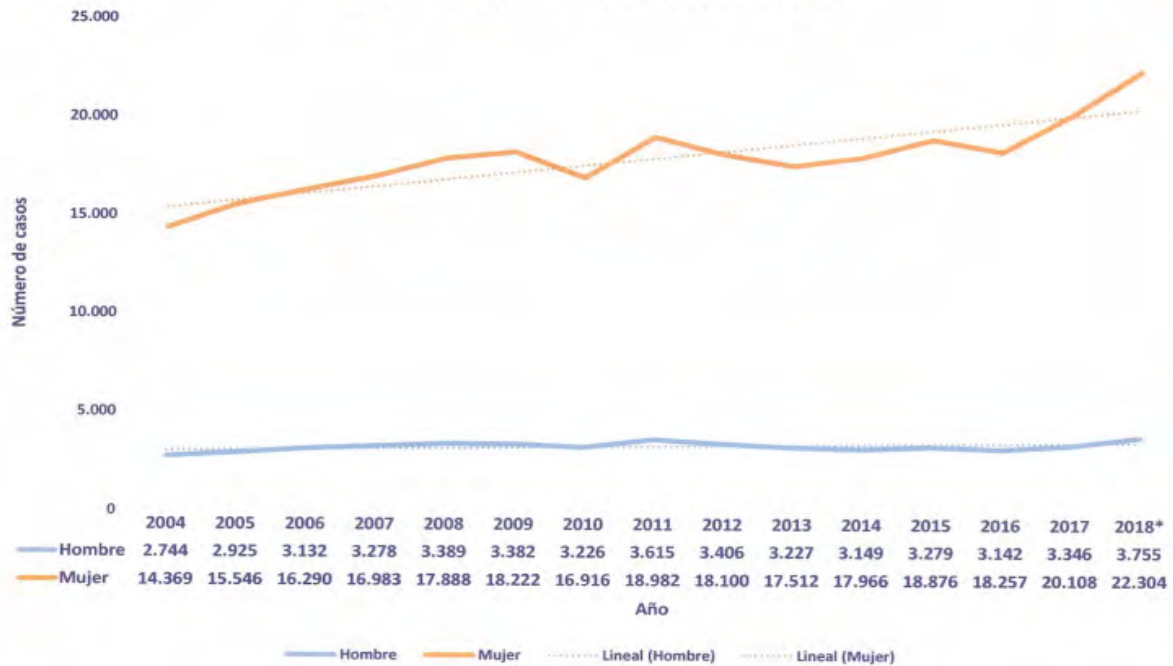
ANEXOS

Información suministrada por el Instituto Nacional de Medicina Legal





Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según año y sexo de la víctima. Colombia, años 2004 a 2018*



*Información preliminar sujeta a cambios por actualización



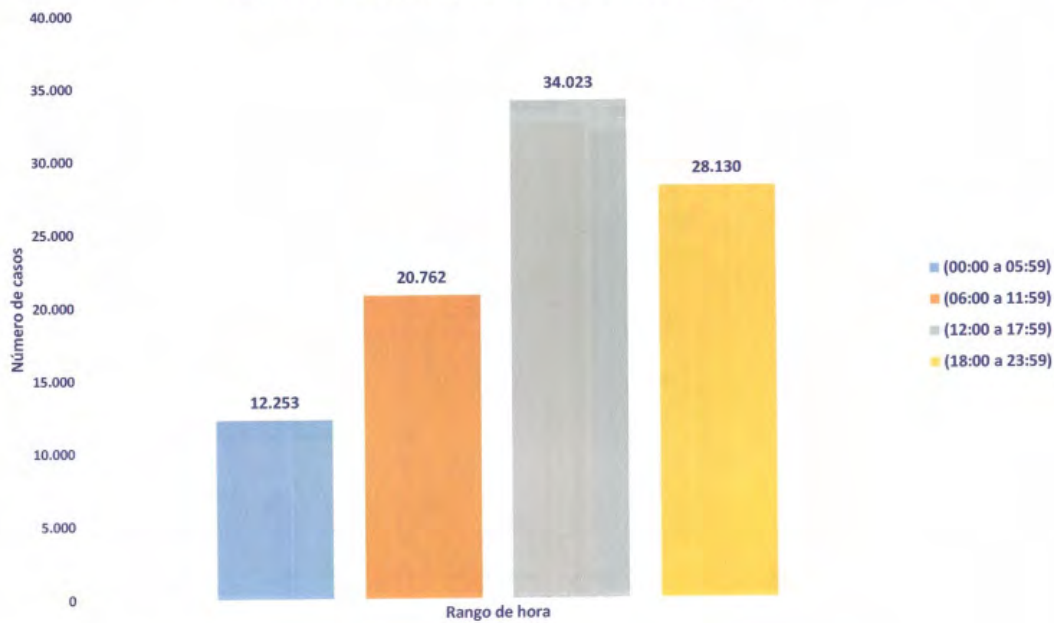
Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según año y ciclo vital de la víctima. Colombia, años 2004 a 2018*



*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 9.430 casos sin información



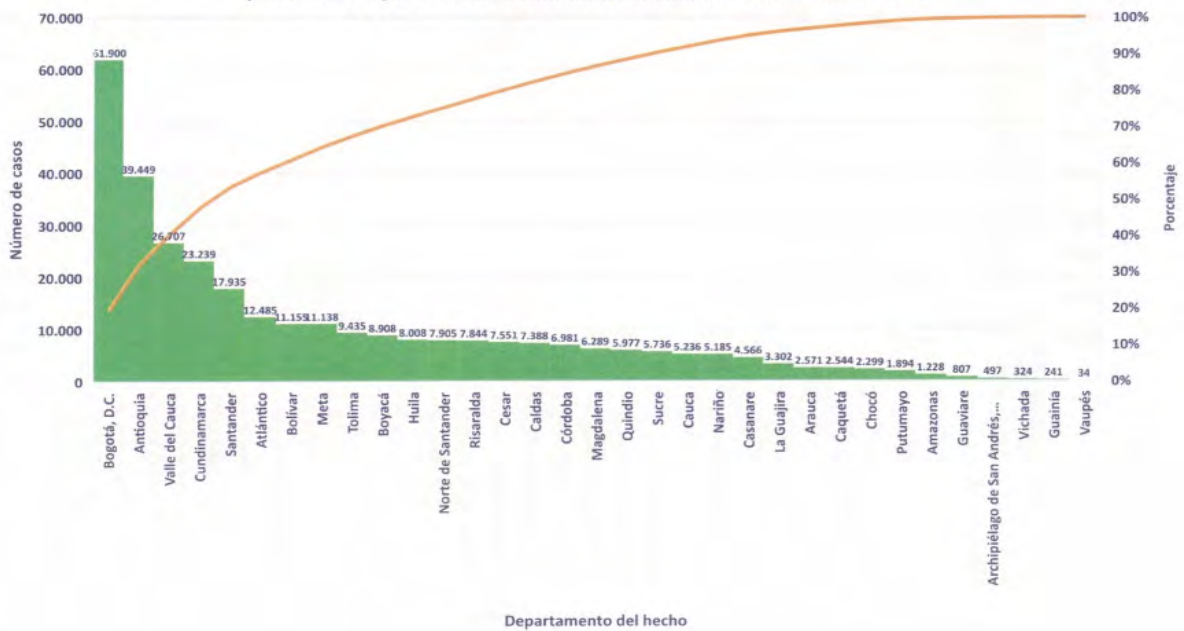
Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según rango de hora del hecho. Colombia, consolidado años 2004 a 2018*



*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 222.146 casos sin información

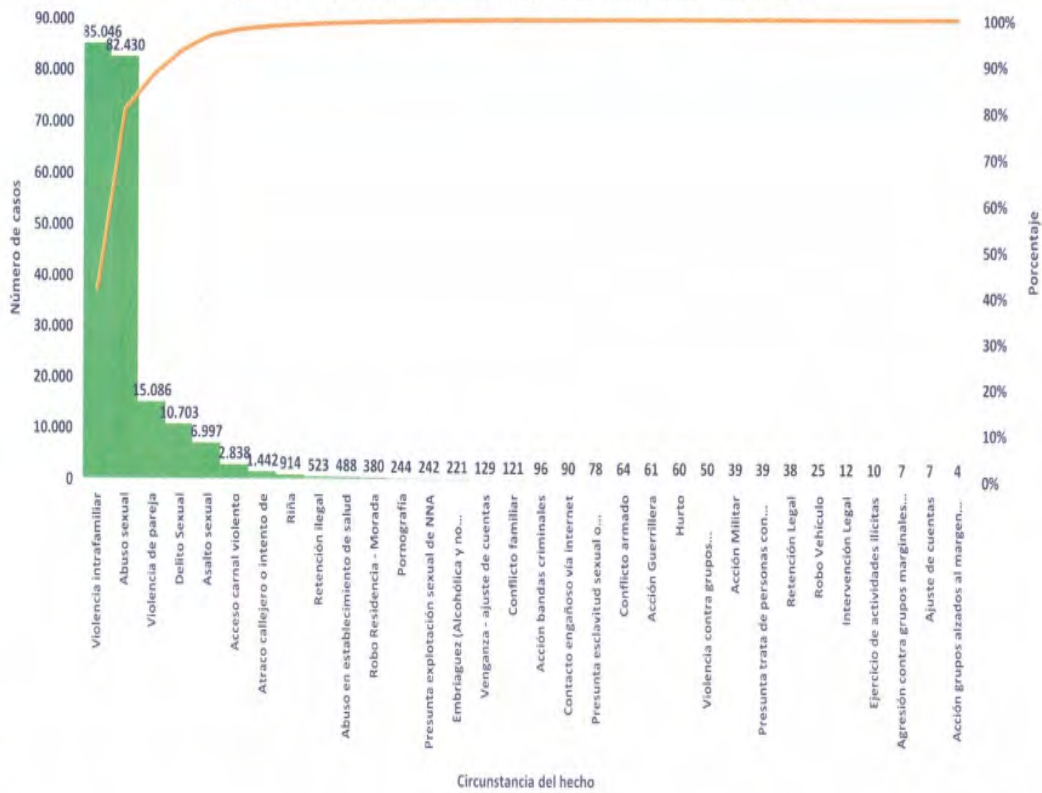


Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según departamento del hecho (número de casos y acumulado porcentual). Colombia, consolidado años 2004 a 2018*





Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según circunstancia del hecho (número de casos y acumulado porcentual). Colombia, consolidado años 2004 a 2018*



*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 108.830 casos sin información



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según presunto agresor. Colombia, consolidado años 2004 a 2018*

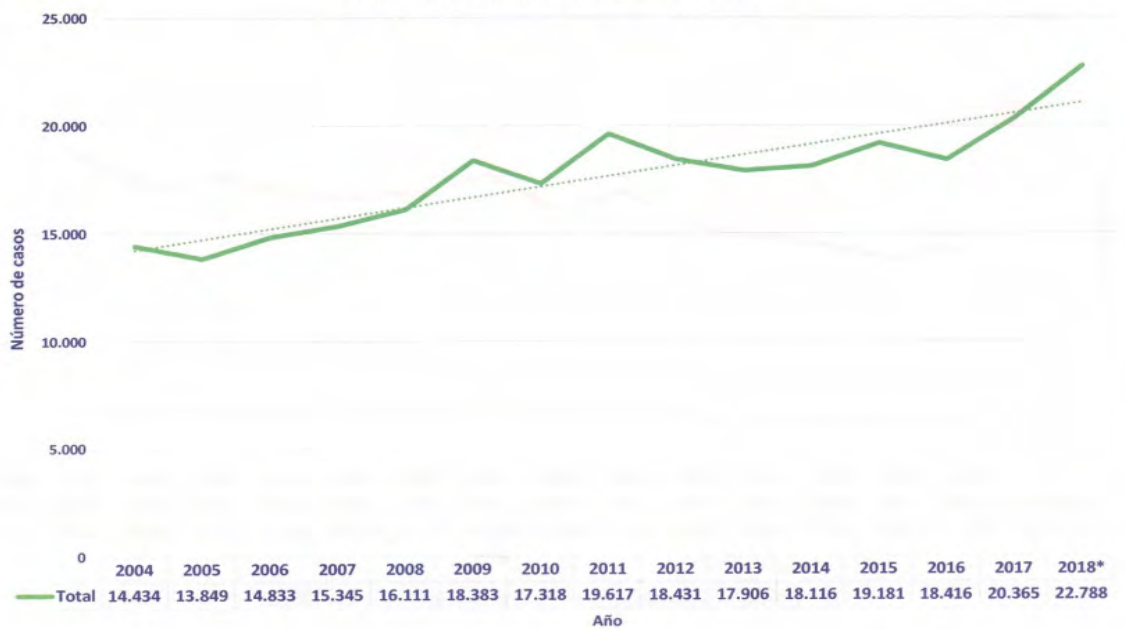


*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 42.063 casos sin información

Handwritten mark



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual en niños, niñas y adolescentes, según año. Colombia, años 2004 a 2018*

