

Intervención Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia
Audiencia Proyecto de Ley No. 197 de 2018
Por medio del cual se desarrolla el tratamiento penal diferenciado para pequeños cultivadores

Introducción

Muy buenos días, señoras y señores congresistas de la república, representantes de instituciones y organizaciones de la sociedad civil y demás invitados e invitadas.

Dejusticia es un centro de estudios jurídicos y sociales localizado en Bogotá, Colombia. Nos dedicamos al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la promoción de los derechos humanos en Colombia y en el Sur Global. Promovemos el cambio social a través de estudios rigurosos y sólidas propuestas de políticas públicas, y adelantamos campañas de incidencia en foros de alto impacto. También llevamos a cabo litigios estratégicos y diseñamos e impartimos programas educativos y de formación.

Dentro de nuestras líneas de investigación, se encuentra la línea de política de drogas donde trabajamos por incorporar mecanismos más flexibles y efectivos en las políticas existentes en el tema, para lograr una mejor protección de los derechos humanos. Así, trabajamos por sustituir progresivamente la respuesta estatal penal al problema de drogas por una respuesta basada en la salud pública, el desarrollo humano, y la atención a poblaciones vulnerables.

En el marco de estas actividades, Dejusticia ha venido haciendo seguimiento a la implementación del Punto 4 del Acuerdo de Paz – solución al problema de las drogas – en particular al programa de sustitución de cultivos que incluye dentro de sus medidas el tratamiento penal diferenciado (TPD) para *“pequeños agricultores y agricultoras que estén o hayan estado vinculados con el cultivo de cultivos de uso ilícito”*.

Agradecemos su invitación a participar de esta audiencia y con el fin de cumplir con el objetivo de la misma que es avanzar en la discusión del proyecto de ley No. 197 de 2018, nuestra intervención se dividirá en 3 puntos. En primer lugar, argumentaremos sobre la importancia de adoptar una legislación sobre tratamiento penal diferenciado para pequeños agricultores y agricultoras que estén vinculados con cultivos de uso ilícito. Segundo, analizaremos las principales críticas que se han presentado a las dos versiones del proyecto de ley, y en tercer lugar ofreceremos algunas recomendaciones que consideramos pueden aportar al fortalecimiento del proyecto.

I. Importancia del Tratamiento Penal Diferenciado

En Colombia hasta hoy la principal estrategia para luchar contra las drogas ha sido la criminalización y el encarcelamiento, en particular de quienes participan en los niveles primarios de la economía de las drogas, es decir quienes cultivan, transportan y consumen drogas. Sin embargo, la política de drogas fundada en la criminalización ha generado altos costos humanos y sociales y ha fracasado al no lograr dismantelar los mercados ilegales. Por ejemplo, en 2015, el negocio del narcotráfico obtuvo ganancias por 12,4 billones de pesos y

una rentabilidad de 260 por ciento. Así mismo, el INPEC, a 26 de abril de 2018¹ reportó que había 24.124 conductas delictivas atribuidas a personas encarceladas por tráfico de estupefacientes, mientras que sólo se registran 295 conductas delictivas a personas relacionadas con el lavado de activos.

Con respecto a los costos sociales y humanos, es importante resaltar que las penas que se imponen a los delitos de drogas son desproporcionadas en relación con el daño causado. Por ejemplo, la pena actual impuesta al delito de conservación y financiación de plantaciones que oscila entre 8 y 18 años de prisión es casi la misma pena que enfrentan quienes sean condenados por el delito de concierto para delinquir, por el cual puede ser procesado quien haya sido parte de grupos armados ilegales. Así mismo, en el caso del delito acceso carnal violento, que atenta contra la integridad personal y la libertad sexual de las personas, la pena promedio que es de 16 años, es ligeramente mayor comparada con la pena intermedia del delito de conservación y financiación de plantaciones que es de 11 años.

