



Elementos para un debate: potestad reglamentaria y Decreto 3391 de 2006

Henrik López
Profesor de la Universidad de los Andes

Después de una larga espera, el Gobierno Nacional ha expedido el anunciado decreto reglamentario de la Ley 975 de 2005 --ley de justicia y paz--. Finalmente, según apreciaciones iniciales --y, por lo mismo, a la espera de un estudio profundo sobre el tema--, el decreto parece que ha superado buena parte de los elementos negativos que se predicaban de los proyectos y anuncios previos.

Entre los señalamientos más importantes, se encuentra la acusación hecha por la Comisión Colombiana de Juristas, quienes señalan que el artículo 20 del Decreto 3391 de 2006, es una forma de trampa por la cual pueden colarse beneficios para los paramilitares desmovilizados y "Por todas esas vías el decreto puede significar, en la práctica, la eliminación de las penas para los autores de crímenes de lesa humanidad" (El Tiempo, 4 de Octubre de 2006).

El artículo 20 en cuestión, señala que "en relación con los sujetos a quienes se aplica la ley 975 de 2.005 de conformidad con el artículo 1 del presente decreto, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 31 de la ley 975 de 2.005 tendrá lugar en los eventos en que los supuestos de hecho previstos en el mismo se hayan surtido con anterioridad a la Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2.006 en la cual se ordena no conceder efectos retroactivos a las decisiones contenidas en ella".

Pues bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, declaró inexecutable el artículo 31 de la Ley 975 de 2005, que establecía que el tiempo de permanencia en la zona de "concentración", se tomaría como ejecución de la pena, hasta por 18 meses.

El artículo 20 del Decreto 3391 de 2006, supone una compleja tensión constitucional y jurisdiccional, por varias razones. Aquí me detendré en 3 de ellas.

1. Sobre la libertad

La norma dictada por el Gobierno Nacional, se apoya en la idea de que la sentencia de la Corte Constitucional no tiene efectos retroactivos. De hecho, la

misma Corte, al final de la sentencia C-370 de 2006 señaló que ésta no tendría efectos retroactivos y que “se aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con su jurisprudencia”. Ello daría pie para admitir que el Gobierno Nacional tiene razón al indicar que los hechos anteriores a la aludida sentencia, se rigen por lo establecido en la Ley 975 de 2005.

Sin embargo, el que la Corte Constitucional no haya dado efectos retroactivos a su sentencia, no implica necesariamente que todo lo previsto inicialmente en la Ley 975 de 2005, pueda aplicarse de manera retroactiva (o, si se quiere, a partir de la expedición de la citada ley).

Uno de los elementos que obligan a revisar esta postura --de aplicación plena de la Ley 975 de 2005 a los hechos anteriores a la sentencia C-370 de 2006-- es el argumento expuesto por la Corte Constitucional para declarar la inexecutable del citado artículo 31 de la Ley 975 de 2005.

Según la Corte, no es posible equiparar la concentración con la ejecución de una pena, sencillamente porque la pena es expresión del *ius puniendi* del Estado, de manera que mientras no exista ejercicio de dicho poder, tales concentraciones deben tomarse como actos de voluntad, dirigidos a lograr la paz. La Corte Constitucional señaló:

“Generalmente, la permanencia en una zona de concentración por parte de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, en proceso de desmovilización, obedece a una decisión voluntaria de esas personas, lo que concurre a excluir cualquier posibilidad de equiparar a cumplimiento de pena una situación de tal naturaleza, que prescinde y desplaza las intervenciones estatales que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora”

Para la Corte Constitucional, “la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* reclama en el Estado constitucional de derecho”.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional no ha hecho más que reclamar que la definición de los contornos de la política criminal del Estado y la concreción del ejercicio del *ius puniendi*, se realice dentro de los cánones constitucionales. Empero, en esta oportunidad no se está refiriendo a limitaciones admisibles de los derechos fundamentales, sino que hace alusión a un elemento estructural en el régimen jurídico: la indisoluble relación entre pena y ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado.