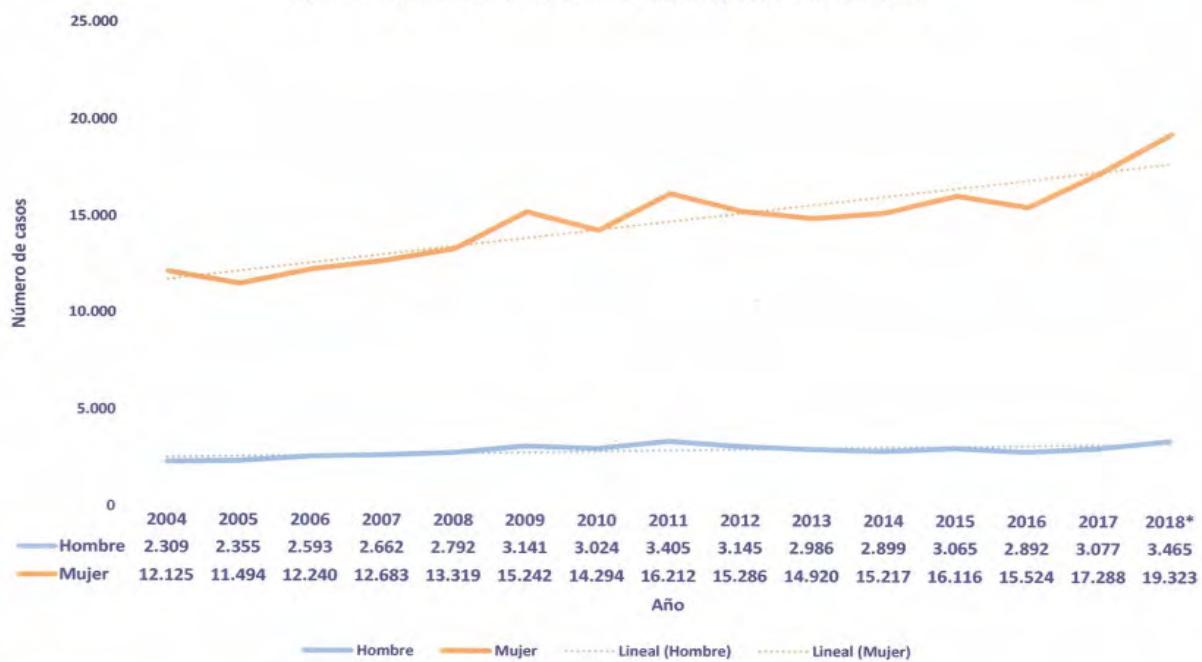


*Información preliminar sujeta a cambios por actualización

✓



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual en niños, niñas y adolescentes, según año y sexo de la víctima. Colombia, años 2004 a 2018*



*Información preliminar sujeta a cambios por actualización



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual en niños, niñas y adolescentes, según año y ciclo vital de la víctima. Colombia, años 2004 a 2018*

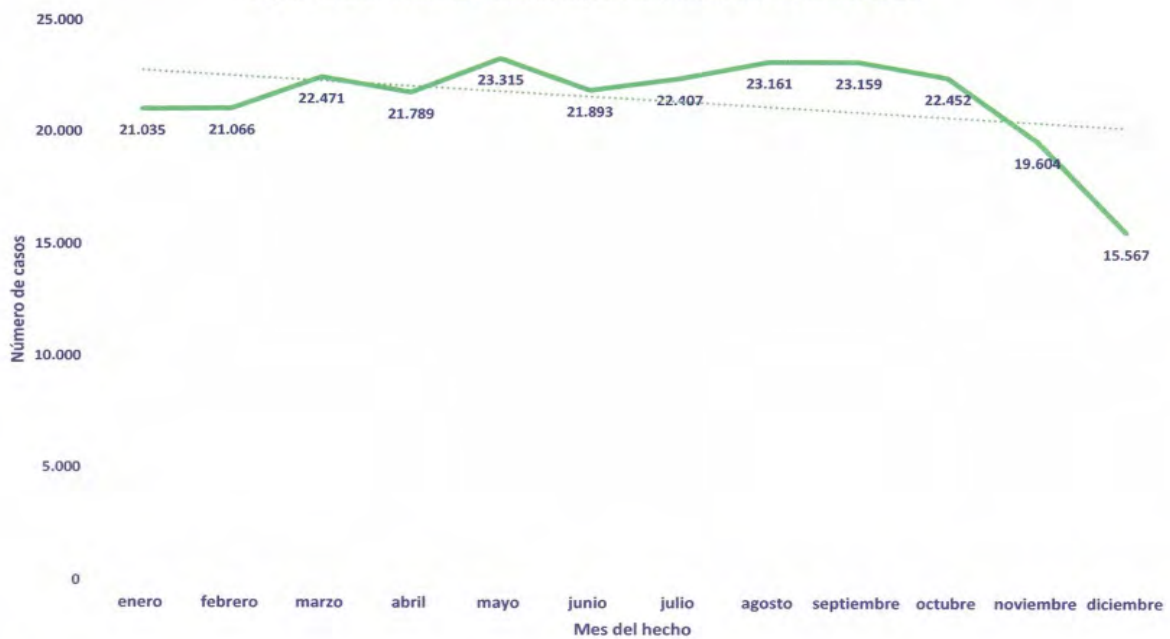


*Información preliminar sujeta a cambios por actualización

P



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual en niños, niñas y adolescentes, según mes del hecho. Colombia, consolidado años 2004 a 2018*

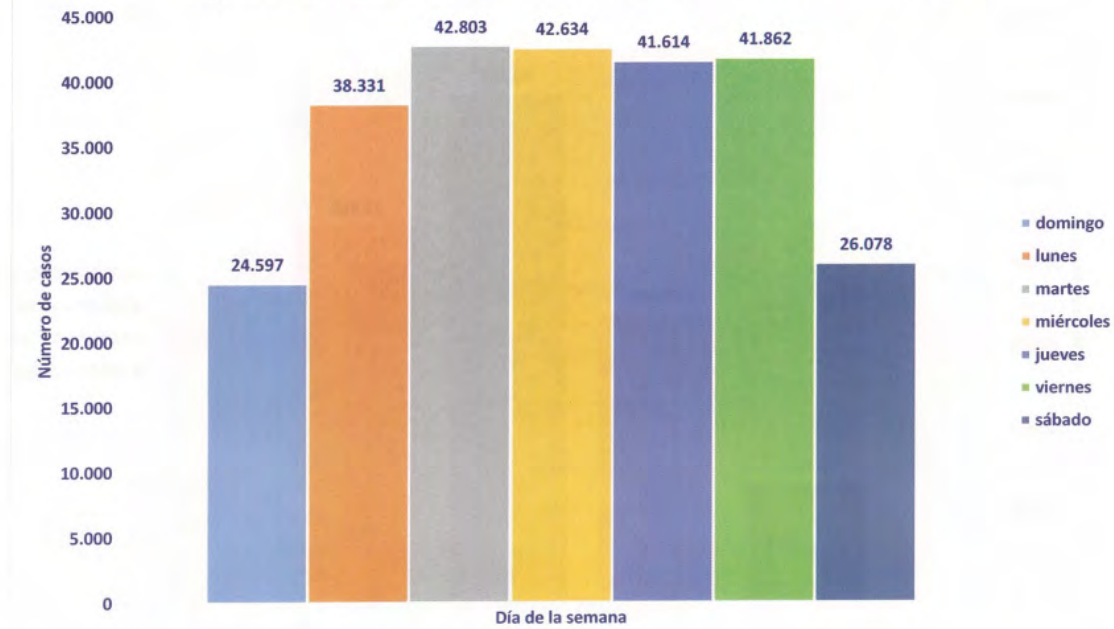


*Información preliminar sujeta a cambios por actualización

Nota: Se excluyen 7.174 casos sin información



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual en niños, niñas y adolescentes, según día de la semana del hecho. Colombia, consolidado años 2004 a 2018*

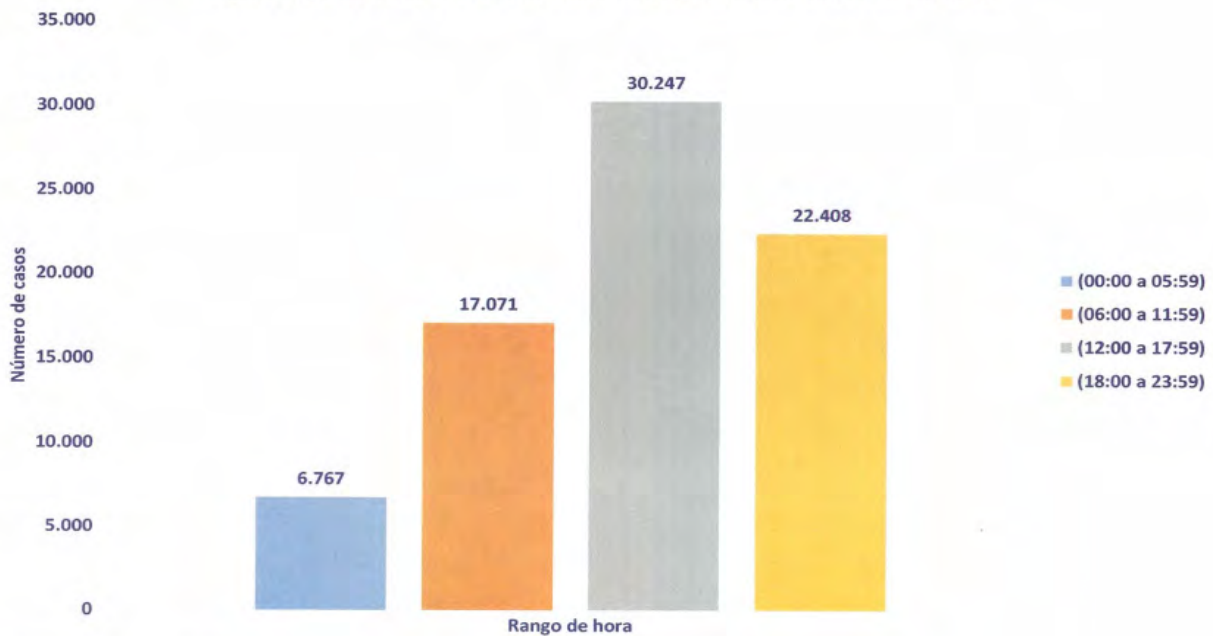


*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 7.174 casos sin información

P



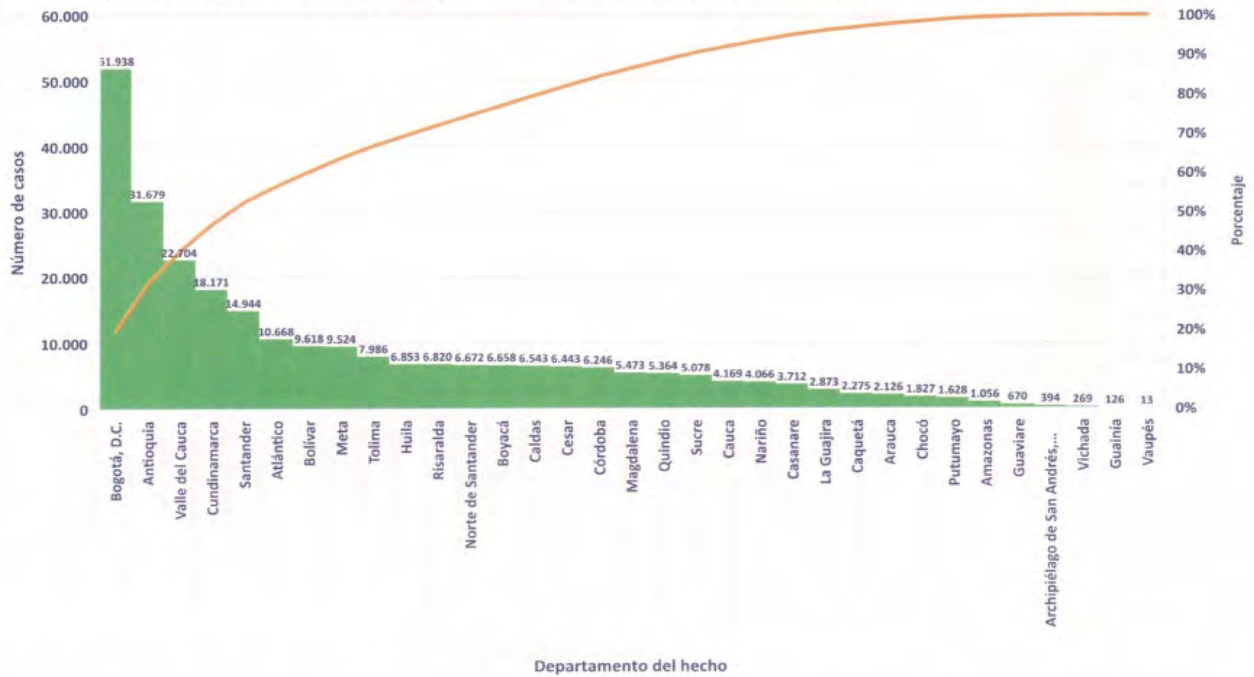
Valoraciones médico legales por presunto delito sexual en niños, niñas y adolescentes, según rango de hora del hecho. Colombia, consolidado años 2004 a 2018*



*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 188.600 casos sin información



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según departamento del hecho en niños, niñas y adolescentes (número de casos y acumulado porcentual). Colombia, consolidado años 2004 a 2018*

