



Decreto 3391 de 2006: Modifica la Ley 975, incumple la Sentencia c-370 e impide el ejercicio de los derechos de las víctimas

Comisión Colombiana de Juristas

El Gobierno expidió el pasado viernes 29 de septiembre el decreto 3391, que pretende reglamentar la ley 975, pero en realidad la contradice en su contenido. El decreto también desconoce aspectos de la sentencia de la Corte Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de normas centrales de la ley 975. Todo esto lo hace con la finalidad fundamental de facilitar la impunidad de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares, negando los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad la justicia y la reparación.

El decreto excluyó algunos aspectos problemáticos que se planteaban en los proyectos dados a conocer por el Gobierno hace unas semanas. Entre ellos, se resalta que no haya expedido el decreto que avalaba como delito político de sedición la conformación de grupos paramilitares, así como la eliminación de la presunción de conexidad con la actividad paramilitar de todos los delitos cometidos por los paramilitares. El decreto también elimina la amenaza de penalización de las víctimas que no participen en el proceso por los delitos de omisión de denuncia y encubrimiento, a pesar de que el ministro del Interior y de Justicia dijo en el Congreso de la República que esperaba que las víctimas no se sometieran a esa responsabilidad penal que, en todo caso tendrían, así el decreto no la mencionara.

Sin embargo, el decreto 3391 mantiene algunas disposiciones graves dadas a conocer en el proyecto, e incluye otras nuevas que no estaban incluidas en los proyectos dados a conocer por el Gobierno.

El decreto 3391, entre otros aspectos, concede nuevas rebajas para la pena privativa de la libertad e impone nuevos obstáculos para la reparación integral de las víctimas. Muchas de las dificultades del decreto se derivan de la inclusión del concepto de “justicia restaurativa” que no se encontraba previsto en la ley 975. A continuación se desarrollan algunos de esos puntos.

1. REDUCCIÓN DE LA PENA HASTA SU POSIBLE DESAPARICIÓN

El párrafo del artículo 29 de la ley 975 señaló que en ningún caso se aplicarían *“subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa”*. Con tal disposición se buscó garantizar que la pena fuera de 5 a 8 años y no de menos de eso¹. La Corte Constitucional declaró que el beneficio de la pena alternativa (de 5 a 8 años) no era desproporcionado, a pesar de la gravedad de los delitos, siempre y cuando se satisficieran los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y aceptó tal reducción de la sanción penal y ninguna más.

Sin embargo, el decreto contempla varias normas que llevarían a que la pena sea reducida hasta su posible extinción. Esto se hace a través de tres mecanismos. En primer lugar, a través de un concepto de “justicia restaurativa” que no fue establecido en la ley. En segundo lugar, a través de la indebida aplicación del principio de favorabilidad penal. En tercer lugar, a través de la remisión a figuras del Código Penitenciario y carcelario que no son aplicables en el contexto de la ley 975.

1.1. Reducción de la pena a través del uso del concepto de “justicia restaurativa” que impondría una reconciliación forzada entre víctimas y victimarios

El decreto establece una nueva naturaleza de la ley 975, según la cual, esta establecería una política criminal de “justicia restaurativa” (art.2). Tal disposición contraría la ley 975 que no señala en ninguna parte la expresión de “justicia restaurativa”.

Con fundamento en tal concepto, el artículo 13 del decreto establece la gradualidad de la pena remitiendo a los artículos 12 y 144 del Código Penitenciario y Carcelario. Tales artículos señalan que el tratamiento penitenciario progresivo estará integrado por un período cerrado, un período semiabierto y un período abierto en relación con la privación de libertad.

El artículo 13 también señala que en *“establecimientos de reclusión de los previstos en el Código Penitenciario en los cuales se implementen programas restaurativos dirigidos a restablecer el tejido social y los vínculos entre las víctimas, las comunidades y los ofensores, incluyendo la realización de proyectos productivos de capacitación vocacional”*. Así, se remite al artículo 19 de la ley que regula los “programas restaurativos para la reconciliación nacional” donde se buscaría fortalecer *“los vínculos entre las víctimas, las comunidades y los ofensores”*. En esa misma vía, el artículo 19 del decreto señala que tales programas se diseñarán, entre otros, *“en los establecimientos de reclusión para justicia y paz en los que se cumpla la privación efectiva de la libertad”*. Así, a

¹ La única “rebaja” que se aprobó fue el beneficio del artículo 31 que permitía conmutar como pena el tiempo de permanencia en zonas de concentración. Sin embargo, tal beneficio fue declarado inconstitucional y el decreto también pretende revivirlo, como se expondrá más adelante.

las víctimas les corresponde compartir con sus agresores espacios de realización de proyectos productivos, que sin saber en qué condiciones, terminarán teniéndose como pena cumplida.

