

LA POLÍTICA DE ATAQUES MILITARES CONTRA LAS BANDAS CRIMINALES EN COLOMBIA Y SU LEGITIMIDAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO*

The policy of military attacks against criminal gangs in Colombia and their legitimacy in view of International Humanitarian Law

DUBÁN RINCÓN ANGARITA**
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
ARMENIA, COLOMBIA

* Artículo de investigación derivado del proyecto de investigación “Crimen organizado y conflicto armado en Colombia: aproximación a una comprensión jurídica”, en el marco de las actividades del grupo de investigación Derecho, Estado y Ciudadanía, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia. Investigador principal: Dubán Rincón Angarita. Institución que financia la investigación: Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia.

** Abogado de la Universidad Industrial de Santander, graduado con la distinción *Cum Laude*. Magíster en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia. Correo electrónico: <iudex-@hotmail.com>.

Artículo recibido el 24 de julio de 2017 y aceptado para publicación el 11 de octubre de 2017.

RESUMEN: Con la Directiva Permanente N° 015 de 2016, emanada del Ministerio de Defensa de la República de Colombia, se posibilitan los ataques militares contra las bandas criminales que exhiban mayor capacidad armada, que en virtud del instrumento normativo se re-conceptualizan como Grupos Armados Organizados (GAO), definición proveniente del Derecho Internacional Humanitario (DIH) para referirse a las agrupaciones que despliegan hostilidades en el marco de los conflictos armados. Este escrito propone que dicha política no es legítima a la luz del DIH, pues la actividad delictiva de las bandas criminales no se encuentra, en principio, en directa relación con las hostilidades del conflicto armado interno, y porque la principal consecuencia de la Directiva es la negación de la calidad de civiles a los miembros de los GAO, lo que contraviene no solamente los postulados del DIH sobre la protección a la población civil, sino el modelo mismo de Estado Social de Derecho.

PALABRAS CLAVE: grupos armados organizados, crimen organizado, política criminal, Convención de Palermo, Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT: *With the Permanent Directive N° 015 of 2016, from the Ministry of Defense of the Republic of Colombia, military attacks against criminal gangs that exhibit greater armed capacity are possible, which under the normative instrument are re-conceptualized as Organized Armed Groups (OAG), definition from International Humanitarian Law (IHL) to refer to groups that deploy hostilities in the context of armed conflicts. This paper proposes that this policy is not legitimate in view of IHL, since the criminal activity of criminal gangs is not, in principle, directly related to the hostilities of the internal armed conflict, and because the main consequence of the Directive is the denial of the quality of civilians to the members of the OAG, which contravenes not only the postulates of IHL on the protection of the civilian population, but also the very model of the Social State of Law.*

KEYWORDS: *Organized armed groups, organized crime, criminal policy, Convention of Palermo, International Humanitarian Law.*

INTRODUCCIÓN

El proceso de desmovilización paramilitar que tuvo lugar entre los años 2003 y 2006 implicó un replanteamiento de la escena criminal en Colombia, pues significó la visibilidad de algunos grupos antes opacados por el accionar de las autodefensas, y en muchos otros casos, los antiguos miembros de las agrupaciones paramilitares continuaron la actividad delictiva, pues aprovecharon los vacíos de poder dejados por los aparatos del paramilitarismo¹. En otros términos, aunque tuvo lugar la dejación de las armas por parte de miles de efectivos paramilitares, las estructuras criminales permanecieron incólumes, especialmente las redes criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes y sus actividades delictivas conexas².

Si bien es cierto que algunos sectores reconocían en los grupos de autodefensas un componente contrainsurgente, es decir, de combate a las agrupaciones guerrilleras en Colombia, las bandas delincuenciales surgidas con posterioridad a la desmovilización despejaron este panorama, en el sentido de ser más clara su finalidad delictiva, limitada casi exclusivamente a las actividades propias del crimen organizado, es decir, el control de los mercados ilícitos provenientes del tráfico de estupefacientes, la extorsión, el secuestro, entre otras actividades³.

A este respecto, las llamadas bandas criminales en Colombia responden, al menos en principio, a la caracterización ofrecida en el literal a) del artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional -Convención de Palermo- (2000), que exige como finalidad de la actividad delictiva la obtención de lucro o algún otro beneficio material. Establece la norma en comento que por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material⁴.

En este artículo se toma postura en el sentido de sostener que las llamadas bandas criminales, denominadas en la Directiva desde la dicotomía GAO-Grupos Delictivos Organizados (GDO), responden a la lógica del

¹ GRANADA, RESTREPO y TOBÓN (2009) p. 467.

² COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN (2007) p. 5.

³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013) p. 55.

⁴ CONVENCION DE PALERMO de 2000.

crimen organizado, porque la naturaleza de sus actividades es el afán de lucro, y porque presentan una organización estructural, una pluralidad de personas, capacidad armada y empleo de la violencia para la obtención de sus fines y un cierto grado de captura del Estado por corrupción, que se han comprendido como las notas dominantes de la criminalidad organizada, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y diversas fuentes doctrinales sobre la materia⁵.

Como se ha dicho, este proceso de desmovilización es decisivo en la composición de la escena criminal colombiana del último decenio, pues hoy por hoy, uno de los mayores desafíos en materia de seguridad y de mantenimiento del orden público en Colombia es el enfrentamiento de estas agrupaciones de criminalidad organizada que nacieron con posterioridad al proceso de desmovilización paramilitar, o que se hicieron visibles con la retirada de las autodefensas⁶, pues al tiempo que aumentaron su portafolio de actividades criminales, mejoraron y adaptaron sus estructuras y emplean constantemente la violencia para el logro de sus finalidades, en un contexto carente de ideología política o de actividad contrainsurgente⁷.