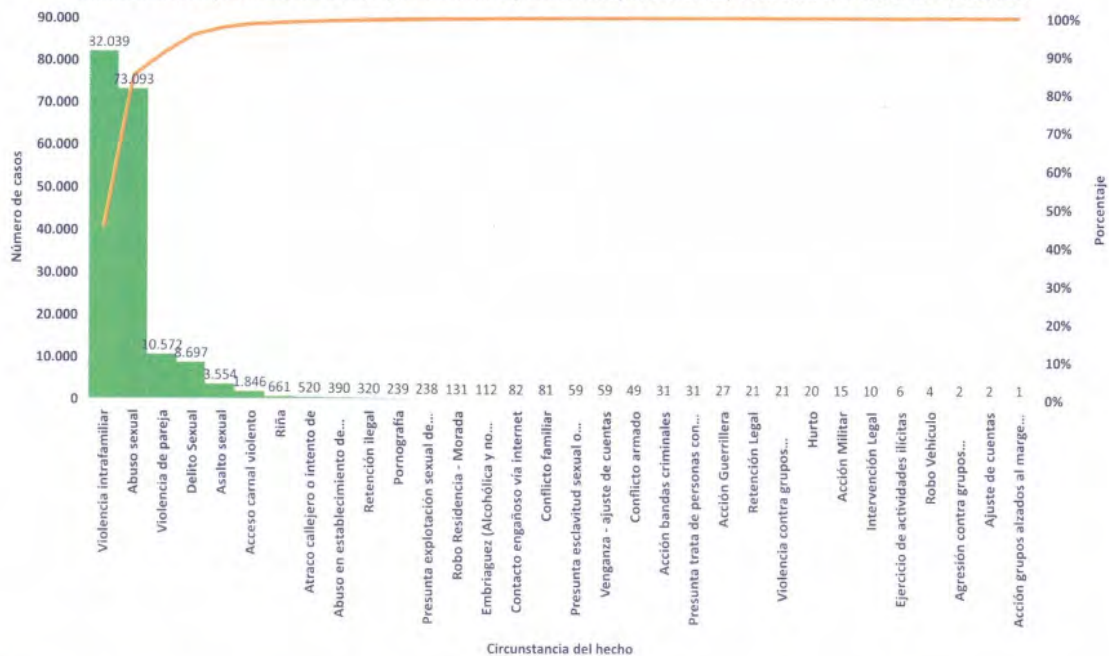


*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 507 casos sin información

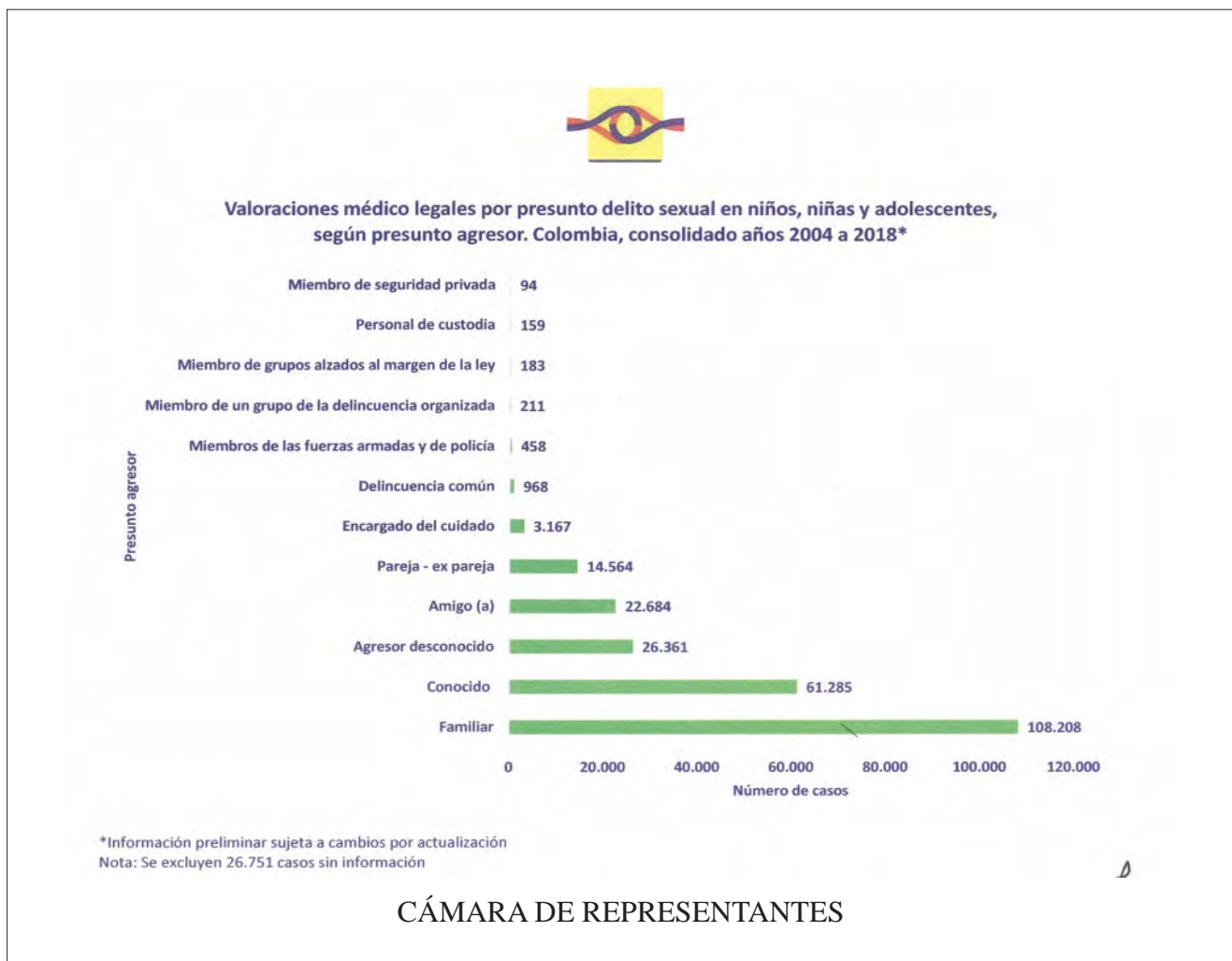
P



Valoraciones médico legales por presunto delito sexual según circunstancia del hecho en niños, niñas y adolescentes (número de casos y acumulado porcentual). Colombia, consolidado años 2004 a 2018*



*Información preliminar sujeta a cambios por actualización
 Nota: Se excluyen 82.160 casos sin información



SECRETARÍA GENERAL

El día 24 de julio del año 2019 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 068 con su correspondiente exposición de

motivos, suscrito por la honorable Representante *Martha Villalba Hodwalker*.

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 067 DE 2019 CÁMARA

por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto el fortalecimiento del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA) consagrado en la Ley 1098 de 2006.

Artículo 2°. *Modifíquese* el artículo 159 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

Artículo 159. Prohibición de antecedentes. Las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes no tendrán el carácter de antecedente judicial, a menos que el menor sea reincidente. Estos registros son

reservados, pero deberán ser utilizados por las autoridades judiciales competentes para definir las medidas aplicables cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad e idoneidad de la medida.

Las entidades competentes deberán hacer compatibles los sistemas de información para llevar el registro de los adolescentes que han cometido delitos, con el objeto de definir los lineamientos de la política criminal para adolescentes y jóvenes.

Artículo 3°. Agréguese un párrafo al artículo 162 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

Artículo 162. Separación de los adolescentes privados de la libertad. La privación de la libertad de adolescentes, en los casos que proceda, se cumplirá en establecimientos de atención especializada en programas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar siempre separados de los adultos.

En tanto no existan establecimientos especiales separados de los adultos para recluir a los

adolescentes privados de la libertad, el funcionario judicial procederá a otorgarles, libertad provisional o la detención domiciliaria.

Parágrafo. Se exceptúan de lo anterior los casos en que, por incumplimiento del adolescente, entre los 16 y 18 años de edad, de cualquiera de las sanciones previstas en el Código o del compromiso de no volver a infringir la ley penal, el juez determine su privación de la libertad en establecimiento carcelario o penitenciario, tal como lo dispone el parágrafo 2° del artículo 179 de la presente ley.

Artículo 4°. Agréguese un parágrafo al artículo 174 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

Artículo 174. Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños. Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima.

Cuando de la aplicación del principio de oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente, el juez competente deberá ordenar otras medidas de protección, las cuales incluirán, entre otras, ayudas económicas para el cambio de residencia de la familia. El Gobierno gestionará la apropiación de las partidas necesarias para cubrir a este rubro.

Parágrafo. No habrá lugar al principio de oportunidad cuando se trate de los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

Artículo 5°. *Modifíquese* el parágrafo 2° del artículo 179 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

Parágrafo 2°. Los adolescentes entre 14 y 18 años que incumplan cualquiera de las sanciones previstas en este Código, terminarán el tiempo de sanción en internamiento.

El incumplimiento por parte del adolescente entre 14 y 16 años del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez.

El incumplimiento por parte del adolescente entre 16 y 18 años del compromiso de no volver a infringir la ley penal ocasionará su privación de la libertad en establecimiento carcelario o penitenciario, en recinto separado de los adultos, durante el tiempo que fije la ley penal vigente de sanción para el correspondiente delito. Durante el tiempo de reclusión se les deberá garantizar el acceso a educación.

Artículo 6°. *Modifíquese* el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

Artículo 187. La privación de la libertad. La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión.

En estos casos la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde un (1) año hasta cinco (5) años, salvo lo dispuesto en los incisos siguientes.

La privación de libertad en Centro de Atención Especializada se aplicará a los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho (8) años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas.

En los casos en que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores de edad, para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito no se aplicará privación de la libertad.

Parte de la sanción de privación de libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 de este Código por el tiempo que fije el juez, excepto si se trata de los delitos mencionados en el inciso tercero de este artículo. El incumplimiento de la sanción sustitutiva podrá acarrear la aplicación de la privación de la libertad impuesta inicialmente o la aplicación de otra medida. En ningún caso, la nueva sanción podrá ser mayor al tiempo de la sanción de privación de libertad inicialmente previsto.

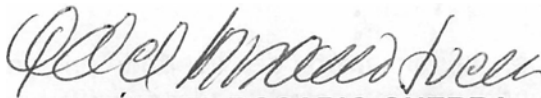
Parágrafo. Si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumpliera los dieciocho años de edad continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada de acuerdo con las finalidades protectora, educativa y restaurativa, establecidas en la presente ley para las sanciones.

Los Centros de Atención Especializada prestarán una atención pedagógica, específica y diferenciada entre los adolescentes menores de dieciocho años de edad y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del Centro, así como las demás garantías contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño.

Parágrafo 2°. Los Centros de Atención Especializada funcionarán bajo el asesoramiento del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario en lo relativo a las medidas de seguridad y administración, de conformidad con la función protectora, restaurativa y educativa de la medida de privación de la libertad.

Artículo 7°. La persona con edad entre los dieciséis (16) y dieciocho (18) años que reincida por segunda vez en una conducta delictiva será juzgada por la justicia penal ordinaria.

Artículo 8°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas que le sean contrarias.



MARÍA DEL ROSARIO GUERRA
Senadora de la República
Partido Centro Democrático

PROYECTO DE LEY NÚMERO 067 DE 2019 CÁMARA

por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

En el año 2006 el Gobierno nacional promulgó el *Código de Infancia y Adolescencia* - Ley 1098 de 2006, con el fin de garantizar un desarrollo pleno e integral a los niños, niñas y adolescentes, para que puedan crecer en un ambiente familiar adecuado y armonioso y para que se reconozcan sus derechos a la igualdad y a la dignidad humana.

Dentro de este Código, se creó el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) como un conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen lo relacionado con la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tienen entre 14 y 18 años de edad en el momento en que cometen el hecho punible. Así pues, este sistema se encarga de dar un tratamiento especial y diferenciado a los delitos cometidos por menores.

No obstante, actualmente el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes no está siendo eficaz para prevenir la criminalidad juvenil y la reincidencia. En este sentido, de acuerdo con las cifras proporcionadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Dirección de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa Nacional, la criminalidad juvenil es bastante alta y existe una tendencia a que la mayor comisión de crímenes se presente en menores entre 16 y 17 años de edad.

Si bien enfrentar la delincuencia juvenil requiere un acompañamiento integral por parte de la rama ejecutiva, también resulta necesaria una respuesta

de la rama legislativa que esté encaminada a disminuir las principales deficiencias existentes en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA), pues estas se han convertido en incentivos perversos para la criminalidad y el uso de jóvenes por parte de grandes redes delincuenciales.

Por estos motivos, el presente proyecto de ley tiene por objeto fortalecer el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA) mediante:

- La creación de antecedentes penales para los menores de edad que sean reincidentes y del deber de las autoridades judiciales de consultar los registros para definir las sanciones aplicables.
- El fortalecimiento de las sanciones para jóvenes que tienen entre 16 y 18 años de edad que sean reincidentes o que cometan delitos graves.

Estas medidas encuentran justificación luego de: (I) revisar las cifras en relación con el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, (II) evidenciar ciertas deficiencias que se han presentado en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, (III) demostrar la conveniencia de las propuestas y (IV) presentar una exposición de la legislación vigente sobre la materia.

JUSTIFICACIÓN

(I) Las cifras del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente demuestran que los jóvenes que más delinquen en Colombia están entre los 16 y 17 años de edad

Existe una tendencia histórica que se ha mantenido desde el año 2010 hasta la actualidad que consiste en que los grupos etarios que más han ingresado al Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente están entre los 16 y 18 años de edad.