Como si fuera poco, el artículo 19 de decreto señala que los programas restaurativos estarán encaminados, entre otros a fortalecer procesos de reconciliación que estimulen la participación *“activa y responsable de las víctimas”*. La redacción parece inobjetable, pero habrá que obrar con mucho cuidado cuando se solicite a las víctimas su actuar activo y responsable, porque resulta indispensable respetar la autonomía de las víctimas, su eventual decisión de apartarse de tales programas e incluso, de los procesos judiciales que se adelanten en el marco de la aplicación de la ley y del decreto.

1.2. Modificación del objeto y ámbito de aplicación de la ley para hacer viable la indebida aplicación del principio de favorabilidad penal aplicando normas declaradas inconstitucionales

El artículo 1° del decreto establece el objeto de la ley 975 y su ámbito de aplicación, reformando el ámbito de aplicación señalado por la propia la ley 975. En efecto, el artículo 2 de la ley 975 establece que la ley regula *“lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”*. Sin embargo, el decreto señala que el Alto Comisionado para la Paz certifica la fecha de inicio del proceso de paz *“para todos los efectos procesales”*, como si la fecha de inicio del proceso de paz tuviera relevancia dentro del procedimiento penal y el ámbito de aplicación de la ley 975. En otra parte, en el artículo 2, el decreto señala que *“el procedimiento integrado establecido en esta ley incluye un proceso judicial efectivo (...)”*. En realidad, el procedimiento sólo incluye tal procedimiento judicial, es decir, no incluye el proceso de desmovilización que fue regulado y viabilizado, no por la ley 975, sino por la ley 782.

Pero este asunto es mucho más que un tecnicismo. Con fundamento en la definición de un “procedimiento integrado”, del cual el proceso penal no sería sino una parte, se pretende alegar que la ley 975 les era aplicable a todas las personas que participaron en ceremonias de desmovilización, incluso antes de la expedición de la ley en julio de 2005. Así, todos los desmovilizados podrían acceder a los beneficios de la ley tal como fue aprobada por el Congreso y antes de su revisión de constitucionalidad. Es decir, bajo la supuesta aplicación del principio de favorabilidad penal, accederían a la aplicación de normas declaradas inconstitucionales.

Si bien la ley estaba vigente desde el 25 de julio de 2005, no les era aplicable a los desmovilizados, quienes sólo se constituyeron como sujetos de su aplicación con posibilidad de aspirar a recibir sus beneficios luego de la inclusión de sus nombres en las listas remitidas por el Gobierno a la Fiscalía, lo cual ocurrió el 15 de agosto de 2006. Siguiendo la definición del artículo 10 de la ley 975 sobre las personas que pueden entrar a ser elegibles para acceder a los beneficios de la misma, es necesario que estén incluidas en la lista que el Gobierno debe enviar a la Fiscalía. Así, no pueden invocar como “ley más favorable” una ley que no les era todavía aplicable. No es posible -como pretende el Gobierno con el decreto- que se hiciera aplicable a todos los desmovilizados por los ofrecimientos hechos por el Alto Comisionado para la Paz, incluso antes de la expedición de la ley, entre los cuales se encontraba el descuento del tiempo de estadía en Santa Fe de Ralito.

En consecuencia, el beneficio de conmutación de la pena -contenido en el artículo 31 de la ley- declarado como inconstitucional les sería aplicable sólo a quienes cumplieran con la definición de sujetos susceptibles de acceder a los beneficios de la ley que el art. 10 señala, uno de cuyos elementos definitorios es la inclusión de sus nombres en las listas del Gobierno. Sin embargo, el Gobierno lo revivió con el artículo 20 del decreto, citando el artículo 1 del mismo decreto, es decir, acudiendo a esta teoría del “proceso integral”².

Con este alcance indebido del ámbito de aplicación de la ley, se pretende también regular y legalizar maniobras indebidas que se dieron bajo la negociación, que estuvo fundamentada en la ley 782 de 2002 y no por la ley 975.