Esta referencia no es de poca monta, pues significa que la Corte Constitucional ha hecho una reivindicación de la libertad personal, que no podría ser de otra manera. Veamos. Para la Corte Constitucional solo puede reputarse que existe privación de la libertad (y realización del fin retributivo de la pena) cuando ésta es producto de una decisión estatal. Los otros casos, orden o decisión de un

tercero particular o decisión autónoma, no tienen por efecto transformar la “ausencia” de libertad en pena. En el primer evento, se estaría frente a ejercicio de potestades de garantes --como los padres al limitar la libertad de los menores-- o de un secuestro. En el segundo, sería ejercicio de la libertad. Es decir, por un acto de libertad la persona decide no ejercer su libertad. Precisamente, ello es lo que ocurre en la concentración voluntaria de alzados en armas, dentro de un proceso de negociación.

Así las cosas, difícilmente podría decirse que la inconstitucionalidad del artículo 31 de la Ley 975 de 2005 únicamente se explica por la decisión de la Corte. Sencillamente, es inconstitucional *ab initio*, por cuanto el legislador carece de competencia para tornar un acto individual --un acto de expresión de la libertad-- en una decisión estatal.

De manera análoga a la incompetencia del Congreso para sustituir la Constitución, el legislador y, con mayor razón, el ejecutivo, es incompetente para tamaña transformación, pues implica una sustitución de la autonomía personal por un totalitarismo estatal. No faltarán quienes, a partir de la idea de que el Derecho es puesto, y producto de la sociedad, que insistan en que en todo caso siempre existe la posibilidad de que el legislador ordene tomar una liberalidad como un acto estatal. En esas condiciones, podríamos --por razones de igualdad (donde hay la misma razón, existe el mismo derecho)-- sostener que aquél ermitaño del cual da cuenta uno de los relatos de las personas dedicadas al Censo durante 1995, está privado de la libertad. Simplemente es un “prepagó”, a la espera de que su decisión --de que la manifestación de su libertad--, sea tomado como una decisión estatal.

2. Sobre la responsabilidad

Una cuestión adicional surge al considerar el artículo 31 de la Ley 975 de 2005 y el artículo 20 del Decreto 3391 de 2006, y es lo relativo a la responsabilidad estatal. Según se establece en el artículo 31 de la Ley 975, la permanencia en el lugar de concentración se tomará como pena alternativa cumplida. Pues bien, ¿Qué pasa si no hay pena que cumplir?

No puede olvidarse que en Colombia no existe, en materia penal, responsabilidad objetiva. Muy a pesar de muchos, sigue siendo necesario establecer la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta.

Al margen de si las conductas de los grupos alzados en armas --sean paramilitares o guerrilleros-- son o no justificables --derecho a la defensa colectiva, defensa del pueblo en contra del opresor, asesinos implacables, violadores de derechos humanos, criminales de guerra, autores de crímenes de lesa humanidad--, lo cierto es que la pena se impone a la persona por la realización de conductas dentro del proceso penal. Ello supone, en el plano individual, que existirán casos --no faltan miembros de tales grupos con graves problemas psiquiátricos, o que

hayan participado en ciertos actos bajo coacción, etc.-- en los que no es posible derivar responsabilidad penal. ¿Ese prepago, cómo lo va a resarcir el Estado?

Si la permanencia en el lugar de concentración ha de tomarse como “prepago” de la pena alternativa, ello debe predicarse en todos los eventos, exista o no pena. Es decir, debe presumirse que la concentración constituye una medida estatal de restricción de la libertad, como una suerte de detención preventiva. Si hubo “detención” y no hay sanción, ¿puede el Estado liberar su responsabilidad aduciendo que “ahora no es privación, sino un acto de liberalidad”?

3. Sobre la potestad reglamentaria

Al margen de las consideraciones anteriores, que bien pueden ser objeto de diversos reproches y discusiones teóricas, la decisión gubernamental arroja enormes dudas sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Usualmente el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha considerado como un ejercicio de colaboración armónica entre el legislador y el ejecutivo, donde el último asiste al primero para garantizar la debida ejecución de la ley. Este ejercicio no es libre, pues la competencia gubernamental está limitada a desarrollar aquellos aspectos sin los cuales no es posible ejecutar la ley.

En este caso, se está frente a una reglamentación que, en algunos aspectos, excede tal propósito. Así, se tiene el artículo 20, que se ha venido comentando. ¿Es necesario, para efectos de cumplir la ley, que por vía reglamentaria se establezca que el tiempo de permanencia en las zonas de concentración hasta la fecha de la sentencia de la Corte Constitucional se entienda como pena alternativa prepagada?