Uno de los aspectos más llamativos del fenómeno es la inexistencia de un acuerdo conceptual sobre la denominación que ha de aplicarse a estos grupos⁸. Se les ha denominado bandas criminales, neo-paramilitares, paramilitares de tercera generación⁹ y hoy por hoy, de acuerdo con la caracterización ofrecida por el Gobierno Nacional, se les reconoce como GAO y como GDO, de acuerdo con la Directiva Permanente N° 015 de 2016, emanada del Ministerio de Defensa (en adelante, la Directiva).

La Directiva es un instrumento normativo expedido el 22 de abril de 2016, que tiene como finalidad el combate a las agrupaciones que otrora fueron oficialmente denominadas “bandas criminales”, y que en virtud de la norma bajo análisis se desagregan bajo las nociones de GDO y GAO.

Este artículo se detiene en los GAO, denominación que no fue creada en virtud de la Directiva, sino que está presente en los instrumentos internacionales relativos al Derecho Humanitario –especialmente el Protocolo II Adicional

⁵ COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS (2004), ECHANDÍA (2013), JAIME Y CASTRO (2010).

⁶ COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN (2007).

⁷ RICO (2013).

⁸ PRIETO (2013).

⁹ GRANADA, RESTREPO Y TOBÓN (2009).

a los Convenios de Ginebra (1977) para caracterizar aquellas agrupaciones que despliegan operaciones militares en el contexto del conflicto armado y que *“cuentan con un nivel de organización suficiente para constituir una parte en un conflicto armado”*¹⁰. Asimismo no es ocioso, recordar que estas normas de DIH constituyen costumbre internacional y son intransgredibles, y por consiguiente, *“si bien el DIH se encuentra hoy positivizado en varios tratados internacionales, lo cierto es que para su aplicación a la totalidad de los Estados, no es necesario que estos hayan ratificado los instrumentos”*¹¹.

A partir de la vigencia de la Directiva, las fuerzas militares pueden atacar a las bandas criminales que reúnan los requisitos previstos para los GAO, esto es, que empleen la violencia contra la fuerza pública u otras instituciones del Estado, la población civil u otros grupos armados, que posean la capacidad de generar violencia más allá de los disturbios internos, y que tengan una organización y mando que les permita servirse de la violencia en ciertas áreas del territorio nacional¹².

Esta política refleja las necesidades del Estado en el combate contra las bandas criminales, y acude al mayor ejercicio de fuerza posible para su anulación, esto es, la participación de las fuerzas militares¹³. No obstante, y aunque es desde todo punto de vista loable la pretensión del Estado de minar las bandas criminales, en este escrito se plantea la incorrección de asignar a estos grupos la denominación de GAO, porque con ello se desconoce la esencia de dicho calificativo a la luz del DIH, esto es, que alude a grupos que desarrollan acciones militares en el contexto del conflicto¹⁴, y la Directiva que se estudia no demuestra que las agrupaciones criminales llevan a cabo tales actividades de forma sistemática –ni siquiera eventual–, cuestión que impide acudir a la denominación de GAO.

Así planteada la cuestión, se formula el problema de investigación, en los siguientes términos: ¿Cuáles son las razones a partir de las que puede afirmarse que la política de ataques militares contenida en la Directiva –emanada del Ministerio de Defensa de la República de Colombia– es ilegítima a la luz del DIH? Por consiguiente, el objetivo general es el de establecer las razones a partir de las cuales puede afirmarse que la política de ataques militares contenida en la Directiva –emanada del Ministerio de Defensa de la República de Colombia– es ilegítima a la luz del DIH.

¹⁰ KLEFFNER (2011) p. 2.

¹¹ Varón y Quinche (2010) p. 113.

¹² Directiva Permanente N° 015 DE 2016.

¹³ SAINT-PIERRE Y DONADELLI (2014).

¹⁴ RODRÍGUEZ (2013).

En cuanto a los aspectos metodológicos, se trata de una investigación de carácter cualitativo, con alcance correlacional entre dos variables: de una parte, los aspectos de política criminal contenidos en la Directiva, y de otro lado, el empleo del arsenal teórico del DIH para estudiar la Directiva. Se utilizarán fuentes primarias (esencialmente, la Directiva y las normas jurídicas pertinentes) y secundarias (libros de texto y artículos de investigación sobre la materia).

El plan de trabajo del escrito comenzará por el análisis del alcance de la Directiva respecto del combate a los GAO y posteriormente, se abordarán las principales críticas a la política criminal que aquélla adopta, a la luz de los contenidos teóricos del DIH.

De esta forma, el principal resultado que arroja la investigación es que asignar a los grupos de criminalidad organizada en Colombia el calificativo de GAO refugil desatinado, pues desconoce la normativa en materia de DIH, y resulta ilegítima a la luz de los postulados de Estado social de Derecho previsto en la Carta Política de 1991 y los derechos de protección de la población civil previstos en el mismo DIH.

I. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. *El alcance de la Directiva Permanente N° 015 de 2016, del Ministerio de Defensa de la República de Colombia*

La política criminal puede entenderse, muy generalmente, como el conjunto de instrumentos de política pública en orden a la prevención y sanción de la criminalidad, pero además como un estándar al que debe someterse la actividad del Estado para conseguir esa finalidad de protección de la sociedad¹⁵.