Así, el artículo 5 del decreto prohíbe que, a partir de la expedición del decreto, se certifique la desmovilización de quienes no hayan participado de la desmovilización y aleguen ser miembros del grupo. Esto significa que hasta antes del 29 de septiembre combatientes que no habían participado de ceremonias de desmovilización fueron incorporadas como desmovilizadas posteriormente y accedieron a los beneficios. Esta disposición resulta verdaderamente escandalosa porque avala toda la incorporación en los listados y la validación como “desmovilizados” de personas que no participaron en las ceremonias y que, muy seguramente no son desmovilizados. Este sería el fundamento de la “venta de cupos” para acceder a los beneficios jurídicos y socioeconómicos de la desmovilización.

² El artículo 1° reproduce de manera velada el contenido del artículo 4 del proyecto de decreto que señalaba: “*En procura del cumplimiento de su objeto, la ley 975 de 2005 consagra un procedimiento especial, de integración sucesiva, que se inicia con la decisión de desmovilizarse individual o colectivamente en virtud del proceso de paz adelantado con el Gobierno Nacional, y culmina con la sentencia judicial y otorgamiento de beneficios penales resultantes de la investigación y juzgamiento allí previsto. Las etapas que lo integran se surtirán de manera progresiva, ante la autoridad que corresponda, según sea el caso, y quienes, de conformidad con el artículo 1 del presente decreto, se encuentren dentro del ámbito de aplicación de los beneficios penales establecidos por la citada ley deberán cumplir los requisitos y trámites administrativos y judiciales específicos establecidos por la misma para obtener en cada caso la concesión de tales beneficios*”. Con fundamento en esa norma se concedía también el beneficio de conmutación de la pena por la estadía en Santa Fe de Ralito (parágrafo del artículo 15 del proyecto de decreto).

1.3. Regulación de formas aparentes de privación de la libertad prohibidas y peligrosas, y que permiten la evasión del cumplimiento efectivo de la pena

El párrafo del artículo 11 del decreto señala que los desmovilizados podrían ser ubicados: *i. “en los establecimientos de reclusión de justicia y paz administrados y definidos por el INPEC”*³ y, *ii. “en los previstos por el párrafo 2 del artículo 21 de la ley 65 de 1993 [Código Penitenciario y Carcelario]”*, es decir en instalaciones de la fuerza pública.

La primera modalidad no encuentra ningún fundamento en la ley 975. Al contrario, la sentencia C-370 señaló que la posibilidad de instituir establecimientos de reclusión especiales, como parecerían ser estos denominados de “justicia y paz” no permitían la realización del derecho a la justicia. Esto es, los establecimientos deben cumplir dos requisitos: *i. estar sometidos a las condiciones generales de control penitenciario del INPEC y, ii. estar sujetos íntegramente a normas jurídicas sobre control penitenciario*⁴. Tales condiciones excluyen la creación de establecimientos de reclusión especiales para las personas que se sometan a la ley. Por esa razón la Corte declaró la inconstitucionalidad de la parte del artículo 17 de la ley que facultaba al Gobierno a declarar establecimientos de reclusión⁵.

La segunda modalidad es sumamente inconveniente. El párrafo 2 del artículo 21 del Código Penitenciario y Carcelario establece: *“En los casos especiales de entregas voluntarias de personas que abandonen sus actividades como miembros de grupos subversivos, cuando así lo solicitaren, podrán tener como sitio de reclusión, instalaciones de la fuerza pública”*. No sobra recordar que los grupos paramilitares fueron creados con fundamento en acciones y legislación estatales que permitieron su surgimiento⁶. Las acciones de los grupos paramilitares se han

³ El INPEC es el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

⁴ Por esas razones la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del inciso 2° del artículo 30 de la ley que señalaba que *“Los establecimientos de reclusión deben reunir condiciones de seguridad y austeridad propios de los establecimientos administrados por el INPEC”*. La Corte decidió que esta norma sólo era constitucional en el entendido de que *“dichos establecimientos quedan sujetos íntegramente a las normas jurídicas sobre control penitenciario”*. Es decir, no es suficiente que los establecimientos cumplan las normas propias de los establecimientos administrados por el INPEC, sino que además es necesario que dichos establecimientos estén sujetos a las normas ordinarias de control penitenciario (considerádos 3.2.3.3.4.7, 6.2.3.3.4.8 y 6.2.3.3.4.9 de la sentencia C-370 de 2006).

