

# VICIOS PENALES

## Cultivadores de coca, amapola y marihuana, en la hora de su despenalización

Observatorio colombiano de cultivadores y cultivos declarados ilícitos – Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz INDEPAZ.

Bogotá D. C., julio de 2015

### Contenido

<b>Agradecimientos</b> .....	3
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	3
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
Un retrato a la entrada.....	5
Una oportunidad en el nuevo contexto .....	6
Algunas precisiones prácticas.....	8
- Pequeño productor .....	8
- Cuál es el ámbito de la pequeña producción.....	9
Contexto, problema, enfoque, tesis y objetivos.....	10
- Pioneros en “dosis mínima”, rezagados en trato a productores .....	10
- El problema .....	11
- Enfoques de Derechos Humanos y superación de la marginalidad .....	12
- Tesis básica.....	12
- Objetivos .....	13
Metodología.....	13
<b>1. “LA VOZ DE LA GENTE” - VISITAS Y ENTREVISTAS</b> .....	14
“Carencia de oportunidades para poder llevar el pan a casa” .....	15
Familias a la deriva - “Nadie se hace cargo mientras se paga una pena” .....	16
La situación de las mujeres .....	16
“Falsos positivos judiciales”: Flagrancia y acuerdos de pena anticipada .....	16
Algunos “casos emblemáticos” .....	19
Alternativas: dimensiones legales, económicas, sociales y <i>culturales</i> .....	20
<b>2. LA NORMATIVIDAD LEGAL</b> .....	23
Proyección jurídica actual por parte del Estado .....	23

Derecho penal y pequeños productores .....	24
Código Penal Colombiano .....	25
Adecuación típica actual .....	26
<b>3. LA CRISIS CARCELARIA – ¿UN SISTEMA QUE RESOCIALIZA?</b> .....	26
Advertencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.....	26
Crítica al populismo penal por la Honorable Corte Constitucional .....	27
<b>4. PLAN NACIONAL DE DESARROLLO E INFORMACIÓN RELEVANTE DERIVADA DE DERECHOS DE PETICIÓN</b> .....	28
El Plan de Desarrollo y el Ministerio de Justicia .....	28
Debilidad en sistemas de información y respuestas a los derechos de petición .....	28
Las cifras del Observatorio del delito de la Policía Nacional: Capturas equivalen a más del 1% de la población colombiana .....	29
Algunos datos de los centros carcelarios de esta muestra .....	29
Otros datos del INPEC y otras fuentes.....	31
<b>5. ¿Defensoría para defender, o solo para “cumplir” el procedimiento?</b> .....	31
Sobre la flagrancia .....	33
Aceptando cargos.....	33
Información y defensa técnica precaria .....	34
En los productores: ¿Ausencia de responsabilidad penal?.....	34
La Fuerza como vicio del consentimiento.....	34
El consentimiento.....	35
La coacción .....	35
Efectos de la coacción .....	35
Preguntas subyacentes.....	36
Del Estado Social y Democrático de Derecho .....	36
La causal fuerza por abandono del Estado o por presión del entorno .....	37
Los pueblos indígenas y la justicia propia.....	37
<b>6. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS</b> .....	39
A organismos del Estado .....	39
Propuesta específica de aplicación del “Principio de Oportunidad” .....	40
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES</b> .....	42

## Agradecimientos

A los miembros de poblaciones campesinas, indígenas y afrodescendientes que enfrentan judicialización y sanciones penitenciarias, con quienes conversamos en las instalaciones donde se encuentran reclusos. Por su colaboración para la realización de entrevistas, a la Mesa de Interlocución y Acuerdo Agropecuario MIA, a la Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina ANZORC, a la Diócesis de Tumaco, a la Red de Consejos comunitarios y Asociaciones Campesinas del Pacífico Sur RECOMPAS, a Zabier Hernández de la Agenda de Paz de Nariño y a Sandra Lucía Mesa Hernández de Pastoral Social de Tumaco y de la Agenda de Paz de Nariño, a la Fundación para el Desarrollo del Comité de Integración del Macizo colombiano FUNDECIMA, a la Asociación de Cabildos Indígenas ACIN, al Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC, a Fensuagro Cauca, a la Asociación Campesina del Catatumbo ASCAMCAT; a las Defensorías del Pueblo regionales Cauca y Cúcuta por su tiempo y sus puntos de vista; a las direcciones de los establecimientos carcelarios (de mujeres y San Isidro) en Popayán, de Tumaco y del Complejo Penitenciario de Cúcuta, por facilitar el ingreso y el dialogo con nuestra población de interés; al Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC por compartirnos información de su base de datos, lo mismo que al Observatorio del Delito de la Policía Nacional y a la Dirección de Políticas de Drogas del Ministerio de Justicia; al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia por compartir sus análisis y su enfoque de derechos con nosotros. A todas las personas con quienes pudimos conversar en los recorridos, por sus elaboraciones y aproximaciones a la realidad de los departamentos focalizados en este estudio. A Dora Lucía Troyano en Popayán. A Raúl Pinilla en San José del Guaviare. A Julia Hinze y Cristóbal Castañeda por sus aportes y a Camilo González por su revisión y comentarios. A Kasia Malinowska y Diego García del Programa Global de Drogas de la *Open Society Foundations*.

**Nota de edición:** Los conceptos y conclusiones aquí contenidos no comprometen a las entidades que apoyaron la realización de este estudio; son de absoluta responsabilidad de los autores.

## PRESENTACIÓN

**“Si al comienzo una idea no parece absurda,  
no hay esperanza para ella”**

*Albert Einstein*

En el 2015, la polémica sobre las aspersiones químicas a cultivos de coca, amapola y marihuana ganó fuerza en Colombia. Un informe de la Agencia Internacional de Riesgo de Cáncer de la Organización Mundial de la Salud señaló que el glifosato es probablemente cancerígeno en humanos; poco después el Ministerio de Salud colombiano, en aplicación del *principio de precaución*, pidió al Consejo Nacional de Estupefacientes suspender el

uso de este herbicida sobre tales cultivos de uso ilícito, por ser una actividad a cargo del Estado. El 14 de mayo de 2015, se produjo la esperada decisión del “Consejo Nacional de Estupefacientes” de suspender tales fumigaciones aéreas, anunciando además que no serían *inmediatas*. El Gobierno nacional aclaró que las fumigaciones con “glifosato” seguirán, por lo menos, hasta el mes de octubre del 2015.

Continuaron las fumigaciones aéreas en Putumayo y otras zonas del país y, más recientemente, amenazaron con aplicarlas en la región del Catatumbo. Por ello en columna titulada “incoherencia y fumigaciones” el jurista Rodrigo Uprimny coincide con las comunidades campesinas afectadas, al sostener que “Los costos de la fumigación son además altos no sólo porque se desperdician importantes recursos económicos en una estrategia casi inútil, sino además porque también tiene impactos ambientales y sociales negativos. Las aspersiones suelen realizarse en ecosistemas ricos y frágiles, que se ven entonces contaminados. Y además erosionan la legitimidad institucional en las poblaciones locales, que pierden respeto a un Estado que contamina sus ecosistemas, afecta su salud y destruye sus fuentes de ingresos, sin ofrecerles claramente desarrollos alternativos”<sup>1</sup> (subrayado nuestro).

En Colombia, durante los últimos cuarenta años, en el ámbito de la producción, buena parte de los debates sobre justicia o eficacia de las políticas de drogas ha estado marcada por la controversia alrededor de las fumigaciones aéreas con agrotóxicos en contra de los cultivos de coca, amapola y marihuana. En años recientes ambientalistas, académicos, defensores de derechos humanos y de la soberanía, ONGs, economistas, juristas, salubristas, sectores políticos y autoridades estatales se concentraron en la conveniencia del “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con Glifosato” PECIG que lidera la Policía Antinarcóticos, dejando muchas veces de lado otras dimensiones, como la intensificación del desplazamiento forzado causado con esta estrategia, los daños a la seguridad alimentaria, la pérdida de economías campesinas, la concentración de la tierra en las zonas fumigadas, el fracaso de la sustitución de cultivos en el actual contexto de libre mercado y la aplicación de la ley penal sobre quienes menos ganan en el mercado de drogas, tal como ocurre con campesinos, indígenas y afrodescendientes que cultivan por razones de subsistencia.

Es evidente que la fumigación con sustancias químicas es solo un aspecto de la llamada “política antidroga”, no su totalidad. El *Observatorio colombiano de cultivos y cultivadores declarados ilícitos* con el apoyo del Instituto INDEPAZ y el auspicio de la *Open Society Foundations*, en este Informe acopia y analiza información sobre la situación penal, legal y carcelaria de campesinos, indígenas y afrodescendientes, a partir de los testimonios de ellos mismos. Este documento, con base en una muestra tomada en cuatro regiones del país, Popayán, Tumaco, Cúcuta y San José del Guaviare, constituye una aproximación a una situación que se considera injusta, inútil, costosa y deslegitimadora del Estado. Un propósito básico es llamar la atención de las autoridades colombianas sobre la urgente necesidad de revisar la conveniencia de utilizar el derecho penal contra los labriegos, pequeños productores de coca, amapola y marihuana, tomar acciones inmediatas con enfoque de derechos humanos, superación de la marginación de la ruralidad, diferenciación penal, así como contribuir a superar la dramática situación carcelaria que se vive en Colombia.

---

<sup>1</sup> Recuperado de internet. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/incoherencia-y-fumigaciones-0>

Este informe se concentra en un aspecto de las “políticas de drogas” en Colombia: la aplicación de la ley penal para la aquí definida como “**población de interés**”, 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 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 Estupefacientes y del Código Penal que los tipifica como delincuentes y los condena a penas desproporcionadas.

