

**DESCRIMINALIZACIÓN Y TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIAL
ARTICULACIÓN DE LOS PUNTOS 1 Y 4 DE LOS ACUERDOS DE LA HABANA
Algunos criterios y propuestas en el debate sobre su implementación**

Documento de trabajo y discusión
Darío González Posso – 8 de marzo de 2017

Resumen:

Se señala que a la política estatal de la erradicación forzada de cultivos de “uso ilícito”, se suma ahora la violación de derechos y principios de *universalidad e impersonalidad de las leyes* y de *participación social*. Se retoman propuestas sobre “descriminalización” o “despenalización” de los pequeños productores, recolectores y otros del primer eslabón de la oferta,¹ que podrían complementar el “Tratamiento Penal Diferencial”, en la implementación de los Acuerdos de La Habana.

Se presenta enunciados orientados a la articulación del **Punto 4**, “Solución al problema de las drogas ilícitas”, con el **Punto 1**, “Reforma Rural Integral”, del cual depende, en especial en el tratamiento a los “cultivos de uso ilícito”, según los mismos Acuerdos.

1. DESCRIMINALIZACIÓN Y “TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIAL”

En la política sobre “drogas ilícitas” que ejecuta hoy el Gobierno nacional, en especial en lo relacionado con cultivos declarados ilícitos, hay problemas de enfoque, que es prioritario superar, para una implementación realmente constructiva de los Acuerdos de La Habana:

- Continúa el énfasis contra la oferta, dirigido centralmente contra el primer eslabón.
- Ahora tal énfasis consiste, en unos casos, en programas de “sustitución de cultivos” y, en otros, en la erradicación a través de la Fuerza Pública. En cada caso, la meta de reducción de las áreas sembradas es de 50 mil hectáreas.
- Pero también se ha visto (como en el Guaviare y en otros lugares hace poco) que al día siguiente de establecido un acuerdo con comunidades para la “sustitución voluntaria”, entra allí la policía a erradicar cultivos de manera violenta.

¹ **“Población de interés”**: Está conformada por las personas que cultivan, cuidan y conservan plantíos de coca, amapola y marihuana, bien sea usando su propio predio, alquilando la tierra o empleando terrenos baldíos para ello, pero también por aquellas personas que intervienen en el ámbito de la producción como trabajadores agrícolas, recolectores, obreros en el proceso de transformación de la hoja en pasta base, mujeres que prestan sus servicios de preparación de alimentos y otras labores domésticas y pequeños transportistas. Se trata de actores que participan en el escenario de la producción y de relaciones locales de mercado como sujetos de economías de subsistencia, comúnmente definidas como economías campesinas y familiares, propias de campesinos, indígenas y afros, en su mayoría en condiciones de pobreza y de vulnerabilidad. Todos ellos son objeto de sanción penal como consecuencia de dichas actividades en aplicación de la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupeficientes y del Código Penal que los tipifica como delincuentes y los condena a penas desproporcionadas. Pedro Arenas y Darío González, “Vicios Penales...”, Indepaz 2015. <http://www.indepaz.org.co/vicios-penales/>

Con esto, “Se desconoce el sentido y alcance del *Programa Nacional Integral de Sustitución* PNIS, al restringir y modificar su papel pues queda atado a ser otro aportante en la reducción de áreas cocaleras... y en general el Ministerio de Defensa irrumpe en la escena de los cultivos de uso ilícito sin que medie una mirada sobre la fundamentación del problema socioeconómico de base, reconocido como estructural frente al problema de los cultivos, cultivadores y cosecheros de la hoja de coca”. Además “¿Quién establece entonces que a unas zonas debe dársele un tratamiento de fuerza mientras a otras se les ofrece sustitución con una suma que el gobierno calcula en 36 millones de pesos? ¿Por qué unos campesinos son detenidos y a otros se les ofrece un acuerdo de sustitución? ¿Qué y quién determina ese trato tan injustamente diferenciado? De hecho, **en la práctica aparece una violación flagrante de principios constitucionales relacionados con la universalidad e impersonalidad de las leyes**, discriminación arbitraria, ausencia de reglas de juego para los asociados de modo que la oferta del Estado vaya a todos los implicados en los cultivos ilícitos y no a una minoría privilegiada por situaciones de excepcionalidad que en los hechos se vuelven prácticas excluyentes”.²

Hay aquí asuntos prioritarios a ser resueltos desde un enfoque de derechos, que exige también la defensa de principios constitucionales. A la par con esta violación de los principios de *universalidad e impersonalidad de las leyes*, surge de manera prácticamente inevitable una burla al principio de la *participación social*, establecido como regla fundamental en los mismos Acuerdos de paz. Por otra parte, unas metas de reducción de áreas sembradas no constituyen en sí mismas ninguna política coherente.