⁵ La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la expresión del artículo 17 de la ley que señalaba que la persona desmovilizada se privaría de la libertad *“en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo al artículo 31 de la presente ley”* (considerando 3.2.3.3.4.10). Frente al argumento según el cual tal declaratoria de inconstitucionalidad sólo sería consecuencia de la declaratoria del artículo 31 de la ley (tiempo de permanencia en zonas de concentración), tal razón no es cierta porque para eso sólo hubiera bastado declarar la inconstitucionalidad de la parte final de la frase, es decir la que remite al artículo 31 de la ley. La Corte sin embargo, decidió declarar la inconstitucionalidad de toda la expresión, que además es parte de la parte resolutive de la sentencia (numeral 12 de la parte resolutive).

⁶ Sobre el particular ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias de los 19 comerciantes vs. Colombia; Mampirán vs. Colombia; Pueblo Bello vs. Colombia; Masacres de Ituango vs. Colombia.

llevado a cabo con la aquiescencia, omisión y colaboración de miembros de la Fuerza Pública⁷. Por consiguiente, resulta sumamente inconveniente que los miembros de grupos paramilitares, que durante décadas han cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad en asocio con miembros de la fuerza pública, cumplan su privación de la libertad en instalaciones de las fuerzas armadas. Por las razones expuestas, tales instalaciones no dan garantías de independencia para el adecuado control penitenciario y tampoco propicia las circunstancias para que se rompan los nexos entre paramilitares y agentes estatales, y que se suspenda el actuar conjunto de la fuerza pública y los paramilitares que han participado de ceremonias de desmovilización⁸.

1.4. Amnistía para testaferros

De manera ostensiblemente ilegal, el decreto 3391 reproduce el contenido del artículo del decreto 4760 que otorga amnistía a los testaferros de los paramilitares, es decir, a quienes aparecen como propietarios o detentadores de los bienes adquiridos o usurpados por ellos. Un decreto presidencial no tiene jurídicamente posibilidades de conceder tal amnistía, lo cual sería, si acaso, competencia de una ley. Pero además, el decreto trata a los testaferros como criaturas inocentes, cuando en la mayoría de los casos se trata de verdaderos cómplices de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los jefes paramilitares. En algunos pocos casos puede haber testaferros que sean subordinados de los delincuentes, y que no podían resistirse a sus órdenes, lo cual los exoneraría de responsabilidad penal. Pero para los restantes, el decreto autoriza al Fiscal que se abstenga de investigarlos, en aplicación del “principio

⁷ Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las masacres de Ituango encontró: “125.24 *A partir de 1997, se ha documentado en Colombia la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos. Según el informe de 1997 de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes*”.

“ 132. *En el presente caso ha sido probado (supra párr. 125.36 a 125.40 y 125.55 a 125.79), y el Estado ha reconocido, que en junio de 1996 y a partir de octubre de 1997, en los corregimientos de La Granja y El Aro, respectivamente, ambos ubicados en el Municipio de Ituango, Departamento de Antioquia, Colombia, grupos paramilitares perpetraron sucesivas incursiones armadas, asesinando a su paso a civiles en estado de indefensión. La responsabilidad del Estado por dichos actos, los cuales se enmarcan dentro de un patrón de masacres semejantes, se deriva de los actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la Fuerza Pública apostados en dicho municipio*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre la masacre de Ituango vs. Colombia, julio 1 de 2006).

⁸ A pesar de la supuesta desmovilización de más de 30.000 paramilitares, se continúan cometiendo crímenes atribuibles a estos grupos en asocio con la Fuerza Pública. La Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos dijo en su informe sobre 2005: “21. *Entre las graves violaciones están las que vulneran los derechos a la vida, a la integridad y seguridad personales y a la libertad. En comparación con años anteriores, la oficina en Colombia registró un mayor número de denuncias de estas violaciones. A diferencia de años recientes, las denuncias confiables durante 2005, con mayor frecuencia, señalan como directamente implicados a miembros de la Fuerza Pública. En varios casos, las conductas de paramilitares comprometieron la responsabilidad estatal por la acción u omisión de funcionarios*”. (Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Colombia, 62 período de sesiones, doc. E/CN.4/2006/9, 20 de enero de 2006, párr. 21. www.hchr.org.co (consultado el 10 de octubre de 2006).

de oportunidad”, incorporado a nuestra legislación con la introducción del sistema acusatorio en materia penal en 2003.