Como ha tenido oportunidad de advertirse, en el contexto actual, uno de los mayores retos de la política criminal colombiana es el enfrentamiento de las bandas criminales, por la escalada delictiva de que han hecho muestra¹⁶. Por tanto, es perentorio y legítimo que el Estado persiga estas formas de criminalidad. Así, dentro de estos instrumentos se halla la Directiva, cuyo objetivo es determinar lineamientos de política del Ministerio de Defensa para enfrentar a los GAO y los GDO que, como se verá, son las denominaciones mediante las que se re-conceptualiza a las bandas criminales en Colombia.

¹⁵ JUÁREZ Y MEDINA (2011).

¹⁶ PRIETO (2013).

Respecto de la obligatoriedad de la Directiva de acuerdo con el numeral III, las instrucciones contenidas en él deben ser aplicadas por todos los niveles de mando en las fuerzas militares y la Policía Nacional.

En esencia, la Directiva demuestra un sensible giro en el entendimiento del fenómeno de las bandas criminales en Colombia. Y es que en un análisis anterior, llevado a cabo en el año 2011, se determinó que estos grupos no podían ser entendidos como agrupaciones al margen de la ley, de acuerdo con el DIH, cuestión que, por tanto, excluye su tratamiento como grupos armados organizados a la luz de ese ordenamiento. Siendo así, solamente pueden ser combatidos en el marco de los derechos humanos¹⁷.

De hecho, la propia Directiva recuerda que, de acuerdo con el Consejo Nacional de Seguridad de 2011: *“se determinó que las bandas criminales en su totalidad eran entendidas como grupos delictivos organizados y no cumplían con los requisitos objetivos por el Derecho Internacional para ser consideradas como Grupos Armados Organizados. En consecuencia, la lucha en contra de éstas debía circunscribirse en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)”*¹⁸.

En suma, y con respecto al uso de la fuerza contra las bandas criminales, con anterioridad a la Directiva que se analiza, la autoridad encargada de combatir estas agrupaciones era de manera prevalente la Policía Nacional, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales¹⁹, puesto que se analizaba como una manifestación criminal sin connotaciones para el DIH²⁰. Excepcionalmente, la policía podía solicitar el apoyo de las fuerzas militares para hacer frente a las bandas criminales, siempre que el nivel de hostilidad y de organización así lo ameritara, tal como se regula en el artículo 11 del decreto N° 2374 de 2010²¹.

Aunque las funciones de las fuerzas militares están delimitadas en normas como el artículo 217 constitucional²² y el Decreto N° 1512 de 2000 de la Presidencia de la República, a cuyo tenor dichos cometidos son la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional, no ha sido extraña en el ordenamiento jurídico colombiano la

¹⁷ PERICO (2017) p. 157.

¹⁸ Directiva Permanente N° 015 DE 2016.

¹⁹ POLICÍA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2010).

²⁰ POLICÍA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2007).

²¹ Decreto N° 2374 de 2010.

²² Constitución Política de Colombia de 1991.

solicitud de auxilio o apoyo de las Fuerzas Militares, por parte de las fuerzas policiales o las autoridades administrativas, para enfrentar serias amenazas de orden público.

Al respecto, el artículo 79 del Decreto N° 1512 de 2000 indica que la asistencia militar es el requerimiento de las autoridades indicadas, *“cuando la Policía Nacional no esté por sí sola en capacidad de contener grave desorden o enfrentar una catástrofe o calamidad pública”*²³. Disposiciones similares se hallaban en el artículo 86 del Decreto N° 1355 de 1970, modificado por el Decreto N° 522 de 1971²⁴, cuando medie igualmente una grave situación de orden público que amerite la asistencia militar.

Quiere resaltarse con la reseña de este marco normativo que con anterioridad a la Directiva, la solicitud de apoyo militar era procedente de forma excepcional y de forma transitoria para conjurar específicas amenazas al orden público o en caso de grave calamidad pública. No obstante, respecto del uso de la fuerza, la Directiva contiene las siguientes innovaciones:

- La Policía Nacional continúa en su labor de enfrentar a los grupos delincuenciales, pero la misma policía o la autoridad civil competente podrán solicitar asistencia militar. Se defieren a la policía las labores investigativas y operacionales respecto de los GDO (Numeral II de la Directiva). Se recuerda que con arreglo a la Directiva, estas agrupaciones se definen como conglomerados estructurados *“de tres o más personas que existan durante cierto tiempo y que actúen concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*²⁵.

Es decir que en lo atinente a los GAO, la situación no es muy disímil de lo que muestra el recuento normativo sobre asistencia militar, pues como indica claramente la Directiva, las labores operativas frente a estos grupos continúan en cabeza de la autoridad policial.

- El cambio relevante se produce respecto al enfrentamiento de los ahora denominados GAO, pues las fuerzas militares, de forma autónoma o en coordinación con la policía o la autoridad civil competente, combatirán estos grupos (Numeral II de la Directiva). Obsérvese que este empleo de la fuerza militar puede suceder de forma autónoma.

²³ Decreto N° 1512 de 2000.

²⁴ Normas hoy derogadas por la Ley N° 1801 de 2016.

²⁵ Directiva Permanente N° 015 de 2016.

Esta variación conduce, *prima facie*, a la desnaturalización de las funciones constitucionales de las fuerzas militares, no por las funciones de auxilio a las autoridades públicas, sino por el combate autónomo de las agrupaciones en comento. Pero además, de manera correlativa, se producen impactos respecto del marco jurídico aplicable a estos GAO, como pasa a analizarse.