Claramente, para cumplir la Ley 975 de 2005 tal precisión no es necesaria. Simplemente, la permanencia en dicho lugar no se tiene como prepago de nada. Salvo que el Gobierno entienda “imposibilidad de ejecutar la ley” de una manera distinta a la que tradicionalmente se ha entendido en el pensamiento jurídico colombiano. Se podría aventurar que la tesis del Gobierno Nacional es que imposibilidad de ejecutar la ley se refiere a que si no hay garantía de que la permanencia en las zonas de concentración cuente como prepago de pena alternativa, los grupos desmovilizados se movilizarán nuevamente, impidiéndose así ejecutar la ley de justicia y paz.

Se podría aventurar (debemos aventurar porque extrañamente en este singular “proceso de paz”, los beneficiarios de la paz --es decir, los colombianos-- no tienen derecho alguno a conocer las condiciones pactadas para lograr la “paz”) que las negociaciones con estos grupos incluyeron garantías de permanencia ínfima o apenas simbólica en centros de reclusión, de manera que si la ley no contempla tal garantía, se habría incumplido un acuerdo. Por lo tanto, la ejecución de la ley estaría condicionada a que, con independencia de lo que los

tratados de derechos humanos, la Constitución o cualquier otro orden jurídico establezca, se garantice el cumplimiento de un pacto (secreto, se insiste).

En estas condiciones, naturalmente debería dársele la razón al Gobierno Nacional. Sin este reglamento es imposible la “ejecución” de la ley. Cosa distinta es que para ello haya que “ejecutarse” el orden constitucional.

Con todo, podría sostenerse que se está aplicando el principio de favorabilidad, como de alguna manera lo sugirió el Gobierno Nacional. La lógica sería: una vez garantizada una pena menor, la decisión constitucional sólo opera a partir de la sentencia, pues la misma Corte señaló que la decisión solo tenía efectos *ex nunc*. Este argumento tiene 2 problemas.

En primer lugar, tradicionalmente se ha entendido que el principio de favorabilidad opera para aplicar la ley penal más benigna, en cuanto a la pena imponible o a la existencia o no de una conducta típica. En este caso, la permanencia en las zonas de concentración se entiende como “prepagado” de un beneficio jurídico --pena alternativa--, que sólo se aplica una vez impuesta la pena y satisfechas condiciones definidas en la ley. Así las cosas, se trataría de la aplicación del principio de favorabilidad para beneficios jurídicos. ¿Es posible aplicar el principio de favorabilidad en esta materia? Esta discusión merece abordarse por la comunidad académica nacional.

En segundo lugar la Corte señaló que, en relación con las decisiones adoptadas en la sentencia C-370 de 2006, que “se aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con su jurisprudencia”. Esto nos lleva a indagar si el Gobierno Nacional puede reglamentar la manera en que los jueces deben interpretar el orden jurídico.

Como se ha dicho, la potestad reglamentaria es expresión del principio de colaboración entre el legislador y el ejecutivo. En ningún momento se ha entendido como colaboración entre la judicatura y el ejecutivo. Esto, por cuanto se desdibuja el principio de autonomía judicial. Esta garantía, propia y necesaria para predicar la existencia de un Estado de Derecho, supone que sólo la Constitución, su guardián y el legislador tienen competencia para fijar los parámetros normativos a los cuales se sujeta el juez para dictar sentencia (ello sin perjuicio de que el ejecutivo tenga competencias normativas, pero sujetas a la Constitución y a la ley). Así las cosas, no puede el Ejecutivo imponer a los jueces una determinada interpretación del orden jurídico. Este tema fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-820 de 2006, al analizar la constitucionalidad del artículo 25 del Código Civil, según el cual sólo el legislador tenía competencia para interpretar las disposiciones oscuras. Sin perjuicio de que al momento de dictar el Decreto 3391 de 2006 este artículo estaba plenamente vigente -de manera que el ejecutivo carecía de competencia normativa para fijar interpretaciones-, lo cierto es que con posterioridad a la sentencia C-820 de 2006 es aún más claro que la labor de interpretación está

reservada al legislador y a la judicatura. Esto, por cuanto a ambas ramas del poder tienen claras funciones creativas de normas, mientras que el ejecutivo tiene, *prima facie*, una función meramente ejecutiva (que, desde luego implica funciones normativas, pero exclusivamente en función de la ejecución y no de la adjudicación).