Se plantea la necesidad de la descriminalización de esta población definida como “de interés” en este Informe; también se cuestiona la llamada “*Guerra contra las drogas*”, cuyo fracaso es ampliamente aceptado en el mundo y del que dan cuenta en el nivel mundial el Informe (2011) de la “Comisión Global de Políticas de Drogas”, y en el nivel nacional el informe de la Comisión Asesora de Políticas de Drogas de Colombia (2015). Se trata de una tarea compleja que no se debe aplazar más. Hay estudios recientes sobre la necesidad de buscar alternativas al encarcelamiento “para los delitos relacionados con drogas”, en términos globales y con mayor énfasis sobre los temas de consumo y “micro tráfico”, y esta es ya una preocupación de algunos gobiernos americanos. Pero el presente informe tiene un interés específico: la situación legal, penal y carcelaria de estos campesinos, indígenas y afros, cultivadores y productores.

Este trabajo tiene como enfoque esencial la defensa de los derechos humanos, que son para nosotros el fundamento ético de la democracia y de la legitimidad del Estado.

**Nota:** Este informe está integrado por otras dos partes (ANEXOS): I. Versiones completas de entrevistas y visitas; II. Reseñas bibliográficas con comentarios; disponibles en la página [www.indepaz.org.co](http://www.indepaz.org.co)

**Pedro José Arenas García - Darío González Posso**  
**INDEPAZ, Bogotá, julio de 2015**

## INTRODUCCIÓN

### Un retrato a la entrada

“Las imágenes de televisión mostraban a 20 hombres con rasgos indígenas en medio de un campo cocalero, ataviados con camisas raídas, yines desteñidos y sucios y botas pantaneras repletas de barro, esposados y con los ojos perdidos en la tierra fangosa. *‘Es uno de los más contundentes golpes propinados por las autoridades a las bandas de narcotraficantes que actúan en el departamento del Putumayo’*, decía el informe noticioso, que señalaba a los detenidos como

integrantes de una banda dedicada al tráfico de estupefacientes en esa región del país.” (GUEVARA Pablo, 2003).

## Una oportunidad en el nuevo contexto

La Organización de Naciones Unidas ONU tendrá en 2016, en la ciudad de Nueva York, una sesión especial de su Asamblea General para revisar “el problema mundial de las drogas”. La Organización de Estados Americanos OEA es el bloque regional que más se ha preparado para ese evento. Por pedido del Gobierno de Colombia, la Secretaría General de ese organismo conformó grupos de expertos que, basados en evidencias, elaboraron reportes que fueron condensados en el documento conocido como “el Informe Insulza” en el cual se reconocen escenarios y alternativas que están siendo adoptadas por los países de este continente, al tiempo que se plantea que no existe una fórmula única sino que cada país debe transitar su propio camino, eso sí, privilegiando a la persona humana (OEA, 2013).

En este contexto, es evidente que dentro de los propios Estados Unidos, así como en otras naciones, desde lo público y lo privado, se vienen produciendo hechos que presionan reformas de las políticas de drogas. Para Cesar Gaviria, expresidente de Colombia y miembro de la Comisión Global, “Estados Unidos comenzó la guerra contra las drogas y la está desmontando”, refiriéndose a los impactos de la despenalización de marihuana para fines médicos en varios estados de ese país y a los referendos a favor de la *cannabis* recreativa en varios de ellos, incluido el Distrito Capital de Washington.

Barack Obama, el 10 de abril de 2015, afirmó desde Jamaica: “*Está el tema de la despenalización y el manejo de los encarcelamientos, que en algunos casos ha devastado comunidades como consecuencia de delitos no violentos relacionados con las drogas. Creo firmemente que el camino que hemos tomado en Estados Unidos en la llamada 'guerra contra las drogas' ha puesto demasiado énfasis en la represión y el encarcelamiento y eso ha sido contraproducente*”.

Y esa preocupación coincide con otras expresadas desde principios de los años 70s que señalan que la aplicación de la ley contra los consumidores de estupefacientes ha conllevado críticas que acusan al sistema penal de enfocarse de forma racista en minorías étnicas y de utilizar el derecho penal con la pretensión de resolver los fenómenos de consumo, micro tráfico y seguridad ciudadana. Esta situación ha motivado la conformación de redes familiares y organizaciones que promueven cambios en la legislación y en el sistema de justicia de ese país.

Por ejemplo, Mary Price, asesora legal principal de la organización *Familias contra las sentencias mínimas obligatorias* describe este fenómeno así: “Hemos creado un sistema de justicia adicto a resolver con la cárcel los problemas sociales y de seguridad pública”. Al igual que en el caso de América Latina, ha habido un marcado incremento del índice de encarcelamiento específicamente para delitos relacionados con drogas, que se decuplicó para estos delitos entre 1980 y 2000, junto con un escalamiento del orden de 162% de las acciones para la aplicación de la ley entre 1980 y 2006. Considerando el panorama general, los delitos relacionados con drogas han sido el factor de mayor influencia sobre los crecientes índices de encarcelamiento, según un reporte de la organización estadounidense Washington Office on Latinoamerican (WOLA, 2015).

En el artículo citado, WOLA comenta que “Numerosos países latinoamericanos están debatiendo reformas a sus leyes sobre drogas. Resulta particularmente significativo que Ecuador haya adoptado una reforma radical de su código penal, la cual reduce dramáticamente las sentencias para infracciones de poca monta relacionadas con drogas. Ello representa un avance significativo en un país donde anteriormente un traficante de drogas de poca monta podía recibir una sentencia mayor que alguien que había cometido un asesinato. La medida entró en vigencia en agosto de 2014 y, dado que los dispositivos del nuevo código penal pueden ser aplicados retroactivamente, se estima que unos 2.000 prisioneros han sido liberados hacia fines de 2014, como resultado de las reducciones de sentencias (lo que ha ocurrido ya en Ecuador, en el caso de madres cabeza de familia y hombres solos). De hecho, a comienzos de noviembre de 2014, más de 1.000 habrían salido en libertad debido al nuevo código penal” (ibídem). Bolivia también está culminando la elaboración de un proyecto de ley de sustancias prohibidas que contendrá elementos de diferenciación penal para separar el tratamiento dado por la ley a los pequeños delitos relacionados con producción de coca, entre otros aspectos.

En el ámbito regional, se encuentra en marcha un debate sobre alternativas al encarcelamiento para infractores no violentos de poca monta por delitos relacionados con drogas. Con el respaldo del gobierno colombiano, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA creó un grupo de trabajo regional sobre *alternativas al encarcelamiento*, el cual formuló recomendaciones para los gobiernos de la región (CICAD 2015), entre las que contempla *Alternativas al tratamiento penal y penitenciario de los pequeños cultivadores de coca, amapola y marihuana*. El gobierno de los EE.UU. participa en este grupo de trabajo. Otros gobiernos regionales han reconocido el poderoso mensaje que proviene desde Washington respecto a que sus propias leyes severas contra las drogas han tenido significativas consecuencias negativas que deben ser abordadas urgentemente, así como la necesidad de revertir el prolongado uso del encarcelamiento masivo como una respuesta al consumo y tráfico de drogas.

Colombia y Uruguay por su parte han sido los países que más han puesto sobre la mesa la necesidad de una agenda de reformas ante la sesión 58 de la Comisión de Estupefacientes (CND) en Viena en 2015. Colombia está abogando para lograr que la “Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Drogas”, UNGASS, aborde los resultados de la lucha contra las drogas y que también hable de reformas, propósito en el que comparte objetivos con México y Guatemala, lo mismo que con algunos europeos que consideran el problema de las drogas como “conexo con las políticas de desarrollo”. Las posturas de Colombia han facilitado mucho el trabajo de las ONGs reformistas que, sin embargo, contemplan una incoherencia entre las posturas de este país en el plano internacional y su política interna, situación que debe ser superada.

En efecto, hay diferencias entre los muy progresistas llamados en la ONU y la realidad que viven las personas relacionadas con delitos de drogas de poca monta en Colombia. Pasar del cambio en el lenguaje de los funcionarios a nuevas políticas domésticas es el desafío del Gobierno nacional. Colombia se enfrenta a los retos que le implicará la aplicación de los acuerdos de paz con las FARC, en desarrollo de los cuales podría acometer determinadas reformas, pero el país también debe motivar cambios internacionales que le brinden un mayor ambiente de favorabilidad a nuevas acciones y leyes más centradas en los derechos humanos. Sin embargo, darse este tiempo de espera significaría que miles de personas seguirían yendo a prisión por delitos de drogas y, lo que es peor, podría hacer inviables los cambios en el evento de que, como muchos sospechan, de la sesión de UNGASS no se desprendan avances importantes.

Actualmente, el gobierno de Colombia ha manifestado interés por emprender cambios que, aunque pequeños en principio, puedan generar un efecto cascada que impulse la construcción de una mejor política en el mediano plazo, al tiempo que presenta hechos concretos antes de UNGASS, tales como: Adopción en el Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos para personas enfermas por abuso de drogas; trámite en el Congreso de una ley de uso médico de la marihuana; suspensión, por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes, CNE, de las fumigaciones con agrotóxicos a cambio de planes de sustitución de cultivos; varias mesas de trabajo en el nivel nacional y en regiones como Putumayo, Cauca y Norte de Santander que incluyen a los productores; proyecciones de diferenciación penal de los cultivadores considerándolos población vulnerable en el mercado de drogas y creación de un programa nacional de sustitución integral de cultivos de uso ilícito a la luz de los acuerdos de la Mesa de La Habana, entre otras iniciativas que además implicarían reformas del Estatuto de Estupefacientes, así como la renuncia total a cualquier sistema de erradicación forzada de cultivos (incluida la exigencia de “erradicación previa”, como prerrequisito para el acceso a planes y programas de “desarrollo alternativo”).

Algunas agencias del gobierno de Colombia estudian la posibilidad de dejar que los cultivadores encarcelados salgan de las cárceles si “admiten su colaboración forzada” con la guerrilla. Sin embargo, esta fórmula podría acarrear riesgos de seguridad para ellos, además no contempla el trasfondo socio-económico que existe en los contextos regionales donde se produce la coca, la amapola y la marihuana.