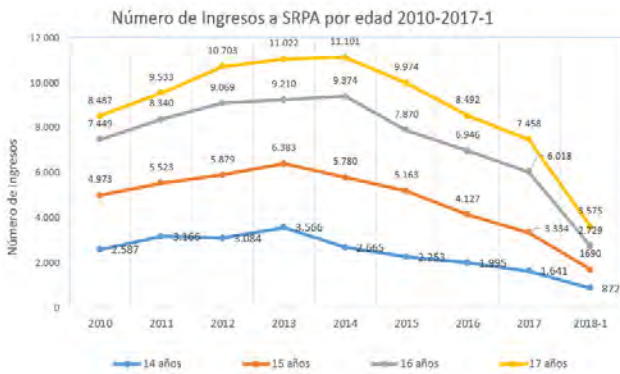
Por un lado, las cifras expuestas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)¹ revelan que desde la implementación del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA) en Colombia en el 2007, hasta junio de 2018 se han registrado un total de 251.455 ingresos. De estos ingresos, la mayoría corresponden a jóvenes de 16 y 17 años de edad:

Edad	Ingresos
14 años	25.322
15 años	49.083
16 años	76.991
17 años	92.736

Fuente: Elaboración propia con base en los datos suministrados por el ICBF (2019).

Ahora bien, en el período que va del año 2010 a junio de 2018 cada año se han registrado los siguientes números de ingresos por edad:

¹ ICBF. (2018). *Tablero SRPA - Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Recuperado de Instituto Colombiano del Bienestar Familiar: <https://www.icbf.gov.co/bienestar/observatorio-bienestar-ninez/tablero-srpa>



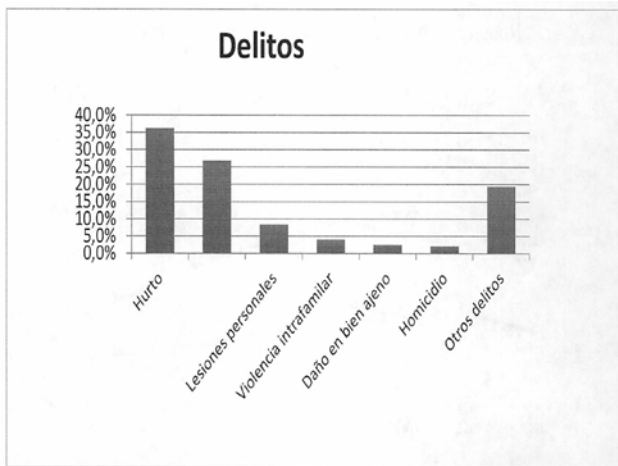
Fuente: Elaboración propia con base en los datos suministrados por el Observatorio del Bienestar de la Niñez, ICBF (2018).²

En el primer semestre del año 2018 se produjo un total de 9.156 ingresos al Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, distribuidos por edad de la siguiente manera:

Edad	Ingresos SRPA
14 años	872
15 años	1.690
16 años	2.729
17 años	3.575

Fuente: Elaboración propia con base en los datos suministrados por el Observatorio del Bienestar de la Niñez, ICBF.

Asimismo, desde la implementación del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, los delitos que se registraron con mayor frecuencia fueron el de hurto (36.32%), seguido del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (26.81%), lesiones personales (8.51%), violencia intrafamiliar (4.03%), daño en bien ajeno (2.6%) y homicidio (2.18%).³



Fuente: Elaboración propia con base en los datos suministrados por el ICBF (2018)

Por otro lado, en respuesta número 26231 a un derecho de petición presentado a la **Dirección de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa Nacional**, esta elaboró un informe que permite

² Observatorio del Bienestar de la Niñez. (2017). *Adolescentes en conflicto con la ley penal: Primer semestre de 2017*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

³ ICBF. (2018). *Tablero SRPA - Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Recuperado el 07 de 2018, de Instituto Colombiano del Bienestar Familiar: <https://www.icbf.gov.co/bienestar/observatorio-bienestar-ninez/tablero-srpa>

evidenciar que se ha dado una disminución en las aprehensiones a menores de edad registradas a nivel nacional en los años que van del 2015 al 2017, sin embargo, las cifras aún siguen siendo alarmantes. En el año 2015 fueron aprehendidos 24,199 menores de edad a nivel nacional, en 2016 la cifra fue de 20,351 y en 2017 de 18,257. Los datos suministrados también muestran que los delitos por los que más se realizaron las aprehensiones durante estos tres años fueron los siguientes:

- Hurto a personas.
- Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
- Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
- Lesiones personales.
- Violencia Intrafamiliar.

Las cifras de aprehensiones a menores de edad por ciudades, edad y año también evidencian una mayor tendencia en la comisión de delitos por parte de los jóvenes que tienen entre 16 y 18 años de edad. Por ejemplo, si se miran en las ciudades de Bogotá y Medellín las cifras de capturas por el delito de hurto a personas, que como se dijo anteriormente es el más recurrente, las estadísticas muestran una mayor comisión por parte de menores de 16 y 17 años. Esta misma tendencia se evidencia en otras grandes ciudades de Colombia como, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Pereira y Cartagena.

Entre enero y marzo de 2019, según la Policía Nacional, han sido detenidos 3.618 menores relacionados con hechos delincuenciales. El mayor número de menores aprehendidos en lo corrido de 2019 tienen edades entre 16 y 17 años (2.694), y de 15 a 14 años (920). Se ha registrado solo un caso de un menor de entre 12 y 13 años, y 3 de menores de 8 a 9 años que estarían vinculados a hechos delincuenciales.

Así pues, tomando en consideración que hay un gran número de delitos cometidos por menores de edad y que las estadísticas ponen de presente que quienes más incurren en estas conductas son los jóvenes de 16 y 17 años, resulta posible establecer la conveniencia de fortalecer el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA) en relación con este grupo etario. Esto en aras de incentivar el respeto a la ley y a las autoridades por parte de los jóvenes y así evitar que sigan cayendo en conductas delictivas.

(II) El SPRA no genera antecedentes judiciales, lo que se convierte en un incentivo para la reincidencia

Dentro del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA) las sentencias no generan antecedentes judiciales que permitan conocer si el menor ha seguido reincidiendo en el delito. Esto en virtud del artículo 159 del Código de Infancia y Adolescencia que dispone que las sentencias

proferidas no constituirán antecedente judicial. Además, les da el carácter de reservados a estos registros, haciendo facultativa y no obligatoria su consulta por parte la autoridad judicial a la hora de definir las sanciones aplicables, cuando trate de establecer la naturaleza y la gravedad de los hechos y la proporcionalidad de la medida. Así pues, esta disposición normativa hace muy laxo el sistema y se convierte en un incentivo para la reincidencia.

Por este motivo, se propondrá una modificación al mencionado artículo 159 de la Ley 1098 de 2006 en el sentido de mantener la prohibición de generación de antecedentes judiciales solo para los menores que no sean reincidentes, pues en ese caso sí se podrán generar antecedentes. Además, se establecerá el deber de la autoridad judicial de consultar en todos los casos los registros a la hora de definir las medidas aplicables.

Como consecuencia de lo anterior, cuando los menores entre 16 y 18 años cometan un delito las sentencias constituirán antecedente judicial.

(III) Evolución del Tratamiento Penal diferenciado a menores de edad y conveniencia de las propuestas

Durante mucho tiempo en diferentes países del mundo los niños y jóvenes solían ser sometidos a un tratamiento penal indiferenciado, sin ningún tipo de regulación o procedimiento especializado con respecto a los adultos. De esta forma, no se establecía ninguna diferencia cuando el delito era cometido por un menor de edad y cuando lo era por una persona adulta, pues todos los grupos etarios eran recluidos dentro de los mismos ambientes. La única excepción existente se daba cuando la conducta provenía de los niños menores de 7 años, cuyos actos no desembocaban en responsabilidad penal alguna.⁴

Posteriormente, en el año 1889 en Chicago, Estados Unidos, el movimiento *Los salvadores del niño*, impulsó la creación de un tribunal exclusivo para los menores de edad, siendo este el primer intento de brindarles un tratamiento diferenciado. Así pues, nació la idea de establecer la justicia penal especializada que se empezó a extender hacia Europa y Latinoamérica.⁵

Colombia fue inmune a estas tendencias, pues el 1° de marzo de 1990 comenzó a regir el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Este tenía una finalidad eminentemente pedagógica, de protección y rehabilitación frente a la reacción penal del menor. En él subyacía una ideología que entendía al niño y al adolescente como un sujeto inmaduro e incapaz, excluyendo del discurso las exigencias derivadas del Estado de Derecho que se encontraban vigentes en la intervención penal

de adultos.⁶ Años más tarde, se expidió la Ley 1098 de 2006, mejor conocida como Código de Infancia y Adolescencia, que trajo cambios de gran importancia en el sistema de responsabilidad penal juvenil.

Resulta importante mencionar que hay dos grandes razones por las que existe un régimen penal especial para los menores de edad, cuyo carácter, como se vio atrás, tiende a tener un componente educativo. Por un lado, está la idea de que por debajo de cierta edad un niño o adolescente es más “enderezable” que un adulto, por lo que existe un consenso al creer que vale la pena apostarle a su reeducación. Por otro lado, es un hecho que, por debajo de ciertas edades, aunque se tiene capacidad de culpabilidad –pues los menores son capaces de diferenciar los contenidos vivenciales para actuar conforme a la realidad–, resulta más difícil controlar los impulsos, sobre todo si el niño o adolescente es sorprendido por experiencias con las que no se había confrontado hasta el momento.⁷

De esta forma, muchos Estados en el mundo han establecido dentro sus ordenamientos jurídicos una edad a partir de la cual los menores de edad pueden ser responsables penalmente y otra en la que la competencia en el caso de la comisión de delitos ya no es del sistema de justicia penal juvenil, sino del sistema de justicia penal ordinaria. En Colombia este rango de edades se encuentra establecido entre los 14 y los 18 años de edad. En diferentes países de Latinoamérica, aunque la edad a partir de la cual hay responsabilidad penal ordinaria suelen ser los 18 años, la edad mínima de responsabilidad penal varía en un rango que va desde los 7 hasta los 16 años. Así pues, países como Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México y Panamá tienen una edad mínima de responsabilidad penal de 12 años.

(V) Marco jurídico

A continuación, se hará referencia a las disposiciones normativas de orden nacional e internacional que resultan relevantes al evaluar la responsabilidad penal juvenil.

A) Instrumentos internacionales relevantes

Existen varios instrumentos internacionales que se refieren a la responsabilidad penal de los menores. En primer lugar es importante mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por Colombia a través de la Ley 21 de 1991. Este instrumento dispone en su artículo 37, entre otras cosas, que la privación de la libertad de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como una medida de último recurso y durante el período más breve

⁴ García, J. & Alvarado, J. (2013). La disminución de la edad de imputabilidad penal: ¿Solución efectiva frente a la delincuencia juvenil? *Derecho y cambio social*, 1-19.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Jiménez, D. (2009). Responsabilidad penal juvenil en Colombia: de la ideología tutelar a la protección integral. *Diálogos de Derecho y Política* (1), 1-18.

⁷ Cuello, J. (2010). Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. *Ciencia Penal y Criminología*.

posible. Asimismo, que todo niño que sea privado de la libertad debe ser tratado con humanidad y respeto, de manera que se tengan en cuenta las necesidades propias de las personas de su edad.

En segundo lugar, están las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia - Reglas de Beijing (1990) que establecen las condiciones mínimas para el tratamiento de los jóvenes que entran en conflicto con la ley. Allí se señala el comienzo de la edad de responsabilidad penal no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

Asimismo, que en cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores. En estas reglas no se prohíbe la posibilidad de confinamiento en establecimiento penitenciario. De hecho en la regla número 19 se dispone que este es de carácter excepcional y se utilizará como último recurso, precepto que cumple este proyecto de ley.

En tercer lugar, las Reglas de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil - Reglas de Riad (1990) buscan establecer las normas para prevenir la delincuencia juvenil y las medidas de protección para los menores. En cuarto lugar, las reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad - Reglas de La Habana (1990) establecen los parámetros para el cuidado y tratamiento de menores de edad que se encuentran privados de la libertad. Finalmente, las reglas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad - Reglas de Tokio (1990) establecen los principios que se deben seguir en la imposición de medidas no privativas de la libertad.

B) Legislación nacional

• **Constitución Política**

Es importante empezar por mencionar que el artículo 44 de la Constitución Política consagra los derechos fundamentales de los niños y el llamado “interés superior del menor” al disponer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

• **Código Penal (Ley 599 de 2000)**

El artículo 33 del Código Penal Colombiano establece que los menores de 18 años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

• **Código de Infancia y Adolescencia**

Con la expedición del **Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006)** surgió en Colombia una nueva perspectiva en relación con la comisión de delitos por parte de menores de edad. Así pues, el Estado colombiano procuró estar más afín con instrumentos internacionales vigentes, acercándose a una idea de responsabilidad penal juvenil, pero con una orientación educativa.

Anteriormente, la materia se encontraba regida por el **Código del Menor (Decreto 2737 de 1989)**. Uno de los cambios que se presentó con la nueva norma es la concepción del adolescente como imputable, es decir, como sujeto de responsabilidad penal, pues en el Código anterior se consagraba la inimputabilidad del menor de 18 años. De esta manera, nació en Colombia el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), que se define en la norma como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen todo lo relacionado con la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tienen entre 14 y 18 años de edad en el momento en que cometen el hecho punible. Este Sistema representó un cambio de paradigma de lo que significa la delincuencia juvenil y por tanto, una nueva visión y consideración del tratamiento que deben recibir los adolescentes que cometen delitos (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015).