Otros aspectos han sido planteados en el Informe “Vicios penales – Cultivadores de coca, amapola y marihuana en la hora de su despenalización”.³ Véase Capítulo 6, “Recomendaciones y propuestas”, página 56, convergentes quizás con el “*Tratamiento Penal Diferencial*”, anunciado en los Acuerdos de La Habana:

“Recomendaciones y propuestas” a organismos del Estado

- El Presidente de la República usando facultades especiales debe expedir un acto legal a la manera de una amnistía en favor de mujeres, madres cabeza de hogar y sus hijos, hombres solteros que se encuentren a cargo de sus hijos, adultos mayores y personas con discapacidad, que se encuentren penalizados por delitos menores relacionados con drogas provenientes del ámbito de la producción, con carácter retroactivo.
- Al Consejo Nacional de Estupefacientes: reglamentar lo previsto en el Artículo 375 del Código Penal, en lo referente a la expresión “...el que sin permiso de autoridad competente...” Lo que permitiría tener certeza sobre cuál es la dicha autoridad competente, así como los casos, cantidades y procedimientos en los cuales la actividad será permitida.
- Al Consejo Nacional de Estupefacientes: reglamentar lo ordenado por el Artículo 7 de la Ley 30 de 1986 respecto de los pueblos indígenas, conforme sus usos y costumbres.

² Ricardo Vargas, “Cultivos de uso ilícito y pos acuerdos de paz en Colombia: del discurso a una realidad desafiante”, 2017.

³ <http://www.indepaz.org.co/vicios-penales/>

- Al Ministerio de Justicia le asiste estudiar la definición como “delitos bagatela” de los relacionados con el ámbito de la producción de cultivos y sus derivados, en contextos de economías de subsistencia y familiar campesina, lo que debe abordarse con el Consejo de Política criminal y tenerse en cuenta bajo el enfoque de la “prevención general social” del delito. Esto es más necesario en la perspectiva de un escenario de post conflicto armado.
- El Ministerio de Justicia y la Fiscalía General de la Nación deben considerar que en contextos de conflicto armado, la conducta tipificada como antijurídica no constituye *per se* en culpable al productor, debido a la coacción, lo que debe dar lugar a una exoneración de culpa en razón de la presión o fuerza sobre él ejercida en zonas marginales del Estado, casos en los cuales no ha mediado la voluntad y por tanto no hay dolo. Esta visión abre espacio a elaborar una política de diferenciación penal, aunque no única.
- El Congreso de la República puede introducir el *principio de oportunidad* específicamente para los pequeños productores de subsistencia, sin que medie allanamiento a cargos y permitir la aplicación de otros beneficios penales, así como permitir sanciones sustitutivas de privación de libertad en intramuros dentro de la urgente tarea de descongestión y superación del hacinamiento carcelario.
- El Consejo Superior de la Judicatura puede orientar a los jueces de garantía y de conocimiento para que adopten alternativas al encarcelamiento, consistentes en pena domiciliaria o en sanciones de orden administrativo, policivo y pedagógico, en los casos que previo examen se observe un evidente incumplimiento de su misión constitucional por parte del Estado.
- La Defensoría del Pueblo y la Dirección Nacional del sistema de defensoría pública deben consolidar sus sistemas de información sobre el número de casos atendidos según el área del derecho, el total de población atendida por delitos relacionados con drogas y el número de personas de extracción campesina, indígena y afrodescendiente atendida, específicamente por delitos asociados al ámbito de la producción. A su vez, la Defensoría debe procurar que los defensores públicos formen parte de la nómina de planta de la entidad, ingresados mediante concurso y entrenados para atender este tipo de casos. Así mismo, la Defensoría debe procurar una estrategia de defensa para estas personas, dado que es un hecho notorio que estos casos son recurrentes en las regiones donde más se producen estos cultivos.
- Los casos relacionados con el ámbito de la producción que involucren población indígena deben pasar de la justicia ordinaria a la justicia especial de dichos pueblos, teniendo en cuenta los principios internacionales sobre la materia.
- El Ministerio de Justicia debe abrir un diálogo directo con la Mesa de Pueblos afrodescendientes para definir: Consulta previa sobre hechos y decisiones que afecten a las personas que forman parte de los territorios colectivos de comunidades negras contemplando la posibilidad de aplicar también mecanismos de justicia tradicional.