En este escenario interno, se demanda con urgencia la recopilación de información que dé cuenta de la aplicación de la ley actual sobre indígenas, campesinos, colonos y afrodescendientes, lo mismo que sobre los territorios en donde crecen los cultivos de uso ilícito. La Cumbre Agraria, Étnica y Popular tendrá una mesa de concertación dedicada al estudio de alternativas para los productores, al tiempo que el Ministerio de Justicia está realizando foros sobre la política nacional de drogas, mientras que el proceso preparatorio de la UNGASS también ha permitido que desde las ONGs que lideran iniciativas de reformas, se incluyan la realidad de los productores y sus propuestas. En la mesa de negociación con el gobierno la MIA presentó propuestas para solucionar la situación de centenares de pequeños cultivadores de coca o marihuana privados de la libertad por largo tiempo sin mediar proceso alguno y de otros condenados a penas desproporcionadas en una lógica supuestamente preventiva en zonas de presencia de grupos armados irregulares.

## **Algunas precisiones prácticas**

### **- Pequeño productor**

En Colombia no está reglamentada una extensión que permita dilucidar en qué circunstancias un agricultor de cultivos prohibidos por la ley se considera “pequeño productor”. A diferencia de Bolivia donde se introdujo la figura del “cato” de coca (extensión de 40mts<sup>2</sup>) y se cuenta con reglamentaciones que permiten establecer los casos en que un productor lo hace para su abastecimiento personal, familiar o el mercado local, así como cuando se produce de forma “excedentaria”, en los que el Estado interviene, usando su autoridad legal y fuerza, o en asocio con organizaciones de base de los territorios cultivados a través de mecanismos de “control social”.



Un intento por diferenciar pequeños y grandes productores se encuentra en el Acuerdo de San José, suscrito por los líderes de una marcha cocalera y el Gobierno Nacional en Diciembre de 1994. Campesinos-colonos de los ríos Inírida y Vaupés en el Guaviare, habían marchado en protesta ante el inicio de las fumigaciones aéreas contra sus cultivos de coca y tomado los aeropuertos de Miraflores y San José del Guaviare, lo que motivó que una comisión delegada por el Presidente de turno estableciera una mesa de diálogo con ellos.

En dicha mesa, “se logró el acuerdo” de no fumigar extensiones menores de tres hectáreas (1ha=100 mts<sup>2</sup>) por considerar los cultivos de este tamaño como cultivos de subsistencia, mientras que cultivos de mayor extensión serían estimados como cultivos industriales, los que sí podrían fumigarse en adelante con el beneplácito campesino. Esta definición fue bien recibida en muchos sectores por cuanto los cultivos pequeños no tienen la finalidad del enriquecimiento ilícito, sino de la mera supervivencia, en tanto que los mayores de tres hectáreas se suponía eran propiedad de personas adineradas, extrañas a la región y a la cultura del colono y estaban destinados al enriquecimiento. Sin embargo, dicho acuerdo fue negado por el Gobierno, tres días después de haberse suscrito por las partes, debido a presiones de la Fiscalía y de la Embajada de Estados Unidos en Bogotá.

Luego de esta experiencia, lo más próximo a una definición de pequeño productor se encuentra en los beneficiarios de los programas de sustitución de cultivos en el Putumayo mediante los pactos colectivos, caso en el cual podían ingresar al pacto los que tuviesen extensiones menores, pero en ningún caso los grandes tenedores de extensiones de coca. Otro caso próximo sería el de los beneficiarios del programa *familias guardabosques*. Sin embargo, en todos estos casos, existen dificultades para lograr establecer con certeza hasta qué cantidad sembrada se considera al productor como pequeño.

#### - **Cuál es el ámbito de la pequeña producción**

Para efectos de este estudio, se ha considerado el ámbito de la producción desde el momento del aprestamiento del terreno para el establecimiento del cultivo hasta la producción de pasta base en pequeña cantidad. Esto incluye los trabajos adelantados en vivero (cuando lo hay), la siembra, el mantenimiento, recolección de la cosecha y aprovechamiento de ella. En el caso de la hoja de coca, la actividad de preparación y extracción de la pasta base de coca, en las regiones visitadas, se hace generalmente en la misma parcela y en pequeña escala con mano de obra familiar y de vecinos.

Las personas que intervienen en estas labores –como ya se mencionó en la definición de la “población de interés” de este informe-, son los colonos, campesinos, indígenas y afrodescendientes, los cuales pueden ser tenedores o poseedores de tierra, propietarios titulares o no, arrendatarios de parcelas, medianeros, jornaleros, recolectores (“raspachines”), trabajadores de *cambullón*, personas que trasiegan hoja o materiales para el cultivo y el procesamiento de la hoja, mujeres que laboran en la preparación de alimentos, así como otros integrantes de la comunidad que derivan ingresos provenientes de la economía de estos cultivos, entre los cuales se encuentran transportadores de la comunidad y pequeños comerciantes.

## Contexto, problema, enfoque, tesis y objetivos

En Marzo de 2015 el PNUD, señaló que “La gran mayoría de los cultivadores en países productores (...) cultivan drogas ilícitas por indigencia, básicamente para satisfacer sus necesidades básicas. La aplicación de la prohibición del opio y las intervenciones para erradicar estos cultivos han eliminado la principal fuente de ingresos de miles de familias, hundiéndolas aún más en la pobreza. La evidencia sugiere que la destrucción de las plantas de coca al igual que de cultivos tradicionales ha afectado la seguridad alimentaria, contaminando fuentes de agua, y degradando la tierra, desplazando a la fuerza poblaciones que dependen de la coca así como aquellas que no”. (PNUD, 2015).

Las “operaciones antidrogas, incluso las campañas de erradicación de cultivos, y el conflicto armado conexas a las drogas –afirma el citado documento del PNUD-, alimentan el desplazamiento, ocasionando impactos desproporcionados sobre las comunidades menos desarrolladas, incluso las comunidades indígenas y minorías étnicas. La apropiación y protección de tierras para la siembra de cultivos ilícitos y acceso a rutas de tráfico, conflictos sobre el control y la distribución, y la erradicación forzada de cultivos han sido identificadas como factores clave que alimentan el desplazamiento interno. El desplazamiento exagera la pobreza de los campesinos pobres, llevándolos a continuar cultivando o a empezar a cultivar para buscar su sustento” (ibidem).

En Colombia durante la última década, buena parte de las discusiones en materia de reformas a las políticas de drogas han girado en torno a los derechos de los consumidores o a los daños de las fumigaciones aéreas de cultivos con agrotóxicos, por los impactos causados a la salud humana y al ambiente. Las violaciones a los derechos humanos de las personas y los pueblos han sido objeto de polémicas, especialmente por el abandono de sus tierras por parte de las comunidades campesinas debido al desplazamiento forzado generado por operaciones de reducción de plantaciones y por la violencia que ello ha conllevado.

### - Pioneros en “dosis mínima”, rezagados en trato a productores

Sin embargo, la judicialización y privación de la libertad de cientos de colonos, campesinos, indígenas y afrodescendientes por producir coca, amapola y marihuana han sido fenómenos menos visibles en el debate público sobre las implicaciones de la “*guerra a las drogas*”. La victimización de estos ciudadanos ha sido al menos en dos sentidos: una condena a producir en medio del ostracismo social y el abandono de zonas rurales por parte del Estado; y de otro lado, una condena a la ilegalidad, lo que trae sanción penal y prisión en razón de aquella actividad.

Algunos analistas afirman que más de 300 mil familias colombianas, alrededor de un millón de personas, están vinculadas directamente a la siembra, cosecha y producción de cultivos de coca, amapola y marihuana y derivados intermedios como la “*pasta básica de coca*” (Tocora, 2000). De otra parte, reportes de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -ONUDC- estiman que se trata de unas 65 mil familias dedicadas al cultivo en Colombia. Si se toma el periodo 1995 a 2013 se estima que 400.000 familias rurales han tenido por periodos una relación directa o indirecta con la economía del cultivo de coca, marihuana o amapola y hasta hoy no han tenido alternativas para superar la pobreza. (MEJIA D, 2013)

## - El problema

Alrededor del tema de las llamadas “drogas ilícitas” –sustancias psicoactivas controladas– puede haber muchos “problemas”; pero el que aquí nos ocupa es el uso del derecho penal como herramienta de la política pública contra pobladores rurales que más bien deberían ser atendidos desde la perspectiva social, de derechos humanos y de desarrollo de sus comunidades, lo que deriva en la criminalización, judicialización y encarcelamiento de pequeños productores y cultivadores de coca, marihuana y amapola, y demás personas que conforman la que hemos definido para este informe como “*población de interés*”; con penas que exceden en mucho las fijadas para delitos de extrema gravedad o de alto impacto social.

En Colombia la legislación penal tiene como base el supuesto de que, en la materia que nos ocupa, la salud es el *bien jurídico* protegido. Bien jurídico que estos cultivadores no lesionan; como en estricto sentido tampoco lo vulnera, al menos de manera directa, ninguno otro eslabón del proceso de la producción, fabricación, transporte o tráfico de las “drogas controladas”, objeto de tal legislación. “Otra cosa son, obviamente, los atroces crímenes cometidos por los narcotraficantes para proteger su negocio; pero no son esos delitos de los que estamos hablando” (DeJusticia 2013); lo cual también pone en evidencia la desproporcionalidad de las penas de los delitos de “las drogas” y en especial las aplicadas a los cultivadores y pequeños productores, con un alto costo social por el deterioro de sus derechos humanos (DeJusticia, 2012).

La violencia asociada al tráfico de drogas no es un resultado de las drogas en sí mismas, sino de las políticas prohibicionistas que incentivan la formación de mafias. Producir, fabricar, transportar, traficar una droga “controlada” de carácter psicoactivo no genera un daño concreto, sino un riesgo de daño a la salud de algún consumidor, pero no debe olvidarse que es éste quien decide acceder a tal sustancia de manera voluntaria y en ejercicio de su autonomía; *otra cosa es el suministro a niños, niñas y adolescentes, pues en este caso sí se vulnera su libre desarrollo de la personalidad* (DeJusticia 2013).