Las normas del Código de Infancia y Adolescencia que regulan el SRPA prevén las siguientes sanciones para los adolescentes a quienes se les haya declarado la responsabilidad penal:

<p>• Amonestación</p>	<p>Consiste en una recriminación por parte de la autoridad judicial al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño. El joven debe asistir en todos los casos a un curso educativo sobre, respeto a los derechos humanos y convivencia ciudadana. Cuando el juez condena a la reparación de perjuicios el juez exhorta al menor y a sus padres al pago.</p>
<p>• Reglas de conducta</p>	<p>Consiste en la imposición por parte de la autoridad judicial al adolescente de ciertas obligaciones o prohibiciones encaminadas a regular su modo de vida y promover y asegurar su formación. Esta sanción no puede exceder los 2 años.</p>
<p>• Prestación de servicios a la comunidad</p>	<p>Consiste en la realización de tareas de interés general, en forma gratuita, por un período no mayor a los 6 meses, durante una jornada máxima de 8 horas semanales.</p>
<p>• Libertad asistida</p>	<p>Consiste en una concesión de libertad por parte de la autoridad judicial con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada. Esta medida no puede durar más de 2 años.</p>

<p>• Internación en medio semicerrado</p>	<p>Consiste en la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado, al que debe asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana. Esta sanción no puede ser superior a 3 años.</p>
<p>• Privación de libertad en centro de atención especializada</p>	<p>Se aplica a los adolescentes mayores de 16 años y menores de 18 que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sean 6 años o más de prisión. La sanción tendrá una duración de 1 hasta 5 años. No obstante, también procede la privación de libertad en el caso en que los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años que son hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tiene una duración que va desde 2 hasta 8 años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin beneficios para redimir penas. Si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumple los 18 años, continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada. En los centros de atención especializada se presta una atención pedagógica y diferenciada entre los adolescentes menores de 18 años y aquellos que alcanzaron los 18 y están cumpliendo su sanción.</p>

Las sanciones mencionadas anteriormente se cumplen en programas de atención especializados del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y el Defensor de Familia se encarga de controlar su cumplimiento y verificar la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, a la hora de determinar las sanciones a imponer el juez debe utilizar los siguientes criterios para definir de las sanciones a imponer:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción teniendo en cuenta las circunstancias y gravedad de los hechos, así como las circunstancias y necesidades del adolescente y de la sociedad.

3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones. (Artículo 179 L. 1098 de 2006).

Los adolescentes entre 14 y 18 años de edad que incumplan cualquiera de las sanciones terminarán el tiempo de sanción en internamiento. Así, el incumplimiento por parte del joven del compromiso de no volver a infringir la ley penal ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez.

Resulta importante mencionar que los menores de 14 años de edad no se consideran penalmente responsables y por ese motivo están excluido del SRPA. De esta forma, en los eventos en que cometen delitos, reciben un trato diferente que se centra en el restablecimiento de sus derechos. En estos casos solo se la aplican medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y se vinculan a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

(VI) Competencia

Si bien el Estado debe garantizar un trato diferenciado y pedagógico para los adolescentes y las medidas punitivas por sí solas no solucionan la problemática de fondo de la delincuencia juvenil, es importante eliminar del ordenamiento jurídico las deficiencias que se convierten en incentivos perversos para que se usen a los menores como instrumentos criminales.

En virtud de los artículos 114 y 150 de la Constitución Política el Congreso es competente para definir la política criminal del Estado. La noción de política criminal ha sido definida por la Corte Constitucional⁸ como el conjunto de respuestas que el Estado cree necesario adoptar para hacer frente a las conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, con el fin de lograr la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes. De esta forma, el Congreso tiene la competencia para determinar las conductas que constituyen delitos, las sanciones a imponerse y el procedimiento a cumplirse. Así pues, también ha señalado la Corte Constitucional⁹ que al Congreso le asiste en materia penal una competencia amplia que tiene respaldo en los principios democrático y de soberanía popular (artículos 1º y 3º Constitución Política). De esta forma, el legislador puede crear, modificar, suprimir figuras delictivas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas y fijar la clase y magnitud de estas, de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que realice

⁸ Sentencia C-646 de 2001 M. P.: Manuel José Cepeda

⁹ Sentencia C-387 de 2014. M. P.: Jorge Iván Palacio.

sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos causan a la sociedad.

Convencida de la importancia de fortalecer este sistema penal juvenil, para proteger a nuestros menores, presento el siguiente proyecto de ley.



MARÍA DEL ROSARIO GUERRA
Senadora de la República
Partido Centro Democrático

CÁMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL

El día 24 de julio del año 2019 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 067 con su correspondiente exposición de motivos, suscrito por la honorable Senadora *María del Rosario Guerra*.

El Secretario General,
Jorge Humberto Mantilla Serrano.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 070 DE 2019 CÁMARA

por medio de la cual se incorporan al Título XII del Código Penal (Ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, grupos armados organizados ilegalmente denominados paramilitares, grupos de autodefensas, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes.

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2019

Doctor

JORGE HUMBERTO MANTILLA

Secretario General

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Radicación de **Proyecto de ley número 070 de 2019 Cámara**, por medio de la cual se incorporan al Título XII del Código Penal (Ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, grupos armados organizados ilegalmente denominados paramilitares, grupos de autodefensas, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes.

Respetado Secretario General:

En nuestra calidad de congresistas de la República y en uso de las atribuciones que nos han sido conferidas constitucional y legalmente, nos permitimos respetuosamente radicar el Proyecto de ley de la referencia y, en consecuencia, le solicitamos se sirva dar inicio al trámite legislativo respectivo.

Por los honorables congresistas,

 IVÁN CEPEDA CASTRO Senador de la República Polo Democrático Alternativo	 MARÍA JOSÉ PIZARRO R. Representante a la Cámara Lista de la Decencia
 GUSTAVO BOLÍVAR MORENO Senador de la República Lista de la Decencia	 GUSTAVO PETRO URREGO Senador de la República Colombia Humana
 ANTONIO SANGUINO PÁEZ Senador de la República Alianza Verde	 AIDA AVELLA ESQUIVEL Senadora de la República Lista de la Decencia
 ALEXANDER LÓPEZ MAYA Senador de la República Polo Democrático Alternativo	 DAVID RICARDO CÁCER Representante a la Cámara Lista de la Decencia
 ALBERTO JESÚS CASTILLA Senador de la República Polo Democrático Alternativo	 ABEL DAVID JARAMILLO Representante a la Cámara MAIS
 FELICIANO VALENCIA Senador de la República MAIS	 JULIÁN GALLO Senador de la República Partido FARC
 OMAR DE JESÚS RESTREPO Representante a la Cámara Partido FARC	 JAIRO CALA Representante a la Cámara Partido FARC
 PABLO CATATUMBO Senador de la República Partido FARC	 CRISELDA LOBO Senadora de la República Partido FARC
 VICTORIA SANDINO Senadora de la República Partido FARC	 LUIS ALBERTO ALBAN Representante a la Cámara Partido FARC
 CARLOS CARREÑO Representante a la Cámara Partido FARC	 WILSON AMADOR Representante a la Cámara Partido FARC

PROYECTO DE LEY NÚMERO 070 DE 2019 CÁMARA

por medio de la cual se incorporan al Título XII del Código Penal (Ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, grupos armados organizados ilegalmente denominados paramilitares, grupos de autodefensas, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Incorpórese un nuevo artículo 340B a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 340B. Paramilitarismo. Quien promueva, instigue, organice, instruya, financie, dirija o ejecute actos tendientes a la promoción, creación, formación, organización, entrenamiento, apoyo, consolidación, operación, encubrimiento, favorecimiento o sostenimiento de grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, grupos armados organizados ilegalmente denominados paramilitares, grupos de autodefensas, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes; será sancionado

con pena privativa de la libertad de doscientos cuarenta (240) meses a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Artículo 2°. Adiciónese un nuevo artículo 340C a la ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 340C. Apoyo al Paramilitarismo. Quien apoye, tolere, favorezca o se beneficie política o económicamente con la promoción, creación, formación, organización, entrenamiento, apoyo, consolidación, operación, encubrimiento, favorecimiento o sostenimiento de grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, grupos armados organizados ilegalmente denominados paramilitares, grupos de autodefensas, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes; será sancionado con pena privativa de la libertad de ciento sesenta (160) meses a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Artículo 3°. Adiciónese un nuevo artículo 340D a la ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 340D. Vinculación a grupos paramilitares. Quien ingrese a los grupos que trata el artículo 340B y cuya participación no implique las conductas allí señaladas, incurrirá por esta sola acción en pena de prisión de noventa y seis (96) meses a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Artículo 4°. Adiciónese un nuevo artículo 340E a la ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 340E. Apología del paramilitarismo. El que por cualquier medio realice enaltecimiento, justificación, apoyo, incitación o propaganda de las conductas comprendidas en los artículos 340B a 340D de este Código o del odio o la violencia contra defensores de derechos humanos, integrantes de movimientos sociales o políticos, minorías y grupos vulnerables o de víctimas del conflicto armado interno, incurrirá en pena privativa de la libertad de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

Artículo 5°. Incorpórese un nuevo artículo 340F a la ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 340F. Circunstancias de agravación de la conducta punitiva. Las penas previstas en los artículos 340B, 340C, 340D y 340E se aumentarán

hasta en una tercera parte, si se incurriera en alguna de las siguientes circunstancias:


- Cuando la conducta sea ejecutada en cumplimiento de órdenes o directrices emanadas de las Fuerzas Militares, Policía Nacional o por organismos de seguridad del Estado.
- Cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado, o integrante de corporaciones públicas de elección popular.
- Se involucre en la comisión del delito a menor de dieciocho (18) años.
- La conducta dé lugar a la violación de los derechos contenidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución.
- La conducta se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos.
- La conducta se ejecute para perseguir, amenazar o atacar a personas defensores de derechos humanos, o personas que pertenezcan a movimientos sociales y partidos políticos o participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de paz o ejerzan funciones relacionadas con el ejercicio del periodismo o la docencia.
- Si la conducta se cometiere para obstaculizar o restringir la implementación de los acuerdos de paz y la construcción de una paz estable y duradera, o para promover la alteración del orden público en relación con las garantías incorporadas en dichos acuerdos.

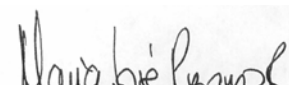
Parágrafo. Los servidores públicos investigados por las conductas descritas en el artículo anterior serán separados preventivamente del cargo una vez se produzca el primer acto formal de vinculación al respectivo proceso penal.


Artículo 6°. *Vigencia y derogatoria.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.


De los honorables congresistas,

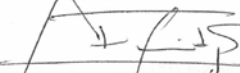
De los honorables congresistas,


IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo



MARÍA JOSE PIZARRO
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia


GUSTAVO BOLÍVAR MORENO
Senador de la República
Lista de la Decencia

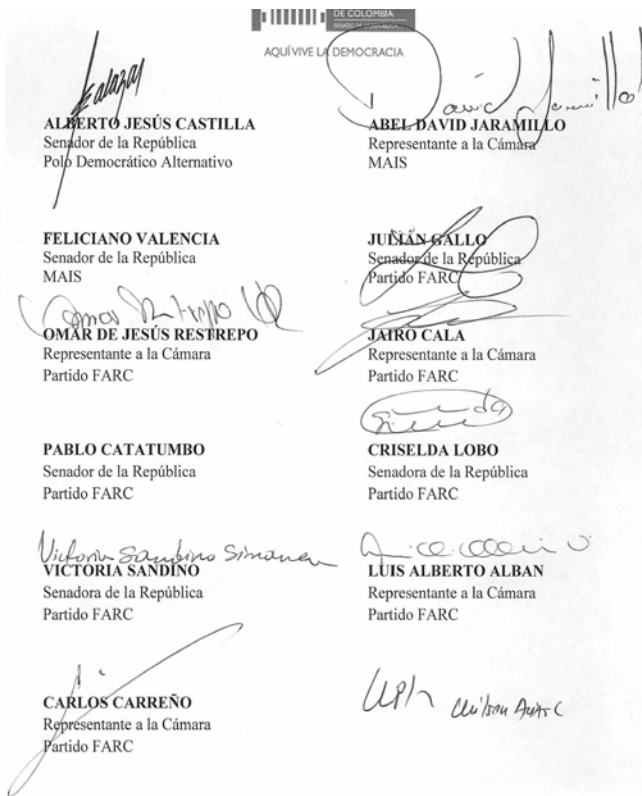

GUSTAVO PETRO URREGO
Senador de la República
Colombia Humana


ANTONIO SANGUINO PÁEZ
Senador de la República
Alianza Verde


AIDA AVELLA ESQUIVEL
Senadora de la República
Lista de la Decencia


ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


DAVID RICARDO RACERO
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Considerando que para reforzar las garantías en materia de seguridad pública y la administración de justicia, se debe dotar al sistema judicial de herramientas legales para dismantelar las estructuras económicas y políticas que sostienen el actuar paramilitar por medio de la tipificación de las conductas relacionadas con la conformación de grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, grupos armados organizados ilegalmente denominados paramilitares, grupos de autodefensas, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas, grupos de seguridad ilegales u otras denominaciones equivalentes.