Es de remarcar que la distinción que se analiza tiene gran relevancia más allá de lo meramente semántico, toda vez que una de las consecuencias cruciales de la definición de estas colectividades como GAO es que sus miembros pierden la condición de civiles y pueden por tanto ser objeto de ataques directos. De acuerdo con las reglas del DIH, los grupos de violencia armada, como la delincuencia organizada o un grupo terrorista sin relación con las partes en el conflicto armado, no son combatientes. En este sentido, los grupos organizados de violencia armada (delincuencia común, terroristas o piratas) sin relación con ninguna parte en el conflicto armado no son miembros de las Fuerzas Armadas ni combatientes²⁶.

Ahora bien, al tenor del numeral 2º del artículo 13 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra (1977), *“No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles”*. A su vez, el numeral 3º del mismo artículo indica que la protección ofrecida en el Título IV del Protocolo II Adicional se pierde solamente por la participación directa en las hostilidades y mientras dure esa participación.

En otros términos, de acuerdo con el DIH, los civiles que participan en las hostilidades pierden la protección contra ataques directos, pero sólo mientras dure su participación en las hostilidades²⁷. No obstante, la regulación presente en la Directiva respecto de los miembros de GAO es diferente, en tanto dejan de ser civiles, y pueden ser objeto de ataques directos mientras dure su permanencia en el grupo²⁸. De similar opinión es Rodríguez, para quien *“las personas civiles en los conflictos armados internacionales gozan de la protección contra los ataques directos salvo y por el tiempo en que tomen parte directa en las hostilidades”*²⁹.

Frente a esta decisión de política criminal, se realizan las siguientes críticas, con apoyo en los lineamientos del DIH:

²⁶ RODRÍGUEZ (2013) p. 170.

²⁷ CRUZ ROJA Y MEDIA LUNA ROJA (2011).

²⁸ MELZER (2010) p. 73.

²⁹ RODRÍGUEZ (2013) p. 170.

2. *Las actividades de las agrupaciones de criminalidad organizada en Colombia no tienen como finalidad prevalente la participación en las hostilidades del conflicto armado colombiano*

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 1º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977), que regula los conflictos armados no internacionales, este tipo de confrontaciones son las que tienen lugar “*en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”³⁰.

Así, y respecto de las bandas criminales, en primer término cabe hablar de una desnaturalización de las categorías jurídicas aplicables al combate del fenómeno de las bandas criminales, pues la finalidad principal de sus actividades no guarda relación directa con las hostilidades propias del conflicto armado.

En su mayoría, las bandas criminales se dedican al crimen organizado, cuyo objeto capital es al afán de lucro, como se desprende no solamente de diversas fuentes en materia de criminalidad organizada³¹, sino de la Convención de Palermo, como acaba de verse. Así las cosas, el objeto de las bandas criminales no es la participación en las hostilidades de la confrontación armada³². Por supuesto que esta distinción no puede hacerse de modo tajante, toda vez que las interrelaciones entre el conflicto armado y el crimen organizado en Colombia hacen que sea difícil en muchas ocasiones demarcar una línea divisoria³³.

La Corte Constitucional colombiana refrenda la inoperancia de reglas absolutas y tajantes respecto de si la actividad de un grupo criminal puede entenderse como propia de la participación en las hostilidades o no. Por estas razones, en su jurisprudencia ha señalado que “*existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto, y hay extremos en los que, por el contrario, también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley. En el medio existen zonas grises, que no es posible predeterminar de antemano,*

³⁰ Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977.

³¹ DE LEÓN *et. al.* (2012) y PRIETO (2013), entre otros.

³² CHABAT (2005).

³³ GARZÓN (2008).

pero en relación con las cuales sí es posible señalar que no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal”³⁴.

Por tal razón, la Corte llama a una ponderación en cada caso concreto, que permita delimitar la acción del grupo criminal como propia de las hostilidades, o referida al crimen organizado y el afán de lucro, según las circunstancias de cada caso particular:

La noción de conflicto armado interno “no se agota en la ocurrencia de confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico, sino que recogen la complejidad de ese fenómeno, en sus distintas manifestaciones, y aun frente a situaciones en donde las actuaciones de los actores armados se confunden con las de la delincuencia común o con situaciones de violencia generalizada. También surge de lo anterior que a pesar de los esfuerzos del legislador por fijar criterios objetivos para determinar cuándo se está ante una situación completamente ajena al conflicto armado interno, no siempre es posible hacer esa distinción en abstracto, sino que con frecuencia la complejidad del fenómeno exige que en cada caso concreto se evalúe el contexto en el que se producen tales acciones y se valoren distintos elementos para determinar si existe una relación necesaria y razonable con el conflicto armado interno³⁵.

No obstante, sí es posible afirmar que esencialmente, y al menos en principio, estas bandas no tienen inclinaciones contrainsurgentes y carecen de ideología política³⁶. En este sentido, la propia Directiva es clara en sostener que *“Estos grupos carecen de ideología política y la aplicación de la presente directiva no les concede estatus político alguno. Sin embargo, no por ello se puede desconocer que su actuación tiene un alcance nacional e internacional, que a partir de la concertación de sus integrantes está asociado para la comisión de diferentes delitos con fines económicos y materiales”³⁷.*

Por tanto, los delitos que cometen no son, en principio, crímenes de guerra, es decir, delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH, ni

³⁴ Corte Constitucional Colombiana, *Acción pública de inconstitucionalidad de los ciudadanos Gallón Giraldo y otros* (2012, Sentencia C-781).

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ MCDERMOTT (2014).