La evolución de la legislación penal en Colombia está determinada por el *prohibicionismo*, caracterizado por el uso del derecho penal como herramienta fundamental en la lucha contra todas las fases del mercado de drogas y en algunos casos también contra el *consumo*. En Colombia está permitida la “dosis personal”; sin embargo, ha habido intentos de regresar a la represión y la penalización.

En tal contexto, la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, fundada en la autonomía de las personas y en el “Derecho al libre desarrollo de la personalidad” (Artículo. 16 de la Constitución Política), constituye un logro histórico en Colombia, en relación con la protección de los derechos humanos de los consumidores de drogas controladas, lo cual ha permitido la despenalización del porte de la “dosis mínima”.

Pero la situación de los pequeños productores de las plantas proscritas, y demás personas que hacen parte de lo que hemos definido en este informe como “*población de interés*”, sigue siendo crítica. La versión colombiana de la “guerra a las drogas” es la “*erradicación en la fuente*”. Se trata de una guerra en primer término contra pequeños cultivadores, campesinos, afrodescendientes e indígenas. Como parte de esta guerra, estas poblaciones padecen la aplicación de técnicas de erradicación forzada, manual o aérea a través de la fumigación química de cultivos, lo que conlleva daños directos e indirectos para esas poblaciones, dentro de los cuales las mujeres, los niños y los

jóvenes, entre otros, son sectores muy afectados. A esto es necesario agregar que, de manera relativamente reciente, se ha fortalecido un consenso acerca de los riesgos y daños causados por sustancias químicas utilizadas para la erradicación con aspersión aérea.

“La guerra a las drogas” se ha convertido en un instrumento de violación de Derechos Humanos: detenciones arbitrarias, penas desproporcionadas, entre otros abusos; en cumplimiento de una política de corte penal represivo, que acentúa su aplicación en los grupos más pobres y vulnerables. También hacen parte de los productos de esta guerra la pérdida de seguridad alimentaria y el desplazamiento forzado (reconocido por la Corte Constitucional en sentencia por acción popular de los campesinos del Área de Manejo Especial La Macarena en 2005), así como la violación de la *consulta previa* en resguardos indígenas y territorios ancestrales de comunidades negras.

#### - **Enfoques de Derechos Humanos y superación de la marginalidad**

Como se desprende de todo lo antes dicho, abordar *el problema* definido en este informe, exige una opción animada en los enfoques de Derechos Humanos, de “*Estado Social de Derecho*” y superación de la marginación de la ruralidad. Destacamos a continuación cuatro proposiciones básicas aportadas por las comunidades y actores entrevistados y por entidades como el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad *Dejusticia* y la Mesa de Interlocución y Acuerdo Agropecuario MIA:

- Los deberes del Estado en Derechos Humanos prevalecen sobre las obligaciones internacionales en “drogas”.
- Frente a los Derechos Humanos, las obligaciones del Estado no pueden limitarse a reconocerlos y respetarlos, sino que también debe *garantizarlos* de manera efectiva; incluso mediante políticas públicas, programas y recursos, cuando sea del caso.
- En este caso, el enfoque de Derechos Humanos significa que el pequeño productor de coca, marihuana y amapola, así como el usuario de “drogas” no pueden ser considerados como “delincuentes”, ni como “enfermos”, sino como personas titulares de derechos que deben ser respetados.
- El enfoque de superación de la marginación de la ruralidad implica que los productores tienen derecho a que las comunidades donde trabajan, en un ámbito de economía campesina de subsistencia, sean objeto de inversiones sociales del Estado bajo la aplicación de la secuencia correcta de los principios rectores del desarrollo alternativo; así, la contención del fenómeno social de dicha producción es una consecuencia de tales esfuerzos del Estado, al tiempo que incluye a esas familias en mecanismos concertados para lograrlo.

#### - **Tesis básica**

Han surgido nuevas circunstancias para promover alternativas sociales, económicas y jurídicas, que superen los enfoques prohibicionistas de “*la guerra a las drogas*”, también en el ámbito de la producción y no solo del consumo. Alternativas que hagan énfasis en la despenalización y desjudicialización de los pequeños productores de cultivos declarados ilícitos y demás actores incluidos en la “población de interés” del presente estudio; y en la garantía efectiva de sus Derechos Humanos. En beneficio de esta tesis, es posible destacar que en el país, en el continente y en el mundo, empieza a tomar fuerza una

tendencia favorable a modificar la ley para los “eslabones” vulnerables de la “cadena” de drogas.

## - **Objetivos**

El presente informe expone un panorama de la situación legal y carcelaria de la población identificada como de *interés* en este trabajo y entrega recomendaciones a entidades oficiales, concernidas de manera directa en este tema, así como a organizaciones sociales, para las cuales se ofrece como un insumo que contribuya a sus acciones y reclamos legítimos.

## **Metodología**

La metodología de este trabajo incluye, en primer término, la identificación de la “población de interés”, antes mencionada. En relación con los “alcances”, se refiere a su criminalización y a su situación carcelaria fundamentalmente, aunque haga alusiones a otros aspectos del contexto socioeconómico.

Para cumplir su propósito se hizo la selección de una muestra representativa para un “trabajo de campo”, que incluyó visitas a centros carcelarios y entrevistas a internos pertenecientes a la población identificada como de interés, funcionarios de dichos centros y de entidades que intervienen en el proceso penal, como la Defensoría del Pueblo, Personerías, Fiscalía, entre otras; así como a expertos regionales o líderes de organizaciones sociales de los territorios.

Se busca transmitir “la voz de la gente”, así como el relato de la observación de unos hechos, que a partir de tales “voces” permitan un análisis y una generalización derivada de la “muestra representativa” definida. Será necesario, sin embargo, que el Ministerio de Justicia ordene una revisión de expedientes en el nivel nacional para establecer los correctivos a que haya lugar en el procedimiento penal, así como generar cambios normativos orientados a la diferenciación penal, aplicando principios de oportunidad, proporcionalidad y gradualidad, entre otros, para esta población.

Los resultados y hallazgos de este trabajo de campo son su aporte fundamental a la discusión del problema planteado. Se trata de una situación que ha merecido poca atención de las entidades oficiales y que, como se desprende de la mayoría de los relatos o entrevistas, muestra un panorama oscuro en nuestro país, cuando el término “falsos positivos” (muertes de personas inocentes que se hacen pasar por insurgentes “dados de baja en combates”), no se reduce a la designación de hechos que implican la violación del derecho a la vida, sino también de otros, que como estos que aquí se mencionan, vulneran otro bien inapreciable que es el ejercicio de la libertad, como se describe más adelante, por ejemplo en lo que algunos entrevistados describieron como “*falsos positivos judiciales*”. A esto se agrega lo que Dejusticia ha denominado una “adicción punitiva” y “penas alucinantes”, que afectan a aquellos que son más pobres y más vulnerables (véase reseñas bibliográficas en los Anexos de este Informe, en la página [www.indepaz.org.co](http://www.indepaz.org.co)).

En relación con el diseño representativo de la muestra, se adoptaron varios criterios: 1) Regiones de frontera agrícola o nacional; 2) Zonas con mayor extensión de cultivos de

uso ilícito; 3) Presencia de indígenas, campesinos y afrodescendientes; 4) Número significativo de población carcelaria; 5) Problemática social y rural histórica; 6) Organizaciones sociales en los territorios. En consecuencia, las visitas y entrevistas – trabajo de campo-, fueron realizadas en: Popayán, Tumaco, Cúcuta y San José del Guaviare. También se obtuvo información sobre la cárcel de Mocoa en Putumayo (637 internos y 183 por delitos de Ley30) pero no se visitó el lugar.

La metodología de este trabajo también comprendió la consulta, reseña y comentario de fuentes secundarias disponibles, así como el análisis de información derivada de un conjunto de Derechos de Petición a entidades oficiales. (Véase ANEXOS en la página [www.indepaz.org.co](http://www.indepaz.org.co))

## **1. “LA VOZ DE LA GENTE” - VISITAS Y ENTREVISTAS**

Las fuentes secundarias consultadas, así como las respuestas a los derechos de petición enviados a organismos oficiales, no aportan de manera satisfactoria la información solicitada para el análisis de la situación económica, social y carcelaria de la población aquí definida como “de interés”. El estudio citado de DeJusticia, “Penas alucinantes” (2013), ofrece un análisis de penas desproporcionadas para esta población (véase anexos), por conductas en muchos casos calificadas por el legislador como de una gravedad mucho mayor a la tortura o el desplazamiento forzado, o los actos sexuales violentos, que vulneran bienes jurídicos muy importantes como la libertad o la integridad personal y sexual, y generan daños concretos y de gran magnitud.

Los medios de comunicación, por su parte, aportan información reiterada sobre la crisis carcelaria y las condiciones inhumanas y de hacinamiento en las cárceles colombianas -en las cuales están inmersos también estos campesinos, indígenas y afros-, condiciones que son violatorias de los derechos humanos. Tal es la gravedad de esta situación que, según tituló EL TIEMPO (20 de abril de 2015), se produjo un “Ultimátum” de la Corte Constitucional al Gobierno por la crisis carcelaria. Este tribunal puso plazos perentorios para garantizar los derechos fundamentales de los presos, reiterando el estado de cosas inconstitucional en los penales, el cual había sido determinado en la Sentencia T388 de 2013. En el caso de los indígenas y comunidades negras ha señalado la primacía de la atención diferencial en razón de su cultura y costumbres, dado que muchas personas de estos pueblos son sancionadas por su comunidad pero pagan la condena en establecimientos ordinarios.

De acuerdo con cifras de la Defensoría del Pueblo y del INPEC, publicadas en la edición antes citada de EL TIEMPO, “el hacinamiento en las cárceles colombianas es de 53%. Los 138 centros de reclusión del país tienen capacidad para 76.553 presos. Hay 117.018 (en la actualidad), es decir que la cifra de hacinados es de 40.465”.