Varias voces autorizadas han criticado la forma laxa como se reguló el principio de oportunidad en aquel entonces. Este decreto agrava la arbitrariedad del principio de oportunidad al autorizar su aplicación, por virtud de un decreto, a criminales de guerra y de lesa humanidad. El Gobierno ha justificado esta medida diciendo que es la apertura de una salida para la devolución de los bienes a las víctimas. Una salida más adecuada sería la aplicación de la figura de extinción del dominio en relación con esos bienes ilícitamente detentados.

El decreto reproduce además la norma que permite la aplicación del principio de oportunidad a los testafierros, es decir, la facultad discrecional de la Fiscalía de dejar de investigar esos delitos cobijándolos con una amnistía de hecho (artículo 14).

2. PERSISTENTES DIFICULTADES PARA LA REPARACIÓN

2.1. Eliminación de la responsabilidad estatal para la reparación

La Corte Constitucional había señalado que no existía *“una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo”*. Al contrario, la Corte estableció que *“la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad”*. Además, señaló que *“Solo en caso en el cual el Estado resulte responsable -por acción o por omisión- o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que eso implica”*⁹. Esto quiere decir que, dado que el Estado es responsable por la conformación y acción de los grupos paramilitares, debe concurrir a la reparación. Significa además, que, aunque existiera tal responsabilidad del Estado, este entraría subsidiariamente a responder por la reparación.

Contradiendo la sentencia, el artículo 15 del decreto señala la responsabilidad de reparar a las víctimas y no regula de ninguna manera la responsabilidad estatal. En el artículo 18, el decreto llega a afirmar que se asignarán recursos del presupuesto general de la nación de manera residual, no para cumplir con las obligaciones de reparación determinadas judicialmente, sino para realizar otras acciones de reparación dirigidas a reconocer y dignificar a las víctimas *“sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria del Estado”*. Así, se evade el deber de reparar que tiene el Estado, tanto por su responsabilidad por

⁹ Considerando 6.2.4.1.12. de la sentencia C-370 de 2006.

la conformación de grupos paramilitares, como el deber subsidiario que tendría cuando los agresores de cada caso no disponen del patrimonio suficiente para la adecuada reparación.

2.2. Introducción del concepto de “justicia restaurativa” y otras modificaciones para evadir la obligación de reparación de los paramilitares

El decreto establece varias limitaciones a las obligaciones de reparación, centrándose en aquellas medidas de reparación simbólica o de reparación colectiva, que son necesarias, pero que no sustituyen la reparación individual, ni medidas que tienen impacto económico.

Esto se hace a través de medidas como la del artículo 16 que señala en su inciso primero que *“el carácter integral de la reparación no se establecerá en función exclusiva de las acciones de naturaleza económica”*, lo cual no está mal, siempre y cuando tampoco se establezca en función exclusiva de acciones de naturaleza simbólica. Pero el mismo artículo 16 señala que la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (en adelante CNRR) deberá formular criterios de *“proporcionalidad restaurativa”* que permitan la sostenibilidad del proceso. Con esta medida, de paso, se restringe la libertad e independencia de la CNRR para cumplir la función legal de formular criterios para la reparación. El mismo artículo, en su inciso tercero establece que en casos de violencia masiva o sistemática -que son los más graves- *“la de reparación colectiva es el mecanismo especial e idóneo que comporta el resarcimiento para todas y cada una de las víctimas de tales comunidades, además de encontrarse orientado a su reconstrucción sico-social”*. Una disposición similar se encuentra en el inciso tercero del artículo 17. Este último artículo llega al extremo de señalar que la autoridad judicial, con fundamento en los criterios dados por la CNRR, deberá tener en cuenta *“la capacidad económica del bloque o frente y de los desmovilizados penalmente responsables”*, con lo cual la víctima queda totalmente desprovista de garantías que le permitan una reparación integral.