³⁷ Directiva Permanente N° 015 de 2016.

acciones alusivas a la participación en las hostilidades del conflicto armado interno, o acciones militares, sino crímenes comunes definidos en el Código Penal. Esto no quiere decir que, eventualmente, las bandas criminales no puedan realizar acciones dentro del conflicto armado, es decir, que guarden relación directa con las hostilidades, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que tuvo oportunidad de citarse en precedencia. Con todo, su actividad prevalente es la obtención de lucro mediante conductas como la extorsión, el narcotráfico, el microtráfico, la minería ilegal, el contrabando, el tráfico de hidrocarburos, entre muchos otros quehaceres delictivos³⁸.

En este orden de ideas, se sostiene que las bandas criminales no realizan acciones militares, esto es, acciones con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno, por lo que no se posibilita aplicar a sus miembros las disposiciones del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. De hecho, el mismo Protocolo, en el numeral 2º del artículo 1º, excluye las formas de violencia existentes allende las fronteras del conflicto armado. Establece la norma: *“El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”*.

Y es tal la aseveración que en este artículo se hace respecto del actuar de las bandas criminales: son, evidentemente, manifestaciones violentas, pero al no tratarse de acciones militares, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa del DIH.

De allí que, *ab initio*, la regla aplicable es que estas manifestaciones criminales deben ser atacadas por la Policía Nacional y no por las fuerzas militares, ya que es la aquella autoridad encargada de preservar el orden público en el territorio nacional y, excepcionalmente, solicitará el auxilio de las fuerzas militares cuando ello proceda. Sin embargo, con la Directiva, esta participación militar puede ser autónoma, como se ha visto, pese a que no se demuestra la relación entre las actividades de estas agrupaciones y las hostilidades del conflicto armado.

De manera que lo que se advierte en la Directiva es un esfuerzo argumentativo en aras de permitir que las bandas criminales sean combatidas por las fuerzas militares, con la principal consecuencia de negar a los miembros de estos GAO la condición de civiles, con el propósito de eliminar la protección frente a ataques directos, como acaba de verse.

³⁸ PRIETO (2013).

En síntesis, la Directiva no demuestra que el accionar de estos grupos se guía por la consecución de alguna finalidad como parte en el conflicto armado interno colombiano. Se trata de dos fenómenos diferentes: por un lado, no puede negarse que las bandas criminales agravan la situación de orden público en Colombia, que tienen intereses criminales, que emplean la violencia para lograr sus fines, entre otras condiciones, pero ello no significa que puedan ser catalogadas como GAO con intereses en el conflicto armado, desde la perspectiva del DIH.

En este orden de ideas, la Directiva se contenta con afirmar que estas agrupaciones han mejorado su capacidad armada y su posibilidad de penetración en el territorio, al tiempo que han evolucionado en su estructura organizacional. Lo paradójico es que ello es absolutamente cierto³⁹, y el estado del arte sobre el crimen organizado en Colombia así lo establece⁴⁰.

Sin embargo, ocurre que no basta con que una agrupación armada signifique una mayor amenaza al orden público, o que su estructura organizacional evolucione, como para emitir normas que permitan el ataque autónomo por parte de las fuerzas militares, amparándose en la definición de GAO que ofrece el DIH, pues opera una confusión conceptual cuando se prescinde del análisis de los actos hostiles que realizan estas agrupaciones, como para entender que participan directamente en el conflicto armado. Es precisamente esta argumentación la que se extraña en la Directiva. Lo que subyace tras la misma es la necesidad de utilizar el potencial militar para la neutralización del enemigo.

En este sentido, no puede negarse la grave incidencia de las bandas criminales en la situación de orden público en Colombia, cuyo accionar genera severas perturbaciones a la armónica convivencia entre los asociados, y que por lo demás implicó el aumento en el portafolio de actividades criminales de estos grupos. Por lo pronto, el Estado no ha mostrado capacidad suficiente para conjurar la situación, motivándose así en buena parte la decisión de acudir a las fuerzas militares⁴¹.

Desde este panorama argumentativo, la amenaza de la criminalidad organizada en Colombia alcanza tales cotas que se hace necesaria la emisión de normas especialísimas, en las que subyace una diferenciación entre los ciudadanos del común, cuyos crímenes se combaten mediante los

³⁹ KESSLER (2014).

⁴⁰ GRANADA, RESTREPO Y TOBÓN (2009).

⁴¹ SAINT-PIERRE Y DONADELLI (2014).

mecanismos ordinarios de política criminal y las herramientas comunes del Derecho penal, y los miembros de las agrupaciones de criminalidad organizada, quienes se asumen como GAO por el carácter reprochable de sus actividades, frente a los cuales se hace insoslayable intensificar el empleo de la fuerza institucional del Estado, pese a que no se argumenta con suficiencia en torno a las razones de esta intervención.

De allí surge la segunda crítica que se realiza a la decisión de la Directiva bajo análisis, que se estudia a renglón seguido.

3. *La debilidad de la argumentación de la Directiva respecto de la necesidad de intervención de las fuerzas militares*

En la Directiva no aparece una argumentación suficiente que permita la legítima participación de las fuerzas militares en el combate del fenómeno, al menos desde la consideración de los GAO, aunque queda a salvo el apoyo eventual que puedan prestar a las actividades de la Policía Nacional. El instrumento se limita a afirmar que *“se ha evidenciado que grupos anteriormente denominados como bandas criminales (BACRIM), en algunos casos, han alcanzado un nivel de hostilidades y de organización de la estructura armada que cumplen con las características de los GAO”*⁴².