Con el fin de conocer directamente las condiciones particulares de estos campesinos, indígenas o afrodescendientes, en el marco de este estudio, realizamos entrevistas a funcionarios y visitas a varios centros carcelarios, que pudieran servir como aproximación a este tema. Enseguida se presentan aquí aspectos relevantes y en los anexos se pueden ver las relatorías completas.

## **“Carencia de oportunidades para poder llevar el pan a casa”**

La crisis del sector agrario, que golpea en especial a las economías campesinas y populares –expresaron muchos de los entrevistados, tanto expertos, como internos en centros carcelarios-, junto con las condiciones económicas de sobrevivencia, obligan a campesinos, indígenas o afros, a vincularse a cultivos de uso ilícito, a la producción y, en algunos casos, al transporte de la pasta base de cocaína, el látex de amapola, o marihuana. Varios de los internos entrevistados aseguraron que “terminamos involucrados en esta actividad ante la carencia de oportunidades lícitas para poder llevar el pan a casa”.

Dijeron también que “la mayoría somos jóvenes, hombres y mujeres, que hemos sido utilizados por los capos de la distribución en el país, bien sea como *jíbaros* o como *mulas*, para transportar la base de coca hacia los centros de acopio, sin que tengamos alguna otra certeza o detalle sobre este negocio”.

La descripción de la Pastoral Social de la Diócesis de Tumaco es elocuente sobre una situación económica y social que se manifiesta de manera similar en varias regiones del país, bajo formas particulares, pero con el común denominador de una crisis que golpea en especial a las economías familiares.

De acuerdo con informaciones de técnicos y de agricultores entrevistados en Tumaco, como alternativa a la siembra de la coca, muchos pequeños campesinos asumieron programas gubernamentales de fomento de cultivos alternativos, sobre todo de cacao. Un ejemplo de esta situación fue lo realizado en el sector de las Varas, en donde fueron sustituidos los cultivos de coca por completo en el lapso del 2008 al 2011 (cuando apenas quedaban 37 hectáreas sembradas), con base en un programa de la Gobernación de Nariño, bajo el lema “*¡Sí se puede!*”.

La producción de cacao se incrementó en la costa nariñense. Infortunadamente ese tipo de programas no tuvo continuidad posterior y, como menciona la Diócesis, careció de garantías para el precio de compra y el precio bajó de \$5.080 por kilo en el 2010 a sólo \$3.100 en agosto de 2012. Según testimonios de campesinos, también el coco y el cacao sufrieron los efectos de las fumigaciones a los cultivos de uso ilícito.

Por otra parte, el cultivo tradicional de la palma de coco, dice la Diócesis, ha sido afectado por la internacionalización de la economía con los tratados de libre comercio (TLC) que “causó una sobreoferta de coco en el mercado nacional debido a la importación del producto de otros países a precios más bajos”. Los pueblos de estas regiones, por sus condiciones históricas de marginalidad, exclusión y discriminación, no encuentran condiciones, ni garantías para la solución de sus graves problemas sociales y económicos.

En Cúcuta, William González Defensor Regional del Pueblo, resumió así esta situación: “En este departamento se trata de un problema social, no de narcotráfico. Carecen de oportunidades las gentes del campo. Faltan vías de acceso a las veredas, los costos del transporte de los productos son elevados, lo mismo los de los insumos agrícolas”. Expuso el caso del cacao, que aporta ingresos bajos al productor, además de la demora en el ciclo de la cosecha. En el caso de la coca –explicó-, ésta es comprada en la misma finca (un kilo de pasta básica allí se paga en 1 millón de pesos, mientras por el cacao el agricultor obtiene 10 mil pesos) y el Estado no llega. Se dan casos de adolescentes, en

las zonas de cultivos, que dejan la escuela por temporadas para ir a trabajar en la *raspa*. En la zona de Tibú el transporte de semillas e insumos ha ocasionado capturas. En Octubre de 2013 hubo una protesta social muy grande en esa región del departamento. La defensoría del Pueblo acompañó en materia de derechos humanos pero en las instancias de negociación posteriores no lo hizo. Según la asociación campesina, más de la mitad de los acuerdos con el gobierno, pactados en ocasión de esa protesta, no se han cumplido, concluyó.

### **Familias a la deriva - “Nadie se hace cargo mientras se paga una pena”**

Coincidieron los internos entrevistados en que “la cárcel no resocializa”, sino que, por el contrario, puede llevar a la degradación de las personas. Plantearon con especial énfasis el daño que se produce en las familias, en sus medios para subsistir, en la educación de los hijos. Ilustraron los daños psicológicos que produce el encarcelamiento de sus progenitores, sometidos a penas injustas y a un régimen carcelario que atenta contra la dignidad humana.

Los reclusos se refirieron también a los daños a la base alimentaria familiar que produce la criminalización y encarcelamiento de los pequeños productores. La mayor preocupación expresada por ellos tiene que ver con el estado de abandono de sus hijos, pues “nadie se hace cargo de aquellos que se dejan a la deriva mientras se paga una pena”, dijo un interno en Popayán.

### **La situación de las mujeres**

Las mujeres permanecen privadas de la libertad en compañía de sus hijos, cuando no tienen el beneficio de la “casa por cárcel”. Como pudimos conocer en Popayán, en entrevista con la Directora del centro carcelario para las mujeres, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF ha establecido en ese centro, una especie de “jardín infantil”, para los niños y niñas menores, hijos de estas mujeres, lo que se supone constituye un paliativo de su situación, que de todas maneras conlleva un fuerte impacto psicológico.

Varios entrevistados -como el coordinador de la Mesa de Víctimas de la “Red de Consejos comunitarios y Asociaciones campesinas del Pacífico Sur”, RECOMPAS, destacaron el problema de las mujeres que son procesadas, al igual que los hombres que jornallean como “*raspachines*”, incluso cuando estas son enganchadas exclusivamente para la preparación de los alimentos de los jornaleros. “Cuando el Ejército las encuentra en los campos de cultivo siempre se las lleva”, dijo.

### **“Falsos positivos judiciales”: Flagrancia y acuerdos de pena anticipada**

Quizás este es el hallazgo más reiterado en nuestro trabajo de campo y el que por su gravedad y frecuencia debería hacer parte de la mayor atención. Todos los entrevistados en centros carcelarios se refirieron al tema de “la aceptación anticipada de la pena”, como recurso para evitar penas más altas, aplicadas por lo que uno de los internos de la cárcel San Isidro de Popayán definió como “jueces carceleros”.

En todos los casos, estos internos por delitos relacionados con el ámbito de la producción, están convencidos de que fueron engañados –según dijeron en Tumaco-, mediante



argucias jurídicas como la “aceptación anticipada de penas por la amenaza de otras mayores”.

Estas personas reconocen que, muchas veces por ignorancia y otras por el afán de comenzar a pagar de inmediato por el error cometido, cedieron ante las presiones de las autoridades, bien sea a través de miembros de la fiscalía, la policía, la defensa o hasta de los mismos jueces y terminaron firmando el reconocimiento de unas penas, de las cuales muchos no tienen siquiera una percepción de su magnitud.

“Mire, lo que han hecho con nosotros tiene nombre: se trata de una forma de *Falsos Positivos Judiciales* en la que aparecen involucrados tanto los miembros de la Policía, como los de la fiscalía, el CTI y también los señores jueces, que con el argumento de que se deben descongestionar los juzgados terminan mandándonos a las cárceles a nosotros, que poco o nada tenemos que ver con el asunto del narcotráfico, mientras que los jefes del delito siguen tranquilos allá afuera”, sostuvo “Milton”, un recluso de Tumaco que alcanzó a trabajar como profesor temporal en una escuela antes de tener que meterse a llevar base de coca “hasta el puerto”, para obtener recursos para el sustento de sus tres hijas.

Versiones similares o aproximadas a estas – relacionadas con la presión por la pena anticipada-, escuchamos en todos los centros carcelarios visitados. Preocupa que en los acuerdos de pena anticipada influyan muchas veces los abogados de la “Defensoría Pública”, según todos los testimonios que conocimos.

Los reclusos por asuntos de producción de cultivos, tráfico de pasta base o de insumos, narran que la presión para que el reconocimiento del delito se haga de inmediato y se logre el supuesto beneficio de la pena anticipada, comienza desde el mismo instante en que se produce la captura. “Los policías y los miembros del CTI nos aseguran que si reconocemos la falta de inmediato, el juez nos dará la casa por cárcel y que solo pagaremos 2 o 3 años como máximo, porque de lo contrario, nos podrían encerrar durante 15 años o más”, asegura “Milton”, preso en la cárcel de Tumaco.

En otras versiones se insiste en que también los jueces participan en este juego de presión que busca una solución fácil para este tipo de casos, sin que se ahonde en asuntos como el perfil de las personas a quienes se está llevando tras las rejas, el contexto territorial donde se produjo la captura, la legalidad de la misma, los soportes probatorios y la pericia en la práctica de las pruebas, las garantías procesales y demás medios que deben operar en el procedimiento penal.

“El personal de guardia en cárceles como las que hay en Nariño sabe que los internos por delitos relacionados con narcotráfico o cultivos ilícitos no son grandes delincuentes, sino más bien chivos expiatorios de los llamados capos o jefes del negocio que gozan siempre de libertad, así muchas veces se sepa en donde están”, sostuvo un dragoneante del INPEC que aceptó, con muchos temores y precauciones, dar una declaración sobre este asunto.

Como parte de las conclusiones del taller realizado con reclusos en Tumaco, se encontró que los “*Falsos Positivos Judiciales*” hasta ahora empiezan a visibilizarse, pues siempre habían permanecido ocultos detrás de otros asuntos, de pronto más dramáticos, del narcotráfico o de la situación carcelaria en Colombia. Véase en anexo la relatoría completa de este taller.