Además, con fundamento en el criterio de *“justicia restaurativa”*, el párrafo primero del artículo 17 del decreto establece como medida de reparación colectiva la entrega de bienes para el desarrollo de proyectos productivos *“que beneficien a desplazados, campesinos y reinsertados que carezcan de medios económicos para su subsistencia”*, de manera que se tendrá que compartir la reparación con los desmovilizados. Con ese mismo fundamento, el artículo 19 establece programas restaurativos que obligarían a las víctimas a interactuar y compartir espacios con los victimarios, para reconciliarse forzosamente. El perdón es un acto individual, y la reconciliación solo debe ser producto del perdón. En un Estado de derecho, una paz firme y duradera se debe sustentar en el reconocimiento de los derechos de las víctimas.

El decreto, incluso, al establecer como medida de “reparación colectiva” la entrega de los bienes para el desarrollo de proyectos productivos, señala que se da participación en la propiedad de esos bienes a desplazados y campesinos, y a *“reinsertados que carezcan de medios económicos para su subsistencia”*. Es decir, bienes que deberían ser entregados para la reparación sólo se comparten con las víctimas para permitirles desarrollar proyectos en predios de propiedad de los desmovilizados.

También es preocupante que del fondo de reparación también saldría el dinero para el emplazamiento y notificación de las víctimas, pues así lo señala el inciso 3 del artículo 8.

2.3. Reproducción de un mecanismo de información sobre tierras que ya existe y que no está funcionando

El artículo 4 del decreto pretende establecer un mecanismo para información sobre bienes. Sin embargo, un mecanismo más integral en la protección de los derechos sobre tierras de población desplazada ya existe, y fue creado por el decreto 2007 de 2001 (reglamentario de la ley 387 de 1997 sobre desplazamiento forzado). El mecanismo existente ha tenido graves dificultades para su aplicación, tales dificultades no se superan con el artículo 4 del decreto.

Aunque el decreto 2007 de 2001 constituye una herramienta para la protección de los bienes de la población desplazada, no es el único, ya que en la misma ley 387 de 1997, en su artículo 19, se desarrolló la ruta individual de protección de bienes, que debe activarse con la denuncia ante el Incoder del abandono de los predios, para que este reporte a las oficinas de registro, con el objeto de proteger los bienes de las personas desplazadas. No obstante, no existen reportes del Incoder que indiquen cuántos predios han sido protegidos por esta vía.

Las razones principales del incumplimiento de la normatividad son varias. En primer lugar, la normativa no ha tenido suficiente difusión entre la población desplazada, ni en los comités locales encargados de la protección de los bienes de la población desplazada. La información oficial sobre los predios y propiedades abandonadas es casi inexistente; en la mayoría de los municipios no existe formación catastral. El Incoder y las autoridades locales responsables no han tenido la voluntad política ni recursos suficientes para realizar su labor de prevención del despojo y protección del patrimonio de los pobladores rurales. Además, la impunidad que cobija a los responsables de los desplazamientos forzados dificulta la exigencia de los derechos por parte de las autoridades y de las víctimas, debido al temor a las represalias.

Según la Defensoría del Pueblo *“los esfuerzos de las entidades del Estado que deben velar por la propiedad de la tierra de la población en situación de desplazamiento, siguen siendo mínimos e ineficaces. Tampoco hay un registro real de las tierras que las víctimas de este fenómeno se vieron obligadas a*

*abandonar y, en tal virtud, es imposible adoptar medidas para su protección”*¹⁰. Por consiguiente, para que esas medidas de protección dejen de ser de imposible aplicación, deben enfrentarse las dificultades que han obstaculizado el eficaz funcionamiento del registro.

El mecanismo creado en virtud del artículo 4 del decreto 3391 establece el deber de la Superintendencia de Notariado y Registro de coordinar e implementar un sistema que permita la interrelación de notariado, catastro y registro. Tal sistema es restrictivo porque la información de notariado, catastro y registro no contempla en la mayoría de los casos a poseedores, tenedores y ocupantes que es la calidad que ostenta la mayoría de la población desplazada¹¹.