Teniendo en cuenta que el artículo 22 de la Constitución Política establece que la paz es un derecho y deber de obligatorio cumplimiento y que en la búsqueda de una paz estable y duradera y la terminación definitiva del conflicto armado, el Gobierno nacional suscribió el 24 de noviembre de 2016 con la desaparecida guerrilla de las FARC el *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, en el que se pactó, en el punto 3.4 un *“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 cumplimiento de este fin, *el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*

establece el compromiso de adoptar medidas para el esclarecimiento del fenómeno del paramilitarismo, definidas en los puntos 2.1.2., 3.7 y como complemento de lo dispuesto en el Punto 5 de Víctimas del mismo.

1. ANTECEDENTES

El Gobierno nacional en cumplimiento de lo pactado en el *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, en especial lo establecido en el punto 3.4, se comprometió 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”*.

Así nació la necesidad de incorporar la prohibición del paramilitarismo en la Constitución Política, en primer lugar, con el propósito de combatir este fenómeno que ha tenido un carácter prolongado en nuestro país y que ha funcionado históricamente como un instrumentos criminal de discriminación, estigmatización y persecución, en razón a opiniones políticas y acciones de reivindicación de derechos, en segunda instancia, por el impacto que, a lo largo de varias décadas, ha generado en términos humanitarios y económicos la producción masiva de víctimas de exterminio, terror y destierro; y, finalmente, en términos políticos, por el daño que ha causado a bienes jurídicos que son pilares de una sociedad democrática como la colombiana, a saber: 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.

El resultado de lo anterior se materializó en la aprobación y posterior sanción del proyecto de Acto Legislativo número 05 del 29 de noviembre 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”*, en donde se adiciona el artículo 22A a la Constitución Política con el propósito de prohibir los grupos armados organizados, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas, grupos de seguridad con fines ilegales u otras denominaciones equivalentes”.

Posteriormente, los congresistas: Iván Cepeda Castro, Ángela María Robledo Gómez, Omar de Jesús Restrepo Correa, John Jairo Cárdenas Morán, David Ricardo Racero Mayorca, María José Pizarro Rodríguez, Jairo Reinaldo Cala Suárez, Gustavo Petro, Gustavo Bolívar, Feliciano Valencia, Jesús Albero Castilla S., Victoria Sandino, Alexander López, Julián Gallo

y Griselda Lobo, radicaron el pasado 20 de julio esta iniciativa la cual se radicó en esta legislatura bajo el número 007 de 2018 Cámara, siendo archivado de conformidad con el artículo 190 de Ley 5ª de 1992 el 21 de junio de 2019.

2. OBJETIVO

El presente proyecto de ley tiene por propósito implementar el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, suscrito el 24 de noviembre de 2016, entre el Gobierno nacional y la extinta guerrilla de las FARC-EP, en especial, lo dispuesto en el punto 3.4 sobre garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo.

En ese sentido y con el propósito de articular las distintas instancias que se crearon en el marco del punto 3.4 del Acuerdo Final se propone crear cinco nuevos tipos penales que tipifican la conducta del paramilitarismo, propuesta que fue trabajada conjuntamente en una Mesa de Trabajo conformada por diversas organizaciones sociales y de derechos humanos.

3. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

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 un parte del artículo 34).¹ 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”.²

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.³ 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.⁴

Los manuales militares de combate contra guerrillas 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”*.⁵ 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.

² OACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 54 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/16 9 de marzo de 1998, E/CN.4/1998/16.

³ CABRERA, Jaime y GALVIS, Alirio, *et al.* (oficiales de caballería), “Sociología de las guerrillas marxistas (conclusión)”, en: revista del Ejército, vol. 7, núm. 31, diciembre de 1967, p. 521.

⁴ CABRERA, Jaime y GALVIS, Alirio, *et al.* (oficiales de caballería), “Sociología de las guerrillas marxistas (conclusión)”, en: revista del Ejército, vol. 7, núm. 31, diciembre de 1967, p. 521.

⁵ Comando del Ejército, Reglamento de combate contra guerrillas (EJC 3-10 Reservado), Disposición 005 del 9 de abril de 1969, p. 316.

¹ 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, p. 66-70.

(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*”.

En 1982, el Manual combate contra bandoleros y guerrilleros definió respecto a las juntas de autodefensa que *“Organizarlas, instruir las y apoyarlas debe ser 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*”.⁶

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 Bárbula del Ejército y autoridades civiles con ganaderos, comerciantes afectados por la extorsión y el secuestro guerrillero⁷; 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*”⁸.

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.

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 años⁹.

En ese período 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*”¹⁰.

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

⁶ Comando del Ejército, *Manual Combate Contra Bandidos y Guerrilleros* (EJC-3-101 Reservado), disposición 00014 del Comandante del Ejército, Mayor General Bernardo Lema Henao, junio 25 de 1982, p. 84.

⁷ 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.

⁸ 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), p. 26.

⁹ 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.

¹⁰ Versión libre de Ever Veloza García, alias “HH”, ante los fiscales de Justicia y Paz, Medellín, 9 de junio de 2008.

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 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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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”. 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 detentar 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*”¹¹ 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”.

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 de 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”.

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, fomenta 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

¹¹ Corte Suprema de Justicia, “Sentencia 22 del 25 de mayo de 1989”, en: *Gaceta Judicial*, Tomo CXCVH número 2436, Bogotá, Imprenta Nacional, p. 219.

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*”. 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*”¹².

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 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*”. 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*”. Tampoco “*hubo un proceso total y efectivo de desmovilización, desarme y reintegración, ni se desmantelaron íntegramente las estructuras de tales grupos, ni hubo algún tipo de justicia y rendición de cuentas*”.

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 sólo 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:

“*[L]a 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*” (p. 138).

De acuerdo con el Tribunal, la creación de dichas Cooperativas “*marcó un momento importante no sólo 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*”¹³. 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 éste último sin referirnos a la figura de las Convivir*”.

En el marco de la expansión paramilitar y las denuncias ciudadanas sobre el papel de dichas cooperativas en la generación de violencia

¹² 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.

¹³ 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 (Radicalo 110016000253-2006-82689), p. 47.

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*”¹⁴.

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”.

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

“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”*¹⁵.

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 sólo 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 auto-preservación 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, sólo 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, sólo 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 Humanos, 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 éstas 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,

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-572 del 7 de noviembre de 1997.

¹⁵ 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.

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’”¹⁶.

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.

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 períodos 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).

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”¹⁷.

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

¹⁶ OEA-CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999. Disponible en el sitio: www.cidh.oas.org, consultado el 20 de enero de 2006, párrafo 50.

¹⁷ 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 (Radicalo 110016000253-2006-82689), p. 128-129.

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”¹⁸.

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 expresiones rurales más amplias y urbanas en varias ciudades importantes”¹⁹.

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

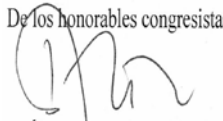
¹⁸ OEA-CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, (párrafo 11, Capítulo IV). Consultado en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/indice2006.htm>

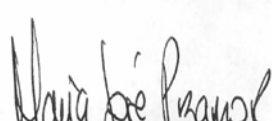
¹⁹ Segundo informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, área de DDR, Bogotá, julio de 2010.

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.


De los honorables congresistas,

De los honorables congresistas,


IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

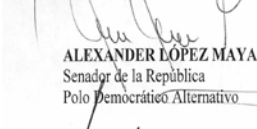

MARÍA JOSÉ PIZARRO R.
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia


GUSTAVO BOLÍVAR MORENO
Senador de la República
Lista de la Decencia

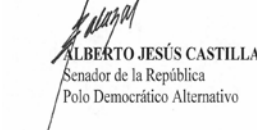

GUSTAVO PETRO URREGO
Senador de la República
Colombia Humana



ANTONIO SANGUINO PÁEZ
Senador de la República
Alianza Verde


AIDA AVELLA ESQUIVEL
Senadora de la República
Lista de la Decencia


ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


DAVID RICARDO RACERO
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia


ALBERTO JESÚS CASTILLA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

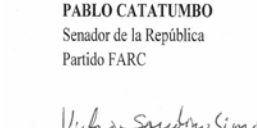

ABEL DAVID JARAMILLO
Representante a la Cámara
MAIS


FELICIANO VALENCIA
Senador de la República
MAIS


JULIÁN GALLO
Senador de la República
Partido FARC

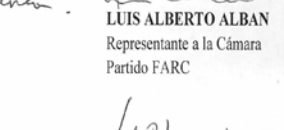

OMAR DE JESÚS RESTREPO
Representante a la Cámara
Partido FARC


JAIRO CALA
Representante a la Cámara
Partido FARC


PABLO CATATUMBO
Senador de la República
Partido FARC


CRISELDA LOBO
Senadora de la República
Partido FARC


VICTORIA SANDINO
Senadora de la República
Partido FARC


LUIS ALBERTO ALBAN
Representante a la Cámara
Partido FARC


CARLOS CARREÑO
Representante a la Cámara
Partido FARC


OMAR DE JESÚS RESTREPO
Representante a la Cámara
Partido FARC

**CÁMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL**

El día 24 de julio del año 2019 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 070 con su correspondiente exposición de motivos suscrito por el honorable Senador *Iván Cepeda*, honorable Representante *María José Pizarro*, honorable Senador *Gustavo Bolívar*, honorable Senador *Gustavo Petro*, y honorable Representante *David Racero* y otras firmas.

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 071
DE 2019 CÁMARA**

por medio del cual se modifica el Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de armonizar el derecho de huelga con los convenios sobre libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

Bogotá, D.C., 20 de julio de 2019

Doctor

JORGE HUMBERTO MANTILLA

Secretario General

Cámara de Representantes


Ciudad

Asunto: Radicación de proyecto de ley número 071 de 2019 Cámara, *por medio del cual se modifica el Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de armonizar el derecho de huelga con los Convenios sobre Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.*

Respetado Secretario General:

En nuestra calidad de congresistas de la República y en uso de las atribuciones que nos han sido conferidas constitucional y legalmente, nos permitimos respetuosamente radicar el proyecto de ley de la referencia y, en consecuencia, le solicitamos se sirva dar inicio al trámite legislativo respectivo.

Por los honorables congresistas,


AIDA AVELLA ESQUIVEL
Senadora de la República
Lista de la Decencia
IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo
GUSTAVO PETRO URREGO
Senador de la República
Colombia Humana
GUSTAVO BOLÍVAR MORENO
Senador de la República
Lista de la Decencia
DAVID RICARDO RACERO
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia
ALBERTO JESÚS CASTILLA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


ANTONIO SANGUINO PÁEZ
Senador de la República
Alianza Verde
ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo
PABLO CATATUMBO
Senador de la República
Partido FARC
CRISELDA LOBO
Senadora de la República
Partido FARC
VICTORIA SANDINO
Senadora de la República
Partido FARC
LUIS ALBERTO ALBAN
Representante a la Cámara
Partido FARC
CARLOS CARREÑO
Representante a la Cámara
Partido FARC
OMAR DE JESÚS RESTREPO
Representante a la Cámara
Partido FARC
JAIRO CALA
Representante a la Cámara
Partido FARC
JULIÁN GALLO
Senador de la República
Partido FARC

PROYECTO DE LEY NÚMERO 071 DE 2019
CÁMARA

por medio del cual se modifica el Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de armonizar el derecho de huelga con los convenios sobre libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 429. Definición de huelga. La huelga consiste en la restricción total o parcial de actividades por parte de los trabajadores, que tiene por finalidad la defensa en sus intereses económicos, sociales y políticos, siempre que se garantice una forma democrática de votar la huelga, sin poner en riesgo el orden público.

Se permite la libertad de huelga en todos los servicios salvo en los servicios públicos esenciales en el sentido estricto del término.

Podrán celebrarse huelgas parciales en entidades de servicios públicos esenciales, garantizando servicios mínimos, siempre que no se ponga en riesgo la vida, seguridad, salud de la persona, en toda o parte de la población.

Parágrafo 1°. La huelga puede ejercerse en diversidad de modalidades, tales como trabajo a reglamento, brazos caídos, ocupación de la empresa, total, parcial, local, entre otras; conforme a los criterios desarrollados por los órganos de control de la OIT.

Parágrafo 2°. La huelga, según sus finalidades puede ser: Contractual, de Solidaridad, Política o de Protesta, e Imputable al Empleador.

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 430. Prohibición de huelga en los servicios públicos. De conformidad con la Constitución Política, se permite la libertad de huelga en todos los servicios que no sean públicos esenciales en sentido estricto del término.

Para este efecto se entiende servicio público esencial los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona, en toda o en parte de la población.

Artículo 3°. Créase el artículo 430 A del Código Sustantivo del Trabajo, del siguiente tenor:

Artículo 430 A. Servicio mínimo. Las organizaciones sindicales de entidades que prestan servicios públicos esenciales podrán ejercer la huelga cuando garanticen la prestación de servicios mínimos. Se entiende por servicio mínimo las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer los derechos a la vida, la seguridad, la salud, de toda o parte de la población.

Parágrafo. Para la calificación de incumplimiento en la prestación de servicios mínimos durante la huelga será competente en primera instancia la sala laboral de los Tribunales de Distrito Judicial, y seguirán el procedimiento de la Ley 1210 de 2008.