Además de las altas penas por los delitos de drogas, la legislación no permite que las personas procesadas por los mismos puedan acceder a alternativas al encarcelamiento que podrían minimizar los costos sociales y humanos de la prisión y ofrecer opciones para desvincularse de esta economía ilegal.

Por lo general los cultivadores y cultivadoras viven en contextos de pobreza extrema que los obligan a involucrarse con cultivos de uso ilícito. En aquellos municipios con ruralidad dispersa donde hay muy alta presencia de coca el 90% de su población viven en pobreza multidimensional, además estos municipios tuvieron una tasa de mortalidad para el 2011 de 33,16 por cada mil nacimientos y el 67% de su población está privada de acceso a agua potable². De esta manera, la criminalización de quienes se han involucrado con cultivos de uso ilícito debido a la pobreza y la falta de oportunidades en las regiones no ha sido la respuesta más eficaz para solucionar el problema de las drogas.

En este contexto, el punto 4 del Acuerdo Final reconoció que la *“persistencia de los cultivos está ligada, en parte, a la existencia de condiciones de pobreza, marginalidad, débil presencia institucional, además de la existencia de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico”* y propuso como una de las estrategias para abordar esta problemática la inclusión del TPD como uno de los elementos centrales para el desarrollo del Plan Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, tal como quedó establecido en el artículo 7, numeral 5 del Decreto 896 de 2017, que crea este programa.

Además de ser una de las medidas claves del Punto 4, la adopción de un tratamiento penal diferenciado para pequeños cultivadores está alineada con las recomendaciones del grupo de la OEA sobre alternativas al encarcelamiento³, que insistió en que *“el problema de los pequeños cultivadores [...] merece un estudio más detenido antes de decidir si la*

¹ http://201.217.206.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=viewReportFlow&_report=%2Fpublic%2FDelitos%2Freports%2FDelitos_Nacional_Modalidad_Delictiva_Intramural&ANNO=2018&MES=04&reportUnit=%2Fpublic%2FDelitos%2Freports%2FDelitos_Nacional_Modalidad_Delictiva_Intramural.

² Chaparro, S. y Cruz, L. 2017. Coca instituciones y desarrollo. Bogotá: Dejusticia, p. 125.

³ <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3202>

intervención del derecho penal es la única alternativa posible para combatirlo y, en caso afirmativo, si lo es en todos los casos. Así, por ejemplo, la sola represión resulta insuficiente si el Estado no les ofrece a los pequeños cultivadores alternativas reales para mejorar sus condiciones de vida, en forma tal que tengan la posibilidad de escoger, en igualdad de condiciones, entre ajustar sus conductas a los parámetros de la legalidad o ir en contra de ella.”

Adicionalmente, la Comisión Asesora en Política de Drogas⁴ recomendó que “los cultivadores no deben continuar siendo objeto de persecución penal sino de programas de desarrollo alternativo eficaces [...]. Una política de desarrollo alternativo, para ser coherente, debería complementarse con los cambios normativos necesarios para dejar de sancionar penalmente al pequeño cultivador. Para efectuar este cambio de enfoque no es necesario legalizar la actividad de cultivo pues se puede promover el uso de figuras penales tales como el principio de oportunidad o las causales de justificación para impedir que estas personas sean condenadas a cumplir largas penas en prisión. Estos subrogados penales permitirían incentivar a los cultivadores a colaborar con el Estado y preferir otras alternativas económicas ajenas a las drogas ilícitas”.

De esta manera, el tratamiento penal diferenciado es una medida urgente y necesaria por varias razones. En primer lugar, les permite a las comunidades comprometerse a sustituir los cultivos de uso ilícito sin el temor de ser criminalizadas posteriormente. Así mismo, les ofrece a las autoridades, en particular a la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos las garantías legales para negociar los acuerdos de sustitución y juega un papel crucial en la sostenibilidad de los planes de sustitución.