Así, cabe preguntar: ¿Cuál es este nivel de hostilidades? ¿Cuáles son los cambios en la organización armada que permiten el ataque directo de las fuerzas militares, de manera autónoma? En suma, ¿en qué hechos concretos de la realidad se ampara la Directiva para considerar que a partir de ahora las bandas criminales despliegan acciones beligerantes en el contexto de las hostilidades del conflicto colombiano?

Como se sostiene en este escrito, es una verdad indiscutible que las agrupaciones de criminalidad han evolucionado y perfeccionado su accionar. Ciertamente, nadie pondrá en duda que estas manifestaciones delictivas representan un desafío para el Estado en su necesidad de perseguir esta forma de criminalidad. No se pone en escrutinio tampoco la obligatoriedad para el Estado de combatir con severidad estas actividades delincuenciales. Pese a ello, no encuentra justificación llegar al extremo de negar la calidad de personas civiles a los miembros de estas bandas, solamente para encontrar asidero legal para la participación de las fuerzas militares, más allá del auxilio que puedan legítimamente prestar a las actividades policiales.

⁴² Directiva Permanente N° 015 de 2016.

La Directiva puede ser analizada entonces desde el prisma del Derecho penal simbólico, por la relevancia de la comunicación política punitivista, y al decir de Jakobs y Cancio, *“estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político”*⁴³. Se insiste en que la Directiva no analiza cuál es la relación entre las actividades de los grupos de criminalidad organizada y las hostilidades del conflicto armado, cuestión indispensable para asignar la denominación de GAO, y por ello se asemeja más a un instrumento eficientista, que pretende evidenciar un Estado que reacciona con dureza ante la criminalidad⁴⁴.

Se encuentra entonces una evidente contradicción entre el principio del Derecho penal de acto y normas como la Directiva, que acuden al criterio de la peligrosidad del autor para motivar las medidas de fuerza por parte de los estamentos militares.

Así las cosas, la normativa presente en la Directiva, pese a la encomiable finalidad de enfrentar la criminalidad organizada, no muestra coherencia con el principio del Derecho penal de acto, esencial en un ordenamiento punitivo democrático, y se revela más bien como una medida que busca a toda costa la eficiencia del sistema de política criminal⁴⁵.

4. La incorrección de asignar la definición de GAO

La tercera crítica tiene que ver con la definición de GAO aplicable a las bandas criminales. En primer término, esta noción se emplea para los grupos que participan en las hostilidades mediante la realización de operaciones militares⁴⁶. No se refiere a colectividades cuya principal finalidad sea la comisión de criminalidad organizada. La misma Directiva consigna que un GAO es aquel que *“bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”*⁴⁷.

De manera que si se entiende que estas bandas tienen como actividad principal la criminalidad organizada, no puede entenderse que participan directamente en las hostilidades, o que su quehacer principal sea la realización de operaciones militares sostenidas y concertadas en el marco del conflicto armado interno.

⁴³ JAKOBS y CANCIO (2003) p. 77.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ NÚÑEZ (2009).

⁴⁶ RODRÍGUEZ (2013).

⁴⁷ Directiva Permanente N° 015 de 2016.

Ahora bien, es indudable que las bandas de criminalidad organizada emplean la violencia para la consecución de sus fines⁴⁸. Pero acontece que esta violencia es instrumental, es decir, dirigida a la consecución del designio perseguido con el delito⁴⁹, no orientada al combate de las fuerzas del Estado en el marco de las hostilidades del conflicto.

De otra parte, también es indudable que estos grupos poseen una estructura⁵⁰, pero ello no significa que la misma esté diseñada para combatir al Estado en el marco de las hostilidades del conflicto. La estructura de una banda criminal sirve a los fines de la criminalidad organizada⁵¹.

Así las cosas, y como ya se afirmó, la Directiva define a los GDO como un conjunto estructurado con vocación de permanencia, cuya actividad principal sea la comisión de los delitos previstos en la Convención de Palermo, en pos de la obtención de beneficios⁵². Con esta noción, la Directiva se refiere a las más puras manifestaciones de criminalidad organizada, cuya finalidad es el afán de lucro, y de acuerdo con el instrumento bajo análisis, su combate corresponde a la Policía Nacional.

Con todo, la distinción que hace la Directiva entre GAO y GDO es artificiosa pues, sin una argumentación suficiente, hace que los miembros de GAO pierdan la condición de civiles conforme al DIH y que puedan ser objeto de ataques directos por parte de las fuerzas militares. En opinión de Rodríguez, *“las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos en el tiempo de duración de cada acto específico que equivalga a la participación directa en las hostilidades, mientras que los miembros de los grupos armados organizados pertenecientes a una parte no estatal en el conflicto armado cesan de ser personas civiles y pierden la protección contra los ataques directos durante el tiempo en que asuman su función de combate continua”*⁵³.

Distinto es que dentro del mundo criminal existan agrupaciones mucho más fuertes que otras, y que efectivamente muestran una capacidad armada y una organización mejor que otras. Pero de ello no puede seguirse que se conviertan en actores armados de acuerdo con el DIH.

⁴⁸ COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS (2004).

⁴⁹ DE LEÓN *et al.* (2012).

⁵⁰ GARZÓN (2008).

⁵¹ FARALDO (2013).

⁵² Directiva Permanente N° 015 de 2016.

⁵³ RODRÍGUEZ (2013) p. 197.

Ahora bien, conforme a la Directiva, es posible que una agrupación caracterizada como GAO sea posteriormente considerada como GDO y a la inversa. Para aumentar la inseguridad jurídica, esta decisión corresponde a los miembros permanentes del Acuerdo de Comandantes del Sector Defensa. Al respecto, el literal b del numeral 1 del numeral VIII de la Directiva establece que los miembros permanentes tienen dentro de sus funciones: *“Evaluar y decidir si un grupo delictivo organizado, como consecuencia de la caracterización realizada con base en la información de inteligencia proporcionada por la JIC y el CI 2-GDO/GAO, cumple con las características propias de un GAO, y en consecuencia, adquirir la calidad de GAO”*.