De acuerdo con la Dra. Eliana Paola Zafra, abogada de la Asociación Campesina del Catatumbo, ASCAMCAT, la fuerza pública busca mostrar “resultados” de capturas, lo que es asumido como su obligación, por lo que aumenta el número de hectáreas erradicadas y las detenciones. Existen quejas de detenciones basadas en “montajes judiciales” y abusos de la autoridad en zonas rurales; se “salta” la investigación o no se hace apegada a derecho, sino soportada en *flagrancia* y en testimonios de otros integrantes de la fuerza pública. Es decir, que en el caso de los campesinos no actúa la Fiscalía previamente.

En el paro campesino del Catatumbo de 2013 –informó igualmente la abogada Zafra-, hubo 4 manifestantes muertos, 130 heridos (que incluyen mutilados) y 5 capturados que se encuentran presos en la cárcel de Cúcuta. Luego del paro se conformó una mesa de diálogo entre el Gobierno Nacional y los campesinos con mediación de Ernesto Samper expresidente de Colombia. En esta Mesa el gobierno reconoció que los campesinos objeto de erradicación “violenta” fueran considerados víctimas y está pendiente que sean reparados mediante indemnización.

La política criminal –también dijo la abogada Zafra-, no ha funcionado hasta ahora, ha causado víctimas y desarraigo familiar. Se ha reconocido que el campesino no es generador de violencia y que existen condiciones sociales que obligan a incurrir en estas actividades de producción. Actualmente hay un vacío legal sobre quién es narcotraficante, pero en cualquier caso los campesinos no lo son, puesto que los empresarios del mercado de las drogas, buscan el enriquecimiento personal a través de las etapas del mercado en las que se maximizan los beneficios y disminuyen los riesgos. Pero al tiempo las cárceles están llenas de personas que no tienen que estar en esa condición. El Ejército en la zona del Catatumbo está cumpliendo tareas de policía judicial al realizar aprehensiones y capturas.

En entrevista con el Coordinador de Fiscalías en Tumaco, Dr. Franco Rojas, este destacó el problema de la “congestión del sistema de justicia” y de las cárceles, causado por el “sistema penal acusatorio” vigente, la “inversión de la carga de la prueba” y la existencia de penas en muchos casos excesivas.

William González (Defensoría del Pueblo de Cúcuta) sostuvo que en la ciudad el fenómeno del *micro tráfico* está en aumento, pero eso está llevando a un desgaste del sistema judicial. Otro entrevistado que pidió reserva de su nombre dijo que en múltiples ocasiones la policía los “carga” (les coloca la droga), para justificar su privación de la libertad, lo que conformaría otra modalidad de “Falsos positivos judiciales”.

Pero parece que aquí no se agota la amplia gama de “positivos” judiciales. La *flagrancia* - dice el abogado Yefrei Torrado, de Cúcuta-, es la modalidad en la que casi siempre se presentan las capturas. Pero estas no son fruto de una investigación ordenada por una autoridad judicial, sino que se dan en medio de operaciones de las fuerzas militares. Son miembros del Ejército y no de la policía quienes capturan a personas que ingenuamente terminan permitiendo la recolección de pruebas (caso fotos) que los incriminan o allanándose a cargos (aceptación) porque así se lo “recomienda el abogado de oficio o defensor público, con el pretexto de conseguir unos supuestos beneficios a través de los preacuerdos con el juez”.

## Algunos “casos emblemáticos”

En la Cárcel de San José del Guaviare, entrevistamos a Ramón Antonio Contreras a quien cariñosamente le dicen “Cúcuta” y a Octavio Marín Méndez a quien apodan “Tierrita”, el primero en efecto de Norte de Santander y el segundo del Tolima. Los dos fueron capturados por el Ejército Nacional en un operativo que se realizó el 17 de Mayo de 2014 en la caño Bacatí, una zona al sur de Miraflores, en los linderos de Guaviare con Vaupés. “Cúcuta” era el encargado de cuidar una bodega (tienda de víveres y abarrotes) y “Tierrita” ejercía de vendedor ambulante en esa zona. Ellos fueron capturados “en flagrancia”. Según cuentan, cuando se encontraban en la bodega, llegó el Ejército y en el sitio fueron hallados 3.400 gramos de pasta base de coca, ante lo que ellos alegaron que dicha “mercancía” no era de su propiedad. El sitio de la captura está inmerso en la “sospecha” o el señalamiento de “zona roja” o de “orden público” según versión de las autoridades.

Estas personas estaban a la espera de que se les definiera su situación jurídica. La Defensoría Pública les tiene un abogado de oficio; sin embargo, ellos manifiestan que varias veces fueron “aconsejados” para allanarse a cargos, mientras que la Fiscalía lleva el caso en medio de demoras que pueden dar paso al vencimiento de términos o a que pase el tiempo sin que justificadamente se les prolongue la detención. Al igual que en los centros carcelarios del INPEC, en esta cárcel municipal la dirección informa que cerca del 30% de los casos de privación de la libertad lo son por delitos asociados a drogas, muchos de ellos por transporte de pasta en zona rural o por transporte de insumos entre veredas.

También conocimos dos casos “emblemáticos” en el Cauca. El FUNDECIMA puso en conocimiento el caso de una mujer de Almaguer capturada en un bus en el sitio Párraga cuando transportaba adheridos a su cuerpo unos kilos de pasta base. La mujer llevaba a sus dos hijos con ella, uno lactante y otro de dos años y medio. Luego de la captura el ICBF tomó la custodia de los niños y ella está presa en la cárcel de El Bordo para pagar ¡más de 20 años de condena!

Así mismo el caso –referido por la Directora del Centro de Reclusión de Mujeres de Popayán-, de una anciana de 84 años condenada a una pena alta, por haber sido encontrada por las autoridades en un predio rural con cultivos de coca. Al parecer en el marco de un operativo de erradicación, todos los presentes huyeron del lugar y la señora no pudo hacerlo por su avanzada edad. En el documento de propiedad del predio figuraba el nombre de ella por lo que fue condenada por el delito de *uso de inmueble* para producción de ilícitos. En la cárcel la señora sufre problemas graves de salud y dificultades para la movilidad, al punto que el personal de guardia es el que vela por suministrarle los alimentos y ayudarla a que haga sus necesidades fisiológicas dado que ella ya no puede valerse por sí misma. A todas luces no merece estar en un centro carcelario, sino atendida en un centro de salud para el adulto mayor, como correspondería a la garantía de sus derechos humanos, en un Estado que se postula como “Estado social de derecho”.

Según relato del abogado Yefrei Torrado, de Cúcuta, el paro campesino de 2013 se originó por la erradicación forzada en zona rural de Tibú, a la que se opusieron las comunidades. A los presos del paro “les hicieron montajes judiciales” por “porte de explosivos” y “violencia contra servidores públicos”. Uno de estos casos es el de Helivaneth Uribe Pérez quien fue judicializado en medio del paro; otro el de José del

Carmen Maldonado cuidandero de un predio en zona rural de Tibú, quien fue condenado a 4 años de prisión porque allí había más de 2.000 plantas de coca. Este punto llama la atención sobre las consecuencias de protestar contra las erradicaciones forzadas inconsultas, puesto que a los manifestantes se les brinda tratamiento de orden público y se les aplica además la ley de seguridad ciudadana, a lo cual en muchos casos se agrega el concierto para delinquir, la asonada y el terrorismo.

### **Alternativas: dimensiones legales, económicas, sociales y culturales**

El abogado Torrado –en la entrevista realizada-, refirió que la Asociación Campesina del Catatumbo, ASCAMCAT, desde inicios de 2014, ha pedido al Grupo de “*Principio de oportunidad*” de la Fiscalía General, que se aplique este principio a los cultivadores judicializados, acogándose a la *causal 14* contemplada al respecto en el Código, alegando para ello que se trata de personas provenientes de una región que registra “abandono social de parte del Estado”, “falta de una economía formal en la que puedan desenvolverse los campesinos” y además “donde no ha habido programas de desarrollo alternativo”. En este sentido la Fiscalía les ha respondido que tendrían que hacer una Directiva específica que anime o les permita a los Fiscales aplicar este principio, mediante el cual se renuncia o se suspende la persecución penal.

La Defensoría Pública –dijo-, debería contar con más abogados, con mejor formación (estudios de especialización, experiencia y vocación de servicio); con empleo de carrera, mejores salarios y más medios (por ejemplo, grupos de investigación técnica de la Defensoría del Pueblo).

En cuanto a la ley -expresó igualmente el abogado Torrado-, se deberían analizar las excepciones de los subrogados penales que se aprobaron en la última ley de descongestión penal expedida en febrero de 2014. Dichas excepciones dejaron por fuera a las personas que estén procesadas por delitos de estupefacientes. Igualmente, en una nueva Ley se debería aumentar la pena mínima para dictar medida de aseguramiento, así como determinar que cuando alguien haya pagado las dos terceras partes de la pena pueda terminar de pagar en su domicilio o salir en libertad provisional. Hay que tener en cuenta además que muchas personas procesadas por estos delitos de producción, conservación de plantaciones ilícitas, son campesinos de bajo nivel educativo que muchas veces no saben cómo opera la ley, no le prestan atención al funcionamiento del sistema y por ello no acuden por ignorancia a solicitar la libertad oportunamente.

La Dra. Eliana Paola Zafra, abogada de ASCAMCAT, sintetizó así las propuestas de esta organización campesina:

- Crear Zonas de Reserva Campesina (Ley 160 de 1994, vigente: Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural).
- Sustituir *usos* de la hoja de coca.
- Incluir socialmente a los campesinos productores, teniendo en cuenta la experiencia de Bolivia.
- Adelantar una política integral a favor de los pequeños productores.
- Atender la crisis humanitaria, la desnutrición infantil y la pobreza de la región.

En la Gabarra se hizo un Encuentro de cocaleros que ordenó un *mandato cocalero*, con la presencia de 5.000 campesinos aproximadamente y a principios de Julio de 2015, se

realizó una *Constituyente sobre coca, amapola y marihuana* en Mocoa Putumayo. Para la caracterización de quién es “pequeño productor”, se debe tomar en cuenta –dijo-, aquellos casos en los que el cultivo y la producción se destina a la economía familiar, la economía campesina, la subsistencia del hogar y cuando se hace en pequeña escala. En la categorización de productores de esta región estarían los que siembran, los recolectores, los jornaleros, los vecinos de los cultivos, las señoras que manipulan alimentos, los trabajadores de *cambullón*.