II. Análisis las principales críticas que se han presentado a las dos versiones del proyecto de ley

El acuerdo final (punto 6.1.9), estableció como una prioridad normativa, la expedición de “la ley tratamiento penal diferenciado para delitos relacionados con los cultivos de uso ilícito, cuando los condenados o procesados sean campesinos no pertenecientes a organizaciones criminales”. Sin embargo, este proyecto de ley no pudo ser tramitado a través del mecanismo de fast-track debido a las múltiples demoras que hubo en el proceso de concertación de este, las críticas de instituciones como la Fiscalía General de la Nación y la falta de ponencia para primer debate.

Debido a los múltiples cambios que sufrió el proyecto de ley entre su primera y segunda versión, nos referiremos a las críticas más relevantes relacionadas con el articulado actual del proyecto.

4

a. Objeciones relacionadas con la definición de pequeño cultivador

Con el fin de establecer quién es un pequeño cultivador y en consecuencia quién se puede acoger al tratamiento penal diferenciado, el artículo 6 del proyecto de ley propone una modificación al artículo 375 del Código Penal donde se establecen penas diferenciadas dependiendo del tipo de planta, del número de hectáreas cultivadas y del tipo de relación con el cultivo. Sin embargo, entre la primera y la segunda versión del proyecto presentando ante el Congreso de la República hubo una reducción significativa del número de hectáreas de coca que puede tener un campesino para considerarse un pequeño cultivador.

El anterior proyecto de ley establecía que podrían ser beneficiarios del TPD quienes tuvieran cultivos de hoja de coca de hasta 3,8 hectáreas de extensión. En la nueva versión esta medida se redujo a 1,7 hectáreas. Tal como lo argumentó el gobierno en el anterior proyecto, [la medida de 3,8 hectáreas tenía sentido](#) pues la productividad de los cultivos depende en gran parte de la región en la cual se encuentren.

Esta reducción en el número de hectáreas resulta preocupante pues muchas de las familias que tienen cultivos superiores a 1,7 hectáreas y que ya se encuentran inscritas en el programa de sustitución tienen temor de ser criminalizadas debido a este cambio en el proyecto de ley. A pesar de tener el interés y la voluntad de acogerse al programa, no podrían recibir los beneficios del TPD porque la extensión de sus cultivos supera la permitida en la ley. Este cambio debilita la confianza de las comunidades en el proceso y cambia las reglas de juego sobre las cuales venía operando el programa de sustitución - que no estableció en su reglamentación un número determinado de hectáreas para poder ser beneficiario -. El decreto que creó el programa estableció únicamente que los beneficiarios debían ser familias campesinas en situación de pobreza que derivarán su sustento de los cultivos de uso ilícito, no hizo referencia a un número específico de hectáreas.

Teniendo en cuenta que el TPD es una medida que busca en últimas promover alternativas al encarcelamiento para aquellos cultivadores y cultivadoras que se hayan involucrado en esta economía ilegal a causa de la pobreza, el número de hectáreas cultivadas no puede ser el único criterio para determinar si la persona puede o no acceder a estos beneficios. De esta manera, es urgente que se adelante una discusión técnica para establecer requisitos de acceso al programa que tenga en cuenta medidas de pobreza, nivel de ingresos y bienestar rural para la determinación de qué se entiende legalmente por pequeños cultivadores. Consideramos que esta discusión debería estar encabezada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, quien tendría la capacidad para establecer una fórmula que incluya criterios objetivos y subjetivos que le permita a los operadores jurídicos definir dependiendo de las particularidades en cada territorio quienes pueden acceder a los beneficios del TPD.

b. Objeciones relacionadas con el período durante el cual las personas pueden acogerse a estos beneficios

Por otro lado, la versión del proyecto presentada el año pasado establecía que los posibles beneficiarios del tratamiento penal diferenciado tendrían el término de un (1) año para vincularse al programa. Sin embargo, en la nueva versión se establece que este término se empezará a contar a partir de la suscripción de los acuerdos colectivos.