- La Fiscalía General de la Nación puede elaborar una directiva a sus fiscales para que utilicen el principio de oportunidad en estos casos, así como la motivación para decidir la renuncia a la persecución penal.

Propuesta específica de aplicación del “Principio de Oportunidad”. Siempre procurando no perder el horizonte de la garantía de los derechos humanos de las personas y poblaciones es necesaria la descriminalización de campesinos y la aplicación del Tratamiento Penal Diferencial. Una de las alternativas sería, por ejemplo, la utilización del llamado “Principio de Oportunidad”, con su aplicación para el caso de los pequeños productores o cultivadores de las plantas para “usos ilícitos” y demás actores comprendidos en la “**población de interés**” identificada en el Informe “Vicios Penales”.

El “Principio de oportunidad” está incluido en el ordenamiento jurídico procesal que entró en vigencia a partir del acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. “Es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías” (Ley 1312 de 2009).

Como dice un documento de la Fiscalía General de la Nación (2010)⁴, este principio es “una importante herramienta para lograr la solución alternativa de conflictos derivados de conductas punibles de poca monta, impulsar la justicia restaurativa como mecanismo de reconstrucción del tejido social, evitar la imposición de penas innecesarias, lograr la colaboración de personas involucradas en conductas punibles para lograr la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, entre otros fines”.

Sin embargo, “después de la entrada en vigencia del sistema acusatorio en Colombia, el Principio de Oportunidad no ha tenido la aplicación esperada”, dice igualmente el texto citado de la Fiscalía. Otro asunto o limitación a considerar, además de esto, es que la aplicación de este principio obedece a una facultad discrecional de la Fiscalía.

Frente a esto, *DeJusticia* sugirió una reforma específica sobre **la renuncia de la acción penal cuando el cultivador se acoja voluntariamente a los programas de desarrollo alternativo**, a introducir en el proyecto de reforma del sistema penal acusatorio, que se podría considerar y ajustar.

También se han mencionado dentro de las soluciones parciales: la desjudicialización; la extinción de la acción penal; alternativas al encarcelamiento, medidas de orden administrativo y comunitario; gradualidad de las penas; valoración de situación socio-económica; definición de una categoría de “pequeño cultivador o cultivo de subsistencia”.

⁴ Bedoya Sierra Luis Fernando, Carlos Andrés Guzmán Díaz, Claudia Patricia Vanegas Peña. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Fiscalía General de la Nación. 2010. <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/PrincipiodeOportunidad.pdf>

2. ARTICULACIÓN DE LOS PUNTOS 1 Y 4 DE LOS ACUERDOS DE LA HABANA

Diez ideas básicas:

1. Los Acuerdos de La Habana establecen obligaciones al Estado, no sólo a las FARC. Este es un criterio prioritario para avanzar en su implementación. El compromiso del Gobierno de “*intensificar y enfrentar de manera decidida la lucha contra la corrupción en las instituciones causada por el problema de las drogas ilícitas*”, consignado en el Punto 4 (así como liquidar el **complejo paramilitar**: narco-paramilitarismo, para-política, para-economía, etc.),⁵ es ineludible como deber constitucional, así no existieran acuerdos con las insurgencias.
2. El **Punto 4** es una extensión del **Punto 1**, según los mismos Acuerdos. Esto exige integrar los planes de “sustitución voluntaria” con los programas de “Reforma Rural Integral”, comprendidos los “Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial”, PDET, pero en *regiones y provincias* (según el significado de estas figuras en la Constitución Nacional), en zonas intermunicipales y no limitadas a veredas.
3. Por otra parte, se debe considerar acciones no sólo para la sustitución de cultivos prohibidos, con efectiva “*sustitución de ingresos*”,⁶ sino también para la “*sustitución de usos*” o promoción de usos lícitos y benéficos.
4. El *control social* de sustitución de cultivos, o de sus usos exclusivos lícitos y benéficos, sin duda es más factible y legítimo con formas democráticas de control territorial y poder popular; mediante figuras como Zonas de Reserva Campesina, Resguardos, Consejos Comunitarios, Territorios de paz, Zonas de reserva alimentaria, Guardias indígenas⁷ y otras; con criterios ambientales, de protección de las economías campesinas y de seguridad y soberanía alimentarias.
5. Con base en pactos -a establecer entre estas figuras democráticas de control territorial y el Gobierno-, se deben desarrollar los Programas de *sustitución de cultivos*, con una visión amplia de “*desarrollo alternativo preventivo*”, centrado en el carácter integral de la mejora de las condiciones de vida de la gente; con aplicación del enfoque de “*secuencia adecuada*”,⁸ que debe involucrar a toda la población, tenga o no cultivos prohibidos: el Estado debe cumplir incondicionalmente con sus obligaciones constitucionales y garantizar a las poblaciones sus derechos individuales y colectivos, económicos, sociales y culturales.
6. En un principio, en el momento de la aprobación de la Ley agraria (160 de 1994), las Zonas de Reserva Campesina, ZRC, fueron concebidas, para “fomentar y