Por último –expresó la abogada Zafra-, es necesario revisar la operación legal y expedir nuevas directrices y normas, que comprendan un tratamiento más justo para los pequeños productores. Esto debe incluir a los jueces de ejecución de penas, a los jueces de garantías, lo mismo que a los fiscales. En el procedimiento hay que evitar las dilaciones en las decisiones y revisar la implicación del procesado en la carga de la prueba, ya que ésta debe estar a cargo de la Fiscalía y no del afectado por la detención.

En entrevista en Popayán, con Cesar William Díaz, dela Fundación para el Desarrollo del Comité de Integración del Macizo colombiano *Fundecima* insistió en la diversificación de la economía campesina, mediante proyectos de Economía Propia con seguridad alimentaria.

Muchas han sido en el Cauca las movilizaciones y protestas sociales que han conducido a acuerdos con el gobierno que este siempre ha incumplido. No obstante, señaló Cesar William, las comunidades rurales del Cauca persisten en la lucha y en la recuperación de la Economía Propia como alternativa a los cultivos de uso ilícito.

Un asunto esencial, como indica un documento del Comité de Integración del Macizo colombiano (CIMA, 2012), es el acceso a la tenencia y propiedad de la tierra, base de la equidad social y de la soberanía alimentaria. La situación de la tenencia de la tierra es crítica para la mayoría de la población campesina del departamento.

De acuerdo con las experiencias propias de las comunidades, en la construcción de Planes de Vida, en Asambleas Permanentes y en la Movilización Comunitaria, han sido planteadas en el Cauca iniciativas y propuestas en tres niveles:

- En primer lugar, la Recuperación y Promoción de los usos culturales, alimenticios y medicinales de la coca incluso con inversión pública en la transformación lícita (alimenticia, farmacéutica, cosmética, etc.);
- En segundo lugar, la diversificación de los cultivos de coca con cultivos de pancoger y de renta asociados a la soberanía alimentaria;
- Y por último, la sustitución gradual y concertada con garantías de ingresos y desarrollo agropecuario.

Cesar William Díaz manifestó que ellos han recopilado datos de familias afectadas por los distintos programas de erradicación violenta (el abogado Germán Ospina lleva poder de aproximadamente 35.000 familias del Cauca que demandan al Estado por daños y perjuicios causados por la fumigación) y que están asumiendo casos emblemáticos de personas que han sido judicializadas, para atenderlos por medio de sus abogados. También están a la espera de que la Cumbre Agraria aborde este tema con el gobierno nacional para poner sobre la mesa la urgente necesidad de aplicar el principio de

“renuncia de la persecución penal”, por parte de la Fiscalía, de casos que no tengan concurso con otros delitos, como vínculo con redes de narcos o de porte de armas.

El Dr. Germán Pabón de la Universidad del Cauca reiteró que “nada produce más que la hoja de coca” y advirtió sobre la necesidad de no plantear alternativas que desborden los marcos legales vigentes. Además, expresó que se debería incluir en la ley el concepto de las *finalidades*, sobre cantidad, demostración y evidencias. En la utilización de la hoja de coca para fines benéficos, que se establezca que el derivado no produce dependencia y hacer estudios sobre las propiedades de los productos. Así mismo, sugirió reformar la normatividad legal para sacar lo relacionado con drogas del Título de “salud pública”; dosificación de penas y diferenciación penal (con base en las motivaciones y el constreñimiento de la voluntad); así mismo, establecer alternativas al encarcelamiento.

En cuanto a “alternativas” con énfasis en la *dimensión cultural*, el Coordinador de la Mesa de Víctimas de la “Red de Consejos comunitarios y Asociaciones campesinas del Pacífico Sur”, RECOMPAS, afirmó que en la costa nariñense en especial son viables los cultivos de coco y de cacao, con base en la tradición cultural de “*los viejos de antes*”, quienes desarrollaban estos cultivos junto a los del “*pancoger*”. Coincidió en esto con lo planteado por técnicos agrícolas que igualmente insistieron en los factores de orden cultural y de las costumbres tradicionales, “que hoy los jóvenes han perdido, con el espejismo del dinero fácil”.

A juicio del Defensor del Pueblo de Cúcuta, falta una buena política criminal y mucho esfuerzo por la educación en sectores menos favorecidos. En Colombia se ha creído que todo se resuelve con aumento de penas, según las coyunturas y las presiones de los medios de comunicación. Además, la tendencia es a castigar a los más “pequeños”. En el Complejo Carcelario Metropolitano de Cúcuta el número de internos es más del doble de su capacidad. Es necesaria una política que prevea *alternativas al encarcelamiento*. Concluyó el Defensor, también se requieren inversiones sociales, programas de reubicación para las familias que están en parques naturales; como ocurre, por ejemplo, en el municipio de Toledo.

Hernán Toro (funcionario de la Personería de Cúcuta) sostuvo, que se debe invertir en *asociatividad*, en el tejido social, en desarrollo rural, en el ser humano, en el cambio de actitudes, no solo en sustitución de cultivos. Hasta ahora a los proyectos de sustitución no se les ha destinado recursos para la parte organizativa, para la administración, menos aún para construcción de ciudadanía. Actualmente, se está presentando un problema con la negociación de los presupuestos que se destinan desde Bogotá a una región por parte de firmas privadas y de intereses de políticos locales que solo se preocupan por obras de cemento pero no por aquellos proyectos que fomentan la iniciativa ciudadana o fortalecen el tejido social de una comunidad.

Afirmó el Dr. Toro que hay que recuperar el cooperativismo, las juntas comunales y hacer un alistamiento institucional y comunitario para el *post acuerdo* que puede venir con la Mesa de La Habana, lo cual es urgente porque en los territorios donde se cultiva la coca, no hay nada a este respecto hasta ahora; lo jóvenes se están yendo a las ciudades y los viejos son los que están quedando en las fincas; el sentido de pertenencia y la identidad cultural con su tradición campesina se está perdiendo; la carencia de carreteras es evidente y el acaparamiento de los productos agrícolas de los campesinos en centrales como Cenabastos de Cúcuta es notorio.

Concluyó Hernán Toro-, el alistamiento para la implementación del punto 4 de la agenda de la Habana es necesario. No se sabe aún como van a reaccionar las bases armadas de las FARC a los acuerdos que se logren en la mesa. Por ello hay que acompañar a las comunidades y darle continuidad a los proyectos en el mediano plazo para que no se repita lo que pasó con el Laboratorio de Paz de la Unión Europea en esta región, ya que sus proyectos no llegaron al Catatumbo (donde se derivan ingresos campesinos de la producción de coca); fueron mínimos o no tuvieron continuidad, en una zona en la que hay muchos pueblos lastimados, dijo.

Varios expertos entrevistados coincidieron en que “el cultivo de la coca no es el problema, es el narcotráfico” y enunciaron como opción válida y viable los “*usos alternativos de la hoja de coca*”.

## 2. LA NORMATIVIDAD LEGAL

### Proyección jurídica actual por parte del Estado

El Fiscal General de la Nación Eduardo Montealegre y el Ministro de Justicia Yesid Reyes, el pasado 16 de Abril de 2015 presentaron al Congreso un Proyecto de Ley que introduce reformas al Sistema Penal Acusatorio. En este proyecto, aunque no se menciona a los “cultivadores” o “productores” que aquí nos ocupan, es evidente que la ampliación del Principio de Oportunidad contemplada, permitiría que la figura se aplique también para los casos que involucren personas que realicen dicha actividad.

En esta iniciativa, se contemplan modificaciones que amplían el concepto y aplicación del principio de oportunidad en dicho sistema. Los artículos 103 y siguientes hasta el 110 se refieren a tales cambios, especialmente el artículo 105 que menciona en sus numerales 1, 4, 5, 7 y en su párrafo las causas y condiciones en que haciendo uso del principio se suspenda la persecución penal del delito por parte de la Fiscalía. Adicionalmente, se reducen las causales de aplicación del principio, pero se eleva la pena mínima para dictar medida de aseguramiento.

De ser aprobada la reforma, se prevé la necesidad de expedir reglamentaciones y directrices de la Fiscalía General, entidad que cuenta con un Grupo de Trabajo para el Principio de Oportunidad, el cual ha interlocutado con juristas al servicio de las organizaciones sociales campesinas en el marco de las Mesas de Concertación del Catatumbo y de la Cumbre Agraria, Étnica y Popular. Sin embargo, algunos dirigentes de la Cumbre estiman que, con la normatividad existente, ya se podría hacer uso del Principio de Oportunidad en aquellos casos de pequeños productores, teniendo en cuenta aspectos como la no concurrencia de esta actividad con otros delitos como el porte de armas, el vínculo con grupos de narcotraficantes u organizaciones armadas ilegales, el contexto socioeconómico de la zona donde se registre el caso y la falta de implementación previa de acciones estatales a través de planes de sustitución de cultivos.

De otra parte, el pasado 19 de Mayo en Bogotá, al presentar un nuevo Documento CONPES para solucionar la crisis carcelaria, el Presidente Juan Manuel Santos dijo que “Hoy se calcula que más de la tercera parte de la población reclusa *es sindicada, no condenada*. Si se aplica una adecuada política criminal, *solo debería ir a la cárcel quien revista peligrosidad o sea reincidente*”. Además, señaló que “Vamos a garantizar que los

reclusos cumplan sus penas con dignidad humana y que tengan algo muy importante, una *efectiva resocialización*. Resocialización para que cuando salgan sean *ciudadanos productivos*, ciudadanos que puedan tener una vida normal”, aseguró.