3. EL DECRETO FUE EXPEDIDO EN DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES, SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Los considerandos del decreto establecen que *“el borrador del decreto fue sometido a un debate público mediante su publicación en la página Web de la Presidencia de la República y se recibieron diversas observaciones a partir de las cuales se realizaron modificaciones significativas”*. Sobre tal punto se debe resaltar que el procedimiento al que se sometió tal decreto no fue democrático y, al contrario, desconoció el principio de separación de poderes y de soberanía popular. En primer lugar, no se conocen los resultados de la consulta ni las razones por las que el Gobierno consideró o desestimó las observaciones¹²; en segundo lugar, y más importante, el contenido de los decretos regula y restringe los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Por tal razón, la mayoría de las materias del decreto debieron haber sido reguladas a través de una ley de la República. Por último, dado que muchas de las medidas del decreto contrarían la decisión de la Corte Constitucional, se desconoció el principio de supremacía constitucional, es decir, el principio básico según el cual todas las autoridades están sometidas a la Constitución y, por consiguiente, deben respetar las decisiones que la Corte Constitucional tome en aplicación de la norma fundamental¹³.

¹⁰ Defensoría del Pueblo, documento presentado en la audiencia de la Corte Constitucional del 29 de junio de 2005.

¹¹ La posesión es una figura jurídica que reconoce el “ánimo de señor y dueño” de una persona sobre un bien, a pesar de no ser dueña del mismo, siempre que ejerza su posesión pacífica y públicamente y no haya un requerimiento de propiedad por parte del verdadero dueño. La posesión de un bien por un tiempo permite al poseedor pedir judicialmente su reconocimiento como dueño (art. 762 del Código Civil colombiano). La tenencia de un bien es el derecho a gozar de ella, sin ser el propietario ni pretenderse propietario de ella (inciso 2º del art. 669 del Código Civil Colombiano). El ocupante es la persona que adquiere el dominio de un bien que no pertenece a alguien y cuya adquisición no está prohibida por la ley (art. 685 del Código Civil colombiano).

¹² De acuerdo a información de prensa, el Gobierno sólo recibió alrededor de 30 mensajes y 13 de ellos eran de la misma persona.

¹³ Como se ha señalado en este documento, el decreto desconoce mandatos de la Corte, principalmente en materia de reparación y de efectivo cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Muchas de las normas son asuntos de procedimiento penal que regulan derechos fundamentales de las víctimas y el debido proceso de los eventuales procesados. Tales asuntos son privativos de ley y debieron ser sometidos a debate en el Congreso de la República. Entre ellos se encuentran, por lo menos, la evaluación de requisitos de elegibilidad de los postulados (art. 5), el procedimiento a seguir en el caso de personas privadas de la libertad que quieran acceder al beneficio de la pena alternativa (art. 6), mecanismos para garantizar la oportunidad de participación de las víctimas en los procesos judiciales (art. 8), confesión completa y veraz (art. 9), acumulación jurídica de penas para efectos de la fijación de la pena ordinaria, cuya ejecución es reemplazada por la pena alternativa (art. 10), acumulación de procesos (art. 11), revocatoria del beneficio de la pena alternativa (art. 12), establecimiento de reclusión para cumplimiento de la pena alternativa (art. 13), la entrega de bienes (art. 14), la responsabilidad de reparar a las víctimas (art. 15), mecanismos para la reparación de las víctimas (art. 16), determinación judicial de la reparación (art. 17), condiciones de cumplimiento de las penas (arts. 13 y 20). Al no haberse regulado por ley estos temas se evadió un verdadero debate público en el Congreso.

Sobre la relevancia democrática del respeto de la reserva legal, la Corte Constitucional ha dicho:

“29- La voluntad constitucional de someter la acción Estatal al derecho, así como los principios de la separación de poderes y de la soberanía popular, tienen una consecuencia directa y es la siguiente: la ley juega un papel trascendental en la regulación y restricción de los derechos constitucionales. En efecto, en general la Carta establece no sólo una reserva de ley para la regulación de los derechos constitucionales sino que incluso, en relación con los derechos fundamentales establece una exigencia aún mayor, puesto que ciertos aspectos de los mismos sólo pueden ser abordados por medio de una ley estatutaria (C.P. art. 152).

Esta reserva legal en la limitación y configuración de los derechos constitucionales cumple un doble propósito: es un mecanismo para evitar la arbitrariedad, pues no sólo los particulares conocen previamente el alcance de sus derechos sino que además se evita que el gobierno los restrinja injustificadamente. El principio de legalidad opera entonces como un desarrollo del Estado de derecho. Pero es también un desarrollo del Estado democrático, pues permite que las restricciones de derechos asociadas a determinadas políticas de seguridad sean ampliamente debatidas, en el escenario por excelencia de la democracia, que es el Congreso. Así, refiriéndose a la política criminal, esta Corte hizo unas consideraciones que resultan igualmente aplicables a las estrategias de seguridad y defensa. Esta Corporación precisó que el principio de

legalidad buscaba también que hubiera una representación popular y democrática en la elaboración de estas políticas, y concluyó al respecto:

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento”¹⁴ ¹⁵.