En este orden de ideas, el Gobierno Nacional no es competente para imponer una determinada interpretación del orden jurídico y, por lo mismo, no podía imponer que la permanencia en las zonas de concentración debe entenderse como “prepagado” de pena alternativa.

Pero en este caso, la concentración de poderes que pretende el Gobierno Nacional se aprecia en otras disposiciones del citado decreto. Así, el artículo 12 del Decreto 3391 de 2006 establece que “Cuando, antes de finalizar el periodo de libertad a prueba, *se conozca sentencia judicial* en la que se establezca la comisión por parte del beneficiario de un delito ocultado por él durante la versión libre, que le sea imputable como miembro del bloque o frente armado organizado al margen de la ley del cual hacía parte y relacionado directamente con el accionar del bloque o frente y su pertenencia al mismo, cuya realización haya tenido lugar antes de la desmovilización. *El delito ocultado sobre el accionar del respectivo bloque o frente debe ser tal que tenga relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad*”. Pues bien, además de que la Ley 975 de 2005 en ningún momento se refiere a que se conozca sentencia, sino que basta la imputación de hechos realizados con ocasión y durante la permanencia en el grupo desmovilizado -art. 25- (lo que implica una clara extralimitación de la potestad reglamentaria), resulta del todo extraño que imponga al juez la tarea de establecer si el ocultamiento afecta el esclarecimiento de la verdad o resulta trascendente para el proceso de paz.

Nuevamente el Gobierno, creando elementos adicionales a la norma legal, impone al juez una línea de interpretación. ¿Porqué el juez tiene que establecer si el ocultamiento afecta o no el derecho a la verdad? El mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogido en la sentencia C-370 de 2006 es claro en señalar que ocultar la verdad implica negar el derecho a la reparación de las víctimas. Al juez no le corresponde analizar si tal verdad merece o no ser protegida. Está obligado a proteger esa verdad y garantizar la eficacia del derecho a una reparación.

Que el juez deba, en virtud del Decreto 3391 de 2006, establecer si un ocultamiento es trascendente o no para el esclarecimiento de la verdad y, así, definir si lo ocultado queda cobijado por la pena impuesta o es objeto de un nuevo proceso penal y la revocatoria de los beneficios, significa que el juez goza de la competencia --no establecida en la Constitución o en la ley-- para ejercer una especie de principio de oportunidad y, en últimas, establecer si una conducta queda impune. Empero, tal actividad, lejos de prevenir la impunidad,

la favorece, de manera que el Estado colombiano le impone al juez que interprete el orden jurídico, no solo en contra del orden constitucional, sino también en contra de los tratados de derechos humanos.

Podría decirse, nuevamente, que esto es necesario para garantizar la ejecución de la ley de justicia y paz, puesto que las negociaciones (seguimos adivinando, pues se han mantenido en secreto) demandan que los desmovilizados no sean juzgados por ciertos delitos. Ya se ha dicho lo necesario sobre este argumento, pero surge otro. ¿Cuáles delitos no necesitan ser juzgados? ¿Cómo debe interpretarse el que el delito ocultado “*debe ser tal que tenga relevancia dentro del proceso de paz por su entidad*”? ¿Significa esto que deben tratarse de delitos que no tengan la capacidad de trastocar el “proceso de paz”? Esto, porque ¿qué pasa si se oculta un delito que, de conocerse y juzgarse, llevaría a que el actor pierda los beneficios, que involucre altas personalidades del país o que demuestre que las acciones de los bloques desmovilizados en realidad correspondieron a un plan estratégico diseñado por el Estado o funcionarios estatales para acabar a un grupo de población civil por razón de sus condiciones étnicas o por razón de sus convicciones? En suma, ¿debe el juez evaluar si el juzgamiento de un delito pone en peligro la estabilidad del país? O, en términos más sencillos, ¿corresponde aun juez de la República establecer si los colombianos merecemos la verdad?

Finalmente, y de manera sorpresiva, algo bueno puede salir de esto. Si el juez tiene que juzgar qué afecta al proceso de paz, naturalmente debe conocer los acuerdos de paz y, al ser incorporados al expediente judicial y --gracias al principio de concentración-- serán expuestos en la audiencia. Es decir, se tornarán públicos. Ahora, el Gobierno puede decidir, para efectos de garantizar la “ejecución”... de la ley, claro está, que la audiencia debe ser secretar por razones de Estado... pero esa es otra historia.