A su turno, indica el literal c: *“Evaluar y decidir si un GAO, como consecuencia de la caracterización realizada con base en la información de inteligencia proporcionada por la JIC y el CI2-GDO/GAO, deja de cumplir con las características propias de este tipo de grupos y en consecuencia su denominación será grupo delictivo organizado”*. Cabe anotar que el CI2-GDO/GAO al que alude la norma es el Centro Integrado de Inteligencia contra los GDO y grupos armados organizados, siendo la instancia técnica para la caracterización de estos grupos.

En suma, el hecho de que una agrupación criminal pierda o no la condición de civil depende de la decisión de autoridades administrativas que emplean la fuerza institucional del Estado, proceder que sustrae este debate de la esfera democrática, al tiempo que pone en evidente riesgo la legitimidad de la intervención, que es precisamente otro de los caracteres distintivos del Derecho penal del enemigo: la aplicación de la norma a ciertos ciudadanos cuya condición se ve degradada por una decisión administrativa⁵⁴.

Como se refirió, es claro que las bandas criminales representan una gran amenaza a la institucionalidad y por ello el Estado decide combatirlas con acritud. Esto puede conducir a tensiones entre las garantías fundamentales y la necesidad de enfrentar la criminalidad. Para la literatura especializada, *“esta discusión sobre la legitimidad del Derecho penal se plasma en el binomio prevención-garantías, en permanente conflicto (a mayor prevención, mayor detrimento de las garantías; y a mayor maximización de garantías, menor funcionalidad preventiva)”*⁵⁵.

⁵⁴ NÚÑEZ (2009) p. 401.

⁵⁵ CRESPO (2006) p. 87.

CONCLUSIONES

A partir de la vigencia de la Directiva Permanente N° 015 de 2016, emanada del Ministerio de Defensa, se replantea la caracterización de los grupos delincuenciales en Colombia. De una parte, los GDO, que son aquellas agrupaciones de tres o más personas que se dedican a la comisión de delitos que tienen como finalidad prevalente el afán de lucro, mediante una estructura que permanece en el tiempo. De otro lado, los GAO, que son colectivos con un mayor nivel de capacidad armada y estructura organizacional.

La relevancia de esta clasificación radica en que los GAO pueden ser combatidos incluso mediante las fuerzas militares y no solamente con la fuerza policial. Esta posibilidad radica en que, hasta ahora, el Estado colombiano no ha podido conjurar la amenaza de orden público que representan estas agrupaciones.

Con todo, esta eventualidad de ataques militares contra estas colectividades tiene un sensible impacto en el contexto del DIH, puesto que la denominación de GAO se aplica a aquellos que participan en las hostilidades del conflicto armado, y por tanto, sus miembros pierden la condición de civiles mientras pertenezcan a la organización. Esto significa, sin ambages, que pueden ser objeto de ataques directos por parte de las fuerzas militares.

Aunque el contexto actual colombiano plantea exigencias en el combate a la criminalidad, el modelo de Estado social de Derecho impone que la persecución no pueda realizarse a cualquier costo, sino con escrupuloso reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales, pues de lo contrario la intervención del Derecho penal resulta ilegítima.

Sin embargo, la realidad fáctica es inobjetable, ya que a partir del proceso de desmovilización paramilitar, se generó una diáspora criminal que continuó la herencia de las autodefensas y sus negocios criminales, especialmente el narcotráfico. En el medio colombiano, la criminalidad organizada ha evolucionado. Una mayor y mejor capacidad armada y uso de la violencia, estructuras más adaptadas para evitar la persecución, un aumento en el portafolio de las actividades criminales, e inclusive la corrupción de las autoridades estatales encargadas de perseguirlas y salvaguardar el orden público, son solamente algunas de las preocupaciones actuales⁵⁶.

⁵⁶ PRIETO (2013), GRANADA, RESTREPO Y TOBÓN (2009).

Es clarificadora en las decisiones de persecución penal contra las bandas criminales la finalidad de la agrupación. Si se trata de criminalidad organizada, cuyo objeto prevalente es el afán de lucro y sus acciones no guardan relación con las hostilidades, ni en el sentido estricto ni en el sentido amplio de la noción de conflicto armado previsto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la normativa llamada a regular la persecución de estos grupos es el Derecho penal ordinario. Y en sentido inverso, si la finalidad de la actividad del grupo guarda alguna relación con el conflicto armado, se posibilitaría su comprensión como participante en las hostilidades.

Mientras no se demuestre tal relación, las actividades de las bandas criminales se enmarcan en el crimen organizado y los delitos en que incurran serán de criminalidad común, y se itera entonces la ilegitimidad de la política de ataques militares contra las bandas criminales a la luz del DIH, a menos que se demuestre la participación en las hostilidades por parte de estas manifestaciones criminales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHABAT, JORGE (2005): "Narcotráfico y Estado: el discreto encanto de la corrupción", *Letras Libres*, vol. 7 n° 81: pp. 14-17.

Coalición de Derechos Humanos Contra Las Estructuras Clandestinas (2004): *Crimen organizado, una aproximación* (Guatemala, Coalición de Derechos Humanos Contra las Estructuras Clandestinas).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013): *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Informe de país, Colombia* (Washington, CIDH).