Aunque en principio este cambio podría resultar positivo pues tiene en cuenta los tiempos particulares de cada región donde se está implementando el programa, es una medida desfavorable para quienes ya firmaron acuerdos de sustitución hace varios meses y tendrían menos tiempo para acogerse al programa.

Así mismo, es de nuestro conocimiento que en varias regiones donde ya se firmaron acuerdos colectivos, no se está permitiendo que nuevas personas se inscriban al programa, con lo cual es posible que muchas personas que tienen el interés de sustituir sus cultivos se queden por fuera tanto de los programas de sustitución como de los beneficios del tratamiento penal diferenciado.

c. Ausencia de criterios claros y específicos para determinar cuándo se presenta un incumplimiento por parte de los beneficiarios del TPD

Esta nueva versión del proyecto establece que perderán los beneficios quienes incumplan con los compromisos del programa de sustitución en cualquier circunstancia, mientras que en el proyecto anterior se aclaraba que este incumplimiento debía ser “intencionado”. Esta diferenciación es importante teniendo en cuenta la situación de seguridad en las zonas con presencia de cultivos. Por lo cual, sugerimos que la revocatoria de beneficios a los campesinos este guiada por criterios claros y específicos que tengan en cuenta factores de contexto e individuales y la ausencia de un caso fortuito o de fuerza mayor al momento decidir la revocatoria del TPD.

En este sentido, la presencia de grupos y actores armados en los territorios debería tenerse en cuenta a la hora de analizar el contexto, ya que algunos grupos al margen de la ley que ya están ocupando las zonas dejadas por las FARC pueden forzar al campesinado a resembrar. También dentro de las causas contextuales, puede estar el incumplimiento por parte del Gobierno de las obligaciones que se derivan de los acuerdos de sustitución y que generan un riesgo económico para las familias beneficiarias del programa. Dentro de las causas individuales, debería tenerse en cuenta si la economía de la familia se encuentra en grave crisis y fue necesaria e imperativa la resiembra.

De esta manera, pretendemos que las medidas que se tomen para sancionar los incumplimientos en el marco del PNIS y de los acuerdos de sustitución, no sean automáticamente aplicadas por el simple de hecho de presentarse el incumplimiento, sino que tengan en cuenta las circunstancias de cada caso.

d. Objeciones relacionadas con la modificación definitiva del artículo 375 del Código Penal sobre conservación y financiación de plantaciones

Actualmente, el delito de conservación y financiación de plantaciones implica penas entre 5 y 18 años de prisión dependiendo de la cantidad de plantas o de semillas que tenga la persona procesada. Con el fin de determinar a quienes se podría aplicar las medidas de tratamiento penal diferencial, es decir quien se podría considerar un pequeño cultivador, el proyecto de ley 197 de 2018 establece penas diferenciadas dependiendo del tipo de planta, del número de hectáreas cultivadas y del tipo de relación con el cultivo, de la siguiente manera:

- Para el caso de personas que cultiven, conserven o financien plantaciones de pequeñas extensiones (máximo 1,78 hectáreas de coca, 0,3 hectáreas de amapola y 84 metros cuadrados de marihuana) y no se acojan al TPD podrán enfrentar **condenas entre 4 y 7 años, lo que representa una rebaja entre el 50% y el 61% en relación con las penas actuales.**
- Para los **cultivadores** que excedan las anteriores extensiones o incumplan con los acuerdos derivados del Programa Nacional de Sustitución de cultivos, se mantendrán las penas y multas actuales, es decir pena de prisión entre 8 y 18 años.
- Finalmente, para el caso de los **financiadores** que excedan las anteriores extensiones, tendrán penas entre 9 y 18 años.