Artículo 4°. Créase el artículo 430 B en el Código Sustantivo del Trabajo, del siguiente tenor:

Artículo 430 B. Restricciones al derecho de huelga. La restricción total o parcial de la huelga, o su declaratoria de ilegalidad, solo es permitida:

- Quando se trate de un servicio público esencial en sentido estricto del término,
- Quando su declaración no siga el procedimiento democrático establecido legalmente,
- Quando en el ejercicio de la huelga, los trabajadores que la declararon, atenten contra el orden público, o por su actuar la huelga pierda su calidad de pacífica,
- Quando los trabajadores que celebran la huelga incumplen la prestación del servicio mínimo, estando obligados a ello.

Artículo 5°. Modifíquese el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 444. Decisión de los trabajadores. Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

La huelga o el tribunal de Arbitramento serán decididas en los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta e indelegable, por la mayoría de afiliados del sindicato cuando éste afilie a la tercera parte de los trabajadores de la empresa o del lugar de trabajo; o por la tercera parte de los trabajadores de la empresa cuando el sindicato afilie a menos de esta proporción.

Para este efecto, si los afiliados al sindicato o sindicato mayoritarios o los demás trabajadores de la empresa, laboran en más de un municipio, se celebrarán asambleas en cada uno de ellos, en las cuales se ejercerá la votación en la forma prevista en este artículo y, el resultado final de esta lo constituirá la sumatoria de los votos emitidos en cada una de las asambleas.

Antes de celebrarse la asamblea o asambleas, las organizaciones sindicales interesadas o los trabajadores, podrán dar aviso a las autoridades del trabajo sobre la celebración de las mismas, quienes deberán asistir con el único fin de presenciar y comprobar la votación.

Podrá haber huelga parcial cuando sea imputable al empleador, para lo cual deberá ser

aprobada por la mayoría prevista en el primer inciso de este artículo, de los trabajadores afectados por el incumplimiento del empleador.

Artículo 6°. Modifíquese el artículo 445 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 445. Desarrollo de la huelga. Sin importar la finalidad o modalidades de huelga que decidan realizar los trabajadores, ésta solo podrá iniciarse con posterioridad a la asamblea que la decida. Sólo podrá efectuarse transcurridos dos (2) días hábiles a su declaración y no más de diez (10) días hábiles después.

Durante el desarrollo de la huelga, las mayorías que la aprobaron, si fuere el caso, podrán determinar someter el diferendo a la decisión de un tribunal de Arbitramento.

Dentro del término señalado en este artículo las partes si así lo acordaren, podrán adelantar negociaciones directamente o con la intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Artículo 7°. Modifíquese el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 448. Funciones de las autoridades.

1. Durante el desarrollo de la huelga, las autoridades policivas tienen a su cargo la vigilancia del curso pacífico del movimiento y ejercerán de modo permanente la acción que les corresponda, a fin de evitar que los huelguistas, los empleadores, o cualesquiera personas en conexión con ellos excedan las finalidades jurídicas de la huelga, o intenten aprovecharla para promover desórdenes o cometer infracciones o delitos.
2. Mientras la mayoría de los trabajadores de la empresa persista en la huelga, las autoridades garantizarán el ejercicio de este derecho y no autorizarán ni patrocinarán el ingreso al trabajo de grupos minoritarios de trabajadores, aunque estos manifiesten su deseo de hacerlo.
3. Declarada la huelga, el sindicato o sindicatos que agrupen la mayoría de los trabajadores de la empresa o, en defecto de estos, de los trabajadores en asamblea general, podrán someter a votación la totalidad de los trabajadores de la empresa, si desean o no, sujetar las diferencias persistentes a fallo arbitral. Si la mayoría absoluta de ellos optare por el tribunal, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles de hallarse suspendido.
4. Cuando una huelga se prolongue por sesenta (60) días calendario, sin que las partes encuentren fórmula de solución al conflicto que dio origen a la misma, el empleador y los trabajadores durante los tres (3) días hábiles siguientes, podrán convenir cualquier

mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias.

Si en este lapso las partes no pudieren convenir un arreglo o establecer un mecanismo alternativo de composición para la solución del conflicto que les distancia, de oficio o a petición de parte, intervendrá una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 278 de 1996.

Esta subcomisión ejercerá sus buenos oficios durante un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente hábil al vencimiento del término de los tres (3) días hábiles, de que trate este artículo. Si vencidos los cinco (5) días hábiles no es posible llegar a una solución definitiva, las partes de común acuerdo podrán solicitar al Ministerio de la Protección Social la convocatoria del tribunal de arbitramento.

Parágrafo. La Comisión Nacional de Concertación de Políticas Laborales y Salariales designará tres (3) de sus miembros (uno del Gobierno, uno de los trabajadores y uno de los empleadores) quienes integrarán la subcomisión encargada de intervenir para facilitar la solución de los conflictos laborales. La labor de estas personas será ad honórem.

Artículo 8°. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Por los honorables Congresistas,



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Este proyecto fue construido junto con la Plataforma Agenda Laboral para la Paz conformada por ENS, FESCOL, CAJAR, Centro de Solidaridad de la AFL-CIO, CORPEIS, Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, Cedetrabajo, Asolaborales, CUT, CTC y Viva la Ciudadanía y tiene por propósito armonizar el derecho a la huelga a los Convenios sobre Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

Esta iniciativa fue radicada bajo el número 010 de 2018 Cámara, el pasado 20 de julio por los honorables Representantes Ángela María Robledo Gómez, David Ricardo Racero Mayorca, María José Pizarro Rodríguez, León Fredy Muñoz Lopera, Ómar de Jesús Restrepo Correa, Fabián Díaz Plata, Jairo Reinaldo Cala Suárez y los Honorables Senadores Alexánder López, Gustavo Bolívar, Gustavo Petro, Iván Cepeda Castro y Antonio Sanguino.

El derecho de huelga está regulado en Colombia en el Código Sustantivo del Trabajo bajo una perspectiva preconstitucional que no consulta el espíritu del constituyente ni los convenios mencionados, que integran el bloque de la constitucionalidad que amerita la propuesta de reforma al régimen de intervención legal.

El régimen legal de la huelga, previsto en los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951 contemplan un enfoque restrictivo de la huelga como prohibición que debe ser actualizado de conformidad con lo ordenado por el artículo 56 de la Constitución Política cuyo tenor literal enseña:

“Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”.

La naturaleza jurídica constitucional de la huelga como derecho converge con los postulados del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo que puede consultarse en la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT de 2006, vinculantes para Colombia de acuerdo con lo establecido en la sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 23 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 25000232600020010179801, que define el derecho de huelga bajo los siguientes postulados:

“520. El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos.

521. El Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus

organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales.

522. El derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales.

523. El derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”.

La integración del derecho de huelga a las garantías de libertad sindical previstas en el Convenio 87 implica la consideración de derecho fundamental de conformidad con lo establecido en la Recomendación sobre principios y derechos fundamentales de 1998 de la OIT que integra el bloque de la constitucionalidad en Colombia.

La vinculación del derecho de huelga como garantía de los trabajadores en defensa de sus intereses económicos y sociales con los estándares de protección internacional y constitucional demanda una reformulación de las tradicionales restricciones que hacen nugatorio su ejercicio.

Las barreras fácticas, jurídicas, administrativas e incluso policiales para el ejercicio del Derecho de Huelga para los trabajadores en Colombia fueron evidenciadas en el Foro: ¿Se garantiza el derecho de huelga en Colombia? promovido por la Plataforma Laboral el pasado 18 de abril de 2018 en el que, con el concurso de organizaciones sindicales, sociales, académicos y algunos congresistas y senadores, se evaluó la incidencia de las principales huelgas desarrolladas en el contexto nacional dando cuenta de las especiales dificultades para el ejercicio de este derecho constitucionalmente protegido.

En desarrollo del referido Foro se realizó por voz de los propios sindicatos invitados el recuento de sus experiencias en el ejercicio del derecho de huelga y los principales obstáculos legales, administrativos y policivos que pretenden ser corregidos con la propuesta de intervención normativa que se presenta en este proyecto. El recuento de las principales experiencias elaborado por la Escuela Nacional Sindical, que se presenta a continuación, da cuenta de la demanda de adecuación del sistema de regulación legal en Colombia:

1. Sintracerrmotoso: Se desarrolló una huelga imputable al empleador como consecuencia de la vulneración de derechos laborales, especialmente a la seguridad social, que llevaron a la muerte de trabajadores por cáncer y una excesiva jornada laboral; la compañía demandó la ilegalidad de la huelga teniendo como resultado el despido de la mayoría de los miembros de la Junta Directiva.
2. Sintrapazdelrío: Se desarrolló una huelga como consecuencia del incumplimiento de la Convención Colectiva de Trabajo y el despido de trabajadores sin justa causa con

indemnización, se realizó un bloqueo de la planta por 19 días, tras del cual se llegó a un acuerdo, no obstante la compañía no cumplió, demandó la ilegalidad de la huelga teniendo como consecuencia el despido de trabajadores y la terminación de contratos en virtud de acuerdos de transacción.

3. Sintravidriol Antioquia: Se desarrolló la huelga como consecuencia de la falta de acuerdo en la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva, la cual se realizó por todo el grupo empresarial, la huelga duró 70 días, la compañía firmó una cláusula en la que se abstenía de tomar represalias, no obstante demandó la ilegalidad de la huelga proceso que tuvo como consecuencia el despido de dos juntas directivas, en la actualidad la compañía inició una demanda de disolución y liquidación de la organización sindical, el proceso se encuentra en trámite.
4. ACDAC: Se desarrolló la huelga como consecuencia de la existencia de pactos colectivos, excesivas jornadas laborales y la ausencia de un acuerdo en la etapa de arreglo directo, se realizaron las votaciones con las mayorías legalmente estipuladas para sindicatos de gremio definiendo la realización de una huelga que se extendió por 54 días, Avianca demandó la ilegalidad de la huelga siendo amparada por la Rama Judicial, situación que tuvo como consecuencia el despido de 45 pilotos, 3 miembros de la Junta Directiva, y el desarrollo de procesos disciplinarios. Se llevará el caso ante la OIT en junio de 2018.

I. Regulación en diversos contextos internacionales

En el marco del desarrollo de la huelga como elemento central del derecho de huelga los sistemas de intervención legal en diversos países dan cuenta de medidas orientadas a la protección y promoción de esta garantía sobre la que Colombia mantiene una perspectiva anacrónica preconstitucional.

En este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 establece en el artículo 28 como parte del catálogo de garantías, principios y libertades para “compartir un provenir pacífico basado en valores comunes:

“Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”.

En el contexto europeo, la Constitución Española de 1978 en el artículo 28 establece el

derecho fundamental de huelga en los siguientes términos:

“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

En el contexto español la norma de referencia sobre el contenido y alcance del derecho está centrado en el Decreto ley 5° del 22 de mayo de 1975 sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo en los siguientes términos del artículo tercero:

“Uno. El recurso a la huelga será procedente en el conflicto colectivo laboral en que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se refiera a las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por el conflicto. Las perturbaciones del régimen laboral por motivos ajenos al trabajo, así como las de apoyo, realizadas por trabajadores no afectados, serán consideradas improcedentes a todos los efectos.
- b) Que no rebase el ámbito de la Empresa o, dentro de ella, del centro o centros de trabajo afectados.
- c) Que la Empresa o Entidad afectada no estuviera encargada de la prestación de cualquier género de servicio público o de reconocida e inaplazable necesidad, o relacionado con los intereses de la defensa nacional.
- d) Que la huelga se realice, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios de los trabajadores afectados y sin la presencia de los mismos en el centro de trabajo o cualquiera de sus dependencias.
- e) Que la decisión de acudir a la huelga se someta a las demás prescripciones de este Decreto ley.

Dos. Quedan excluidos del recurso a la huelga los conflictos colectivos de trabajo por interpretación o aplicación de una norma preexistente, estatal o convencional; en tales conflictos, se procederá necesariamente, en defecto de avenencia, en la forma prevista en el artículo quince, párrafo dos, apartado a), de este Decreto ley”.

El Real Decreto ley de Relaciones de Trabajo regula el derecho de huelga sin definirlo expresamente, previendo garantías básicas para su ejercicio no obstante su naturaleza preconstitucional en los artículos 2° y 7° en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Son nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga.

Artículo 7. 1. El ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”.

Dada la necesidad de actualización del derecho de huelga al modelo constitucional de 1978, el Tribunal Constitucional español adecuó el entendimiento del contenido y alcance del derecho de huelga como garantía fundamental en diversas sentencias del máximo órgano constitucional español. En este orden de ideas, la sentencia 11/1981 de 8 de abril del Tribunal Constitucional español precisó:

“El artículo 28.2 de la Constitución, al decir que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”, introduce en el ordenamiento jurídico español una importante novedad: la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental. La fórmula que el texto emplea (“se reconoce”) es la misma que la Constitución utiliza para referirse al derecho de reunión o al derecho de asociación. De todo ello hay que extraer algunas importantes consecuencias. Ante todo, que no se trata sólo de establecer, frente a anteriores normas prohibitivas, un marco de libertad de huelga, saliendo, además, al paso de posibles prohibiciones, que sólo podrían ser llevadas a cabo en otro orden jurídico-constitucional. **La libertad de huelga significa el levantamiento de las específicas prohibiciones, pero significa también que, en un sistema de libertad de huelga, el Estado permanece neutral y deja las consecuencias del fenómeno a la aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato de trabajo en particular.**

Hay que subrayar, sin embargo, que el sistema que nace del artículo 28 de la Constitución es un sistema de “derecho de huelga”. Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquellos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa, como más adelante veremos. Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para

la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7º de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (artículo 9.2 de la Constitución).

Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos. **Puede el legislador introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho, siempre que con ello no rebase su contenido esencial**”. (Resaltado y subrayas fuera de texto).

En el caso italiano, la Constitución de la República de 1948 que define a Italia como una república fundada en el trabajo, regula como derecho constitucional la huelga en los términos previstos en el artículo 40:

“El derecho de huelga se ejercitará en el ámbito de las leyes que lo regulan”.

No obstante la directriz constitucional no se encuentran leyes que regulen el ejercicio del derecho de huelga, no obstante la regulación indirecta del estatuto de los trabajadores de 1970 (proscribiendo como conducta antisindical el impedir o limitar patronalmente la participación en una huelga), como la regulación sobre huelga en servicios públicos esenciales contenida en la Ley 146 de 1990.

La Ley 83 del 11 de abril de 2000 actualizó la disciplina italiana en materia de obligaciones de las partes, los poderes de la denominada Comisión de Garantía y el respeto del derecho de huelga en el ámbito de los trabajadores autónomos.

Una de las principales particularidades del sistema de regulación italiano está dada por la conformación de una Comisión de Garantía, que integra 9 miembros elegidos por el presidente de la Cámara de Diputados del Senado de la República, escogidos entre expertos en materia de Derecho Constitucional, Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales, que fundamentalmente evalúe la idoneidad de las medidas para garantizar el ejercicio de equilibrio del derecho de huelga con el disfrute de los derechos constitucionales personales. Este organismo también tiene la tarea de activar un procedimiento de conciliación entre las partes.

En el contexto francés el preámbulo de la Constitución de 1946 que se integra a la Constitución de 1958 incluye el derecho de huelga

expresamente en el numeral séptimo de listado de garantías constitucionales:

“El derecho de huelga se ejerce con arreglo a las leyes que lo reglamentan”.

El Código de Trabajo francés regula el derecho de huelga como causal de suspensión del contrato de trabajo en los términos del artículo L. 2511-1:

“El ejercicio del derecho de huelga no puede justificar la rescisión del contrato de trabajo, excepto por negligencia grave imputable al empleado.

Su ejercicio no podrá dar lugar a ninguna medida discriminatoria a que se refiere el artículo L. 1132-2, especialmente en lo que respecta a la remuneración y los beneficios a los empleados.

Cualquier despido pronunciado en ausencia de negligencia grave es nulo e inválido”.

En el contexto latinoamericano, la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece como parte de los deberes, derechos y garantías previsto en el artículo 57:

“Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad”.

Las principales normas que reglamentan el ejercicio del derecho de huelga en el Uruguay están determinadas por el sistema de reglas de ejercicio interpretado por la jurisprudencia y la doctrina en sentido garantista y progresista del ejercicio del derecho, las principales disposiciones sobre huelga están contenidas en las siguientes leyes:

1. Ley 13.720 sobre obligatoriedad del preaviso de las medidas de huelga y el régimen de los servicios esenciales;
2. Ley 12.590 sobre efectos de la huelga sobre las vacaciones anuales;
3. Decreto Ley 15.180 sobre efectos de la huelga sobre el seguro de desempleo;
4. Ley 18.566 sobre negociación colectiva, que incluye una cláusula de paz automática (artículo 21),
5. Decreto número 165/006 sobre medios de prevención y solución de conflictos colectivos de trabajo y regulación de las medidas de ocupación de centros de trabajo.

En Argentina el artículo 14 bis prevé el reconocimiento del derecho de huelga en los siguientes términos:

“Queda garantizado a los gremios: Concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozaran de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

La regulación del ejercicio del derecho contenido en la Ley 14.786 que incluye la disciplina la huelga en los denominados

“conflictos de intereses” al tiempo que la Ley 25.877 regula lo concerniente a los denominados servicios mínimos en clave de las limitaciones al ejercicio del derecho que indica en el artículo 24 de la norma en comentario:

“Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación”

La Constitución Política del Perú reconoce en el texto constitucional el derecho de huelga como parte de los derechos sociales y económicos en el artículo 28 de la norma fundamental en los siguientes términos:

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

Garantiza la libertad sindical.

Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

En este contexto el texto único ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo regula los principales aspectos del ejercicio de la huelga definiéndola en el artículo 72 bajo los siguientes parámetros:

“Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas”.

II. Contexto fáctico del ejercicio del derecho de huelga en Colombia

Con base en datos estadísticos de la Escuela Nacional Sindical las principales cifras sobre libertad sindical y huelga en Colombia evidencian la necesidad de fortalecer el modelo de intervención legal en materia de protección del derecho de huelga como se deduce del análisis empírico del contexto colombiano.

1. **Contexto laboral y Sindical.** En Colombia existe una dinámica de los conflictos laborales y abordaje del conflicto colectivo colombiano plasmado en acciones colectivas sindicales y laborales entre 1991 y 2018, que se traduce en un total de **3.844 movilizaciones**¹ entre huelgas, paros, protestas, marchas y mítines. Entre estas movilizaciones se puede destacar un fuerte crecimiento en las cifras entre 2010 y 2017, es decir, en los últimos siete años de **2.554**.

Durante el mismo periodo de 1991 al 2018, se realizaron en el país **383 huelgas**, con un mayor número durante los años 2009 al 2015, y un total de **707 paros y 550 marchas** en el mismo periodo de tiempo.

2. **Decisiones de Ilegalidad.** La ENS ha realizado rastreo y análisis de las decisiones ilegalidad, con anterioridad y después a la entrada en vigencia de Ley 1210 de 2008:

Vigencia anterior de la Ley 1210 Ministerio - Consejo de Estado

- **Expedición de Actos Administrativos de ilegalidad de Cese de actividades, Ministerio del Trabajo:** Entre 2003 y 2009 el Ministerio expidió un total de **77 actos administrativos** de declaratoria de ilegalidad de la huelga, en contra de los intereses de las organizaciones sindicales.

Algunas de las decisiones administrativas del Ministerio del Trabajo fueron anuladas por el Consejo de Estado por encontrar que con ellas se violaba el debido proceso y el derecho de defensa de las organizaciones sindicales.

Vigencia ley 1210 de 2008 Tribunales Superiores - CSJ Sala Laboral²

Decisiones Judiciales 2009-2018: Durante los anteriores periodos tenemos un total de 47 sentencias que resolvieron de fondo demandas del empleador tanto en primera y segunda instancia.

I. Instancia		II Instancia	
Tribunal Superior Sala laboral	Total Sentencias	Corte Suprema de Justicia Sala laboral	Total Sentencias
Declara legalidad	26	Declara legalidad	19
Declara ilegalidad	21	Declara Ilegalidad	28
Total	47		47

Tipos de huelgas en las decisiones judiciales: Se puede destacar dentro de las 47 sentencias, se han identificado 38 casos en los que se definen las siguientes clases de huelga:

Tipo de huelgas o cese	Total
Huelga contractual o de conflicto colectivo	13
Huelga imputable al empleador	15
Huelga por Solidaridad	3
Acciones Sindicales - no cese	7

Identificaciones de Sectores en las Decisiones Judiciales

Periodo	Demandados	Demandante	Sector	#Sentencias	Legalidad	Legalidad
2012-2013	Trabajadores tercerizados y no sindicalizados	Cooperativas, SAS y S. A. intermediadoras	Privado	3	1	2
2009-2018	Organizaciones Sindicales Sector Salud	Gobierno nacional (ESE)	Público	4	1	3
2009-2014	Organizaciones Sindicales Empleados Públicos	Gobierno nacional	Público	2	0	2
2009-2018	Organizaciones Sindicales	Empresas	Privado	38	17	21
Total				47	19	28

Identificación de organizaciones sindicales que han sido sometidas a juicios de ilegalidad en varias oportunidades

Periodo	Sindicato	N° Sentencias	N° Legalidad	N° Legalidad
2014 - 2015	Anthoc	2	0	2
2012 - 2014 - 2016	Sintraime	5	0	5
2012 - 2013 - 2018	USO	5	4	1

III. Reformas a implementar

1. Redefinición del derecho de huelga en los términos de los Convenios Fundamentales y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo: El proyecto que se presenta rediseña el concepto legal de huelga

en cumplimiento de la directriz constitucional que incorpora las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, adscribiendo la naturaleza jurídica a la huelga como derecho en superación de la tradicional perspectiva restrictiva de prohibición.

La adecuación del ordenamiento legal colombiano no sólo deriva de la necesidad de actualización a la visión de la Constitución de 1991 sino a la adaptación de las Normas Internacionales del Trabajo suscritos por Colombia en el mundo y economías globalizadas e interconectadas que demanda estándares de protección global acordes con la perspectiva de eficacia global de las

¹ Fuente estadística: Base de datos Dinámica Sindical e informes Mintrabajo.

² Fuente: Sentencias judiciales y Matriz de huelgas, Escuela Nacional Sindical.

Declaraciones, Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

En la propuesta se incluye el reconocimiento de la huelga en los diversos tipos que esta puede adoptar en su ejercicio en forma coherente con la naturaleza adoptada como facultad subjetiva del conjunto de trabajadores ampliando correlativamente el conjunto de finalidad a que la misma puede adscribirse.

2. Definición de servicios mínimos como limitante de los servicios públicos: La actualización del régimen legal del ejercicio de derecho de huelga impone el cumplimiento del mandato constitucional que reenvió al legislador la determinación de los servicios considerados esenciales en que aquella puede restringirse con criterio de realización del derecho en sustitución del vigente bajo la lógica de la Constitución precedente.

En este sentido, el proyecto de ley incorpora el criterio de servicio mínimo que limita en sentido estricto el ejercicio del derecho de huelga privilegiando la garantía constitucional con los necesarios límites que garanticen el interés general sin anular el derecho en cuestión.

Sobre este particular, la recopilación de Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT ha precisado en concordancia con el proyecto de ley que se presenta:

- “581. Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.
582. Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población.
583. El principio sobre prohibición de huelgas en los “servicios esenciales” podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un “servicio esencial” en el sentido estricto del término, es decir, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”.

En el mismo sentido, se propone la creación de un nuevo artículo 430B que actualice las causales de ilegalidad del cese colectivo de actividades en concordancia con las prohibiciones referidas a los denominados servicios mínimos de los servicios esenciales en sentido amplio que han

demostrado derivar en hacer nugatorio el derecho constitucional.

3. Requisitos para el ejercicio del derecho de huelga: El procedimiento y requisitos para la declaratoria de la huelga y su titularidad en los trabajadores se reivindica en el texto del proyecto que pretende hacer viable el ejercicio democrático de la decisión de optar por la huelga eliminando requisitos de matriz restrictiva de la garantía constitucional.

Se prevé de la misma forma la obligación para las autoridades del trabajo de asistir para presenciar y comprobar la votación de la huelga.

De la misma manera en concordancia con la inclusión de las diversas modalidades de huelga se incluye el procedimiento para el ejercicio de la denominada huelga imputable al empleador.

De la misma forma, se reitera el procedimiento legal para la solución del conflicto colectivo transcurridos 60 días para promover la concertación con la intervención de una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales.

Por los honorables Congresistas,

AIDA AVELLA ESQUIVEL
Senadora de la República
Lista de la Decencia

IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

GUSTAVO PETRO URREGO
Senador de la República
Colombia Humana

GUSTAVO BOLÍVAR MORENO
Senador de la República
Lista de la Decencia

DAVID RICARDO RACERO
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia

ALBERTO JESÚS CASTILLA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

ANTONIO SANGUINO PÁEZ
Senador de la República
Alianza Verde

ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

PABLO CATATUMBO
Senador de la República
Partido FARC

CRISELDA LOBO
Senadora de la República
Partido FARC

VICTORIA SANDINO
Senadora de la República
Partido FARC

LUIS ALBERTO ALBÁN
Representante a la Cámara
Partido FARC

CARLOS CARREÑO
Representante a la Cámara
Partido FARC

OMAR DE JESÚS RESTREPO
Representante a la Cámara
Partido FARC

JAIRO CALA
Representante a la Cámara
Partido FARC

JULIÁN GALLO
Senador de la República
Partido FARC

CÁMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL

El día 24 de julio del año 2019 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 071 con su correspondiente exposición de motivos, suscrito por los honorables Senadores *Aída Avella, Iván Cepeda, Gustavo Petro, Gustavo Bolívar*, honorable Representante *David Racero*, y honorable Senador *Alberto Castilla* y otras firmas.

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

CONTENIDO

Gaceta número 692 - Viernes, 2 de agosto de 2019

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA

Proyecto de ley Estatutaria número 068 de 2019 Cámara, por medio de la cual se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos Vinculados a la Comisión de Delitos Violentos de Alto Impacto..... 1

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 067 de 2019 Cámara, por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y se dictan otras disposiciones..... 17

Proyecto de ley número 070 de 2019 Cámara, por medio de la cual se incorporan al Título XII del Código Penal (Ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, grupos armados organizados ilegalmente denominados paramilitares, grupos de autodefensas, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes..... 24

Proyecto de ley número 071 de 2019 Cámara, por medio del cual se modifica el Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de armonizar el derecho de huelga con los convenios sobre libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo..... 34