⁵ Camilo González Posso, Indepaz, 2017. <http://www.indepaz.org.co/el-complejo-paramilitar-se-transforma/>

⁶ Proceso gradual, voluntario, que toma en cuenta los tiempos de transición y adaptación de las comunidades.

⁷ Darío González Posso, Las Guardias Indígenas, una fuerza moral: <http://www.indepaz.org.co/las-guardias-indigenas-una-fuerza-moral/>

⁸ Darío González Posso, “Desarrollo Rural...”, Indepaz, 2016. <http://www.indepaz.org.co/desarrollo-rural-y-reconversion-productiva-en-la-construccion-de-la-paz/>

estabilizar las economías campesinas”, que es su objeto fundamental; pero también, de hecho, como parte de las estrategias para resolver el problema de los “cultivos ilícitos”. Esta figura durmió hasta que las marchas cocaleras del Sur obligaron al Gobierno a expedir, de mala gana, el decreto reglamentario (1177 de 1996) que posibilitara su puesta en marcha, lo que ocurrió de manera lenta, con las prevenciones y obstáculos conocidos.

Ahora, en el contexto de la implementación articulada de los Puntos 1 y 4, el respeto y garantía efectiva de los derechos y finalidades de ZRC, Resguardos y Consejos Comunitarios, debe ser *conditio sine qua non*, en el desarrollo de programas como el denominado “Programa Nacional Integral de Sustitución PNIS”, los “Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial” y demás componentes de desarrollo rural y de “cultivos de uso ilícito” de los mencionados Acuerdos.

7. Lo anterior debe incluir la garantía efectiva del enfoque étnico, de la *jurisdicción indígena*, de la *consulta previa* y de la *objeción cultural*, de que habla el *Capítulo étnico* de los Acuerdos de La Habana.
8. La articulación de los mencionados puntos debe fomentar la expansión y fortalecimiento de ZRC, Resguardos, Consejos Comunitarios y otras figuras. Se debe garantizar que la delimitación de ZRC también se realice dentro de la frontera agrícola y que no se las confíe, como se ha querido, a zonas de colonización, o de baldíos. Pero incluso sobre los baldíos, se debe privilegiar sobre las ZIDRES⁹ a las economías campesinas y étnicas, para la entrega de tierras.
9. ¿Cómo garantizar que se entreguen los 3 millones de hectáreas nuevas, del “Fondo de tierras” previsto (no simple titulación de posesiones) a los campesinos sin tierra o con poca tierra? Una posibilidad es hacerlo de manera individual, pero de preferencia para la conformación de Zonas de Reserva Campesina nuevas, ampliación de Resguardos, Consejos Comunitarios y otras figuras similares, según sea el caso y la gente decida con autonomía.
10. Para la dotación de tierras con base en el Fondo de 3 millones (Punto 1), así como en los demás casos, que beneficien a economías campesinas y étnicas, se debe garantizar sus condiciones de acceso o de proximidad a los mercados urbanos de alimentos.

Las anteriores son ideas parciales que no pretenden agotar el tema; son consideraciones, justificaciones y propósitos, para el debate social y legislativo.

⁹ La Ley 1776 de 2016 que establece las llamadas Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social, **ZIDRES**, favorece la acumulación de tierras, pretende evadir las restricciones legales a la concentración de baldíos, está orientada a conceder tierras a grandes proyectos agroexportadores. “Al mismo tiempo, minimiza su asignación a favor de los pequeños campesinos carentes de ellas o con muy pequeñas posesiones, para los cuales solamente se prevé su asociación con grandes emprendimientos en condiciones semejantes a la calidad de aparceros”. Incluye el establecimiento de zonas francas agroindustriales en el interior de las Zidres, lo cual “las convierte en territorios autónomos frente a la legislación laboral y fomenta una precarización de las condiciones de trabajo de los asalariados”. Fajardo Darío, UN Periódico, 203, Bogotá, Septiembre de 2016.