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (2007): *Disidentes, rearmados y emergentes: ¿Bandas criminales o tercera generación paramilitar? Informe n° 1 del Área de Desmovilización, Desarme y Reintegración de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación* (Bogotá, CNRR).

CRESPO, Eduardo (2006): "El 'Derecho penal del enemigo' DarfNichtSein!", en Cancio, Manuel y Gómez-Jara, Carlos (coords.), *Sobre la legitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad* (Buenos Aires y Montevideo, Edisofer) pp. 473-509.

- Cruz Roja y Media Luna Roja (2011): *El Derecho Internacional Humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* (Ginebra, Cruz Roja y Media Luna Roja).
- DE LEÓN, Isaac, MEDINA, Carlos, PINEDA, Luis, PRIETO, Carlos, PALACIO, Gustavo, ORMAZA, Andrés, GARZÓN, Andrea, TAUTA, Andrea, JUNCA, Sebastián MOLINA, MARÍA (2012): *Estudio sobre tendencias económicas de la delincuencia organizada* (Bogotá, Grupo de Investigación UNODC, Equipo Justicia y Seguridad).
- ECHANDÍA, Camilo (2013): *Narcotráfico: génesis de los paramilitares y herencia de bandas criminales* (Bogotá, Fundación Ideas para la Paz).
- FARALDO, Patricia (2013): "Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 19, pp. 13-45.
- GARZÓN, Juan (2008): *Mafia & Co. La red criminal en México, Brasil y Colombia* (Bogotá, Planeta).
- GRANADA, Soledad, RESTREPO, Jorge y TOBÓN, Alonso (2009): "Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano", en RESTREPO, Jorge y APONTE, David (eds.), *Guerra y violencias en Colombia: herramientas e interpretaciones* (3ª Edición, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana), pp. 467-499.
- JAIME, Óscar y CASTRO, Lorenzo (2010): "La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n° 91, pp. 173-194.
- JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Civitas).
- JUÁREZ, Armando y MEDINA, Marco (2011): "Política criminal (México y Chile)", *Revista Mexicana de Justicia*, n° 18: pp. 163-214.
- KESSLER, Gabriel (2014): "Crimen organizado en América Latina y el Caribe. Ejes de debate sobre narcotráfico, tráfico de armas y de personas", en Zavaleta, José (coord.). *El laberinto de la inseguridad ciudadana. Bandas criminales, seguridad de fronteras y regímenes penitenciarios en América Latina* (Buenos Aires, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y CLACSO) pp. 43-61.

- KLEFFNER, Jann (2011): "La aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario a los grupos armados organizados", *International Review of the Red Cross*, n° 82. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/download/file/16632/irrc-882-kleffner.pdf>>, fecha de consulta: 21 de octubre de 2017.
- MCDERMOTT, Jeremy (2014): *El rostro cambiante del crimen organizado colombiano* (Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung).
- MELZER, Nils (2010): *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
- NÚÑEZ, José (2009): "Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario", *Política Criminal*, vol. 4 n° 8: pp. 383-407.
- PERICO, Liliana (2017): "El Estado colombiano y las bandas criminales", *Ciencia y Poder Aéreo*, vol. 11 n° 1: pp. 154-163.
- Policía Nacional de la República de Colombia (2007): *Política estratégica operacional y del servicio de policía* (Bogotá, Dirección General y Oficina de Planeación de la Policía Nacional).
- _____ (2010): *Estrategia de la Policía Nacional para la consolidación de la seguridad ciudadana* (Bogotá, Imprenta Nacional).
- PRIETO, Carlos (2013): *Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia* (Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung).
- RICO, Daniel (2013): *La dimensión internacional del crimen organizado en Colombia: las Bacrim, sus rutas y refugios* (Washington, Wilson Center).
- RODRÍGUEZ, JOSÉ (2013): "La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades", *Cuadernos de Estrategia*, N° 160: pp.165-208.
- SAINT-PIERRE, Héctor y DONADELLI, Laura (2014): "El empleo de las Fuerzas Armadas en asuntos internos", en Maihold, Günther y Jost, Stefan (eds.). *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales* (Ciudad de México, Konrad Adenauer Stiftung, Cátedra Guillermo y Alejandro de Humboldt y Editores e Impresores Profesionales) pp. 61-75.

VARÓN, Antonio y QUINCHE, Víctor (2010): “Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH”, en *Vicepresidencia de la República de Colombia y Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, II* (Bogotá, Ediprime) pp. 9-122.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de Palermo, por resolución nº 55/25 de la Asamblea General, del 15 de noviembre de 2000.

Decreto nº 522 del 27 de marzo de 1971, de la Presidencia de la República de Colombia, sobre contravenciones especiales, competencia y procedimiento.

Decreto nº 1355 del 4 de agosto de 1970, de la Presidencia de la República de Colombia, por el cual se dictan normas sobre Policía.

Decreto nº 1512 del 11 de agosto de 2000, de la Presidencia de la República de Colombia, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones.

Decreto nº 2374 del 1 de julio de 2010, del Ministerio del Interior de Bogotá, Colombia, por el cual se crea la Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales, y se dictan otras disposiciones.

Directiva Permanente nº 015 del 22 de abril de 2016, del Ministerio de Defensa de Bogotá, Colombia.

Ley nº 1801 de 2016, por la cual se expidió el Código Nacional de Policía y de Convivencia Ciudadana.

Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Constitucional Colombiana, *Acción pública de inconstitucionalidad de los ciudadanos Gallón Giraldo y otros*, (2012): Sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012, Expediente D-8997. Magistrado Ponente, Dra. María Victoria Calle Correa.