A pesar de las críticas que se han manifestado frente a la rebaja de penas definitiva para los pequeños cultivadores, esta medida constituye un avance muy importante hacia la reforma a la política de drogas en Colombia; ya que reconoce que las penas actuales para este delito pueden resultar desproporcionadas para los cultivadores que deben recurrir a esta actividad por necesidad. Adicionalmente, esta medida abriría el camino para que los esfuerzos de las autoridades enfoquen sus esfuerzos de persecución en quienes realmente se lucran de la economía de las drogas.

e. Objeciones relacionadas con la aplicación del TPD a personas que ya fueron condenadas por el delito de conservación y financiación de plantaciones

Se han presentado algunas críticas frente al hecho de que las personas que ya fueron condenadas por el delito de conservación y financiación de plantaciones sean beneficiadas por las medidas de tratamiento penal diferenciado.

Al respecto, es importante aclarar que como lo establece el artículo 8 del proyecto de ley **sólo** podrán acceder al TPD aquellas personas que sean aceptadas e inscritas en el PNIS y firmen un acta de compromiso para acogerse voluntariamente a los programas de sustitución. En el caso de las personas que ya fueron condenadas por este delito y que tenga cultivos menores a 1,78 hectáreas de coca, 0,3 hectáreas de amapola y 84 metros cuadrados de marihuana podrán ser beneficiados con la suspensión condicionada de la ejecución de la pena como forma de tratamiento penal diferenciado, para ello deberán manifestar su interés de acogerse al juez de ejecución de penas.

Esta medida - incluida en el Acuerdo Final – además de dar cumplimiento al principio de favorabilidad en materia penal reconoce las causas de vulnerabilidad que llevaron a estas personas a involucrarse en este delito y reconoce la necesidad de racionalizar el uso de la cárcel, y de establecer una política criminal proporcionada. Adicionalmente, les facilita la transición luego de salir de la cárcel y les ofrece opciones para sostenerse y no reincidir en el cultivo.

f. Objeciones en relación con medidas complementarias del proyecto de ley

La Fiscalía General de la Nación ha manifestado su preocupación frente al hecho de que el proyecto de ley no permita adelantar procesos de extinción de dominio. Frente a ello, es importante aclarar que el artículo 19 de proyecto de ley establece que sólo se dará un tratamiento diferenciado en materia de extinción de dominio cuando el afectado haya suscrito acta de compromiso con el programa de sustitución y que el bien objeto de extinción no pertenezca a organizaciones criminales. Si el proceso se encuentra en fase inicial se ordenará el archivo del proceso y si se encuentra en etapa de juzgamiento, el funcionario judicial suspenderá el trámite hasta por dos años, a la espera de verificación del cumplimiento de los compromisos suscritos.

Es importante aclarar que el proyecto de ley establece que **sólo recibirán este beneficio** quienes cultiven, financien o conserven las pequeñas extensiones de coca, marihuana y amapola establecidas en la modificación que se propone en el inciso primero del artículo 375. Es decir, quienes tengan cultivos de coca menores a cultivos menores a 1,78 hectáreas de coca, 0,3 hectáreas de amapola y 84 metros cuadrados de marihuana

Esta medida complementaria tendrá un impacto muy positivo para la sostenibilidad del PNIS pues les permite a los campesinos conservar las tierras con las cuales participan en los planes de sustitución y les da la oportunidad de buscar alternativas a los cultivos de uso ilícito para su sostenimiento.

Con respecto a la eliminación de los antecedentes penales para quienes hayan sido condenados por el delito de conservación y financiación de plantaciones, algunas instituciones han considerado que puede ser inconveniente eliminar los antecedentes penales pues es una herramienta clave para establecer si el pequeño cultivador ha cumplido sus compromisos con el programa de sustitución.

Frente a esta crítica, es importante aclarar que esta medida complementaria del proyecto de ley **sólo aplicaría para quienes ya fueron condenados** por el delito contemplado en el artículo 375 del Código Penal y que se acojan al TPD dentro del término establecido para ello. Esta es una medida necesaria e importante porque la eliminación de los antecedentes judiciales facilitaría a los campesinos y campesinas judicializados su proceso de reintegración a la sociedad y eliminaría barreras de acceso al empleo.