Por consiguiente, la apertura de un correo electrónico durante 5 días no supe en lo más mínimo un debate en el Congreso de la República. No sobra recordar que la supuesta intención del decreto de expedir una reglamentación “*en armonía con lo dispuesto en la sentencia C-370 de 2.006*” y que posibilitara el “*cumplimiento adecuado del objeto de la ley*” era innecesaria, porque las sentencias de la Corte Constitucional son de ejecución inmediata, es decir, no requieren de una reinterpretación para su aplicación. Si lo que el Gobierno quería era “*adecuar la ley*” porque esta no le resultaba conveniente después de la decisión de la Corte Constitucional, entonces resulta evidente que en efecto el decreto reforma la ley vigente. En ese caso, en vez de hacerlo directamente, ha debido promover un debate en donde corresponde tomar tales decisiones, esto es, en el Congreso de la República.

CONCLUSIÓN

A pesar de que el decreto 3391 tuvo algunas modificaciones importantes y positivas respecto de los proyectos de decretos dados a conocer por el Gobierno al final de agosto, sigue siendo un mecanismo de impunidad que desconoce la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional y desarrolla aspectos que sólo pueden ser regulados por el Congreso de la República.

¹⁴ Sentencia C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 21.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas. En otra ocasión la Corte declaró las facultades reglamentarias dadas a la Fiscalía para regular un aspecto procesal penal por ser materia de reserva legal. En efecto, la Corte dijo: “*En ese orden de ideas, es imprescindible concluir que la atribución explícitamente conferida al Fiscal General de la Nación por la disposición acusada dentro del contexto normativo en el cual se contiene rebasa el ámbito meramente interno de la Fiscalía y se proyecta externamente, como ya se dijo, incursionando en una regulación propia del ejercicio de la función judicial del Estado, aspecto éste que constitucionalmente compete al legislador y que genera de manera inevitable la inconstitucionalidad de la norma, tal como se declarará en la parte resolutive de esta providencia*”. Corte Constitucional, sentencia C-775 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

El decreto 3391 cambia el ámbito de aplicación de la ley 975, pues pretende regular toda la negociación y no sólo el procesamiento judicial de los paramilitares responsables de crímenes graves. De esa manera se acude al principio de favorabilidad penal para no aplicar la sentencia de la Corte, sin que se presenten las condiciones jurídicas que dan lugar a su aplicabilidad.

Pero además, el decreto cambia la naturaleza de la ley cuando la convierte en una ley de “justicia restaurativa” para permitir que proyectos productivos desarrollados en sus propias propiedades, los paramilitares rebajen pena y evadan su responsabilidad de reparar a las víctimas. Con esta y otras modalidades, el decreto llevará prácticamente a la eliminación de la pena. En efecto, el decreto revive la norma declarada inconstitucional por la Corte que permite a los paramilitares conmutar como pena cumplida el tiempo de estadía en Santa Fe de Ralito; además, establece la progresividad del tratamiento penitenciario hablando de un periodo “semiabierto” y un periodo “abierto” de cumplimiento de la pena. Por último, permite el cumplimiento de penas en instalaciones de la fuerza pública, a pesar de que los nexos entre miembros la Policía y el Ejército, de un lado, y los grupos paramilitares, de otro, no han desaparecido. Además, el decreto 3391, deja sin ninguna pena y sin ninguna investigación a los testaferros de los grupos paramilitares.

El decreto también introduce nuevos obstáculos para la reparación. Además de la introducción del concepto de “justicia restaurativa”, elimina la responsabilidad de reparación que constitucionalmente tiene el Estado para con las víctimas y la sociedad.

Con estas modificaciones a la ley 975 y a la sentencia de la Corte Constitucional, el Gobierno desconoció los principios de separación de poderes, soberanía popular y supremacía de la Constitución. Por consiguiente, el decreto no sólo favorece la impunidad de los paramilitares, sino que además rompe elementos básicos de la democracia.

*Comisión Colombiana de Juristas
Bogotá, octubre 11 de 2006*