Por otro lado, existen otros mecanismos más efectivos que los antecedentes penales para hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos de quienes se acojan al TPD, como la verificación periódica de la UNODC y el seguimiento por parte de la Dirección de Sustitución, institución encargada de identificar al cultivador de pequeña escala con base en los criterios de extensión del cultivo y situación socioeconómica (Art. 5 PL) y ante quien la persona que desea acogerse al TPD presenta una declaración voluntaria para acogerse a los programas de sustitución y firma un acta de compromiso. Es decir que la Dirección de Sustitución cuenta con información de primera mano y no requiere de los antecedentes penales para hacer este seguimiento. Por lo cual los impactos positivos de esta medida superan el argumento de necesidad para sustentar que se mantengan los antecedentes.

III. Sugerencias para la modificación del proyecto de Ley No. 197 de 2018

Con base en el análisis del proyecto de ley No. 197 de 2018 presentado anteriormente, nos permitimos realizar las siguientes solicitudes y recomendaciones con el fin de que sean tenidas en cuenta en la ponencia para primer debate del proyecto de ley y por los honorables congresistas al momento de debatir y votar el articulado del proyecto:

1. Se conforme una comisión técnica al interior del Consejo Nacional de Estupefacientes con participación de los representantes de las comunidades y organizaciones cultivadores con el fin de que se determinen los criterios para acceder al tratamiento penal diferenciado, los cuales deberán incorporar no sólo factores objetivos como el número de hectáreas sino factores subjetivos como la caracterización socio económica de quienes soliciten estos beneficios.
2. En consecuencia, solicitamos que esta Comisión Técnica revise el número máximo de hectáreas de coca establecido en el artículo 6 del proyecto de ley con el fin de que no se excluya de las medidas de tratamiento penal diferenciado a quienes cuentan con más 1.78 hectáreas de hoja de coca y que ya suscribieron los acuerdos colectivos e individuales de sustitución. Para ello se podría implementar dos alternativas:
 - a. Establecer como uno de los criterios de selección un número de hectáreas más alto que tenga en cuenta que la productividad de los cultivos varía regionalmente, pero que este acompañado de otros criterios de medición para comprobar que las personas que accedan al TPD sean quienes tuvieron que cultivar debido a su situación de pobreza. De esta manera se evita excluir a personas que cumplan con los criterios subjetivos pero que tengan un número de hectáreas superior a 1,78.
 - b. Se establezcan dos rangos de selección de los beneficiarios. Un primer rango en el cual se determine la inclusión en las medidas de TPD sólo teniendo en cuenta el número de hectáreas cultivadas y un segundo rango para los casos de personas con mayor número de hectáreas en el cual además deberán cumplir con otros criterios subjetivos como estar por debajo de la línea de la pobreza.
3. Que tal como lo establece el punto 4 del Acuerdo Final, se establezca que las personas interesadas tendrán un año para acogerse al TPD contado a partir de la entrada en vigor de la ley o de la firma del acuerdo individual con la dirección encargada del programa de sustitución, escogiendo la fecha que sea posterior. De manera que las familias que firmaron el acuerdo individual hace más de un año no sean excluidas de la aplicación del TPD.
4. Que el proyecto de ley incluya criterios específicos para determinar cuándo se está frente a un incumplimiento de los compromisos con el programa de sustitución que impliquen su expulsión de los beneficios del TPD. Para ello, sugerimos que el

proyecto de ley tenga en cuenta factores de contexto e individuales y la ausencia de un caso fortuito o de fuerza mayor al momento decidir la revocatoria del TPD.

5. Se adelanten los trámites necesarios para que el proyecto de ley 197 de 2018 sea debatido y aprobado dentro de la presente legislatura, con el fin de dar garantías jurídicas a las personas que se han acogido voluntariamente a los programas de sustitución de cultivos.