## **Derecho penal y pequeños productores**

En las zonas de producción se tiene “...un Estado que se relaciona desde el aire con su población y necesitamos que esté presente en el territorio, de una manera no solo militar, sino también con iniciativas de desarrollo, con institucionalidad, con capacidad de acompañar a esas comunidades, para encontrar alternativas legales, sostenibles y que se incorporen al país”, dijo en el panel No Fumigación, realizado desde el Centro de Memoria, Paz y Reconciliación de Bogotá, el 13 de Mayo de 2015, la académica y columnista de El Tiempo Socorro Ramírez. En efecto, en esas regiones está presente la discusión sobre la legitimidad de las acciones del Estado y la legalidad con la que actúa; especialmente cuando despliega su fuerza para perseguir a los productores, al tiempo que no lo hace de igual forma para cumplir con sus deberes y obligaciones en materia social.

Mientras que las operaciones de erradicación forzada han sido parte de una estrategia asociada al conflicto armado y al control de territorios, el derecho penal ha sido usado como regla persuasiva para esas comunidades buscando lograr con su utilización el tratamiento de conflictos declarados, al tiempo que la propia legitimación de la ley, dejando de lado otras funciones relacionadas con el mantenimiento de la paz social, la distribución de cargas y beneficios, la planificación social, la educativa y la función integradora, entre otras áreas de intervención del derecho. Con razón, varias comunidades rurales hablan de la necesidad de insertarse en el Estado Social de Derecho, lo que dibuja el anhelo de ser considerados por la ley como sujetos de derechos contrario a la exclusión de que se sienten parte.

“En Colombia se penaliza fuertemente cualquier participación en el mercado de las drogas con el argumento de que se atenta contra la salud pública -según el título de los artículos al respecto en el Código Penal-, que es, en esencia, el principal argumento del régimen internacional de fiscalización de las drogas, que convirtió en ilegales algunas de ellas desde 1961, y que Colombia ha seguido al pie de la letra” (...) “Los delitos de drogas se penalizan exclusivamente con encarcelamiento y multas independientemente del rol de la persona en la estructura o su nivel de peligrosidad para la sociedad. (RUEDA, 2014).

(...) “en dos artículos del Código Penal se equiparan todas las posibles conductas delictivas asociadas a las drogas sin tener en cuenta la gravedad del delito: cultivar, conservar y financiar para el caso de los cultivos ilícitos, e introducir al país, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar para el caso de las drogas. Esto quiere decir que se criminaliza casi igual (5-9 o 8-12 años dependiendo de las cantidades de droga) a cultivadores, *mulas*, *jíbaros*, pequeños y grandes transportadores, y pequeños y grandes traficantes. Según un análisis de 2008 a 2012, el 25% de los condenados por delitos de drogas cumple penas de entre 5 y 9 años y cerca del 10% cumplen penas mayores a 10 años, lo que indica que en las cárceles de Colombia son muchos más los reclusos por delitos menores de drogas” (RUEDA, 2014).

Para los propósitos de este trabajo, el contexto legal está conformado por:



- Tres Convenciones internacionales: La Convención Única de Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961; la Convención sobre sustancias psicotrópicas de 1971; y la Convención de Viena de 1988;
- La Ley 30 de 1986, o “Estatuto Nacional de Estupefacientes.
- El Código Penal (Artículos 375, 376, 377, 378 y 382).
- El Código de Procedimiento Penal.

## Código Penal Colombiano

(Ley 599 de 2000 modificada, adicionada por normas posteriores).

Artículo	Modificación	Texto con la modificación
375	Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005.	El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y en multa de doscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (266.66) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de plantas de que trata este Artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
376	Artículo condicionalmente exequible. Modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011.	El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
377	Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005.	El que destine ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se elabore, almacene o transporte, venda o use algunas de las drogas a que se refieren los artículos 375 y 376, y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
378	Penas aumentadas por el artículo 14 de la	El texto con las penas aumentadas: El que en cualquier forma estimule o propague el uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y

	Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005.	cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
382	Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 1453 de 2011.	El que ilegalmente introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, tenga en su poder, desvíe del uso legal a través de empresas o establecimientos de comercio, elementos o sustancias que sirvan para el procesamiento de cocaína, heroína, drogas de origen sintético y demás narcóticos que produzcan dependencia, tales como éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, diluyentes, disolventes, sustancias contempladas en los cuadros uno y dos de la Convención de Naciones Unidas contra los Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y las que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin, así como medicamentos de uso veterinario, incurrirá en prisión de 96 a 180 meses y multa de 3.000 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **Adecuación típica actual**

Se observa en el cuadro anterior cómo el Código Penal tipifica las actividades comentadas en este informe, las cuales van desde el momento de la siembra y producción de cultivos, pasando por la elaboración de pasta base en contextos de economía campesina familiar, hasta el momento del intercambio de ella en la misma zona rural donde se produce, usada como medio de trueque para adquirir productos básicos para la familia o la finca o vendida al mejor postor en la misma zona.

- Propietario del predio(cultivo, plantación o financiación): Artículos 375 y 377
- Arrendatario del predio (cultivo, plantación o financiación: Artículos 375 y 377.
- Trabajador del predio en cualquier actividad (cultivo): Artículo 375.
- Cuidandero del predio (cultivo, conservación): Artículo 375.
- Recolector de hoja, cosechero o “raspachín” (cultivo): Artículo 375.
- Trasiego de hoja (conservación de hoja): Artículo 375.
- Trabajador en procesamiento de la hoja (fabricación): Artículo 376.
- Elaboración de pasta base (fabricación): Artículo 376.
- Trasiego de pasta base: Artículo 376 del Código Penal.
- Transportista de materiales para cultivo o “cambullón” factibles de usarse en elaboración pasta base: Artículo 382.

## **3. LA CRISIS CARCELARIA – ¿UN SISTEMA QUE RESOCIALIZA?**

### **Advertencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia**

La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación penal, al resolver el proceso No. 30799 en Mayo 20 de 2009, recordó que la cárcel se debe usar para garantizar la prevención del delito, la reinserción social del sancionado y la protección del delincuente, teniendo en cuenta que la persona implicada represente peligro para la comunidad o tenga propensión a las actividades delictivas. Pero con base en el análisis del desempeño personal, laboral, familiar y social podrá el juez conceder medidas alternativas a la reclusión en establecimiento carcelario, por lo que la sanción podría cumplirse en el domicilio, para citar solo un ejemplo.

## Crítica al populismo penal por la Honorable Corte Constitucional

Al resolver varias tutelas de personas privadas de la libertad en varias cárceles del país, en un fallo de Abril de 2015, el Tribunal cuestiona el *“populismo penal”* que llevó al incremento de las penas y a la aparición de nuevos tipos penales cuyo único castigo es la cárcel. *“Las autoridades de las tres ramas del poder público se acostumbraron a autorizar la reclusión de personas en mazmorras indignas para cualquier ser humano y que desdicen de la sociedad y las instituciones oficiales que, por acción o por omisión, las permiten, a pesar de saber el impacto tan nefasto que puede conllevar la cárcel para una persona e, incluso, para quienes tienen que convivir con esta realidad en su situación de guardianes o familiares y allegados de las personas en prisión”*, señaló la Corte.(EL TIEMPO, Abril 20 de 2015)

Actualmente, “el sistema penitenciario colombiano continúa en una crisis profunda. El hacinamiento ya supera el 50 por ciento en todo el país, y en algunos centros penitenciarios llega al 300 por ciento. Las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad se deterioran cada día más, y ellas sufren enfermedades crónicas o situaciones que atentan de manera flagrante contra la dignidad humana” (BENAVIDES V, 2014).

“(…) De las 142 cárceles que hay en el país menos del 10 por ciento cumple con las condiciones dignas de privación de la libertad y el desarrollo de actividades de redención de pena por trabajo y por estudio. Y parece que las medidas de libertad se toman como una forma de no enfrentar el problema de infraestructura carcelaria que existe en el país” (BENAVIDES V, 2014).

“La privación de la libertad en Colombia tiene costos elevados, en vidas humanas, en prevención del delito (pues el paso por la cárcel no resocializa) y en costos económicos para el Estado. Por eso necesitamos una política integral que combine (...) Agilidad en la resolución de los casos y en las peticiones de libertad de los internos; Cambio en la cultura punitiva de la judicatura, del gobierno y de la clase política (...) (BENAVIDES V, 2014)

“Es necesario preguntarse sobre la necesidad de encarcelar a estas personas. No solo por su contribución al 49% de hacinamiento carcelario, que le representa a los colombianos \$13 millones por recluso o más de un billón de pesos al año, sino porque marginalizar aún más a una persona, como sucede en la cárcel, representa un costo social y económico muy alto para la sociedad y el Estado”. (RUEDA, 2014).

“Las leyes sobre producción y tráfico de estupefacientes en Colombia resultan muy costosas, congestionan el sistema judicial, saturan las cárceles, dan incentivos perversos para la Policía e implican costos sociales difíciles de medir” (...) “El Estado gasta demasiados recursos en perseguir a un ciudadano que porta un poco más de la dosis personal, sin atacar o destruir por eso las bandas u organizaciones criminales. La fuerza del Estado recae sobre el eslabón más débil y no toca las grandes economías ilegales”. “En términos de costo-beneficio se diría que el costo es alto y el beneficio social es mínimo. Pero además se sacrifica la inversión en frentes como la mejoría del sistema judicial, el alivio del hacinamiento, la dignificación de los centros penitenciarios o la calificación de los agentes de policía” (...) “el Estado debería revisar el sistema de evaluación policial para evitar los incentivos que resultan en falsos positivos, desorientan

el trabajo de la institución o acaban en operativos inocuos”. (TOBÓN Y GUTIÉRREZ, 2015).

## **4. PLAN NACIONAL DE DESARROLLO E INFORMACIÓN RELEVANTE DERIVADA DE DERECHOS DE PETICIÓN**

### **El Plan de Desarrollo y el Ministerio de Justicia**

El Plan Nacional de Desarrollo (PND) – 2015 -2018 introduce aspectos que de alguna manera reflejan las presiones y tensiones generadas por esta situación, por la existencia de una movilización social continuada y avizora algunas luces que podrían dar lugar a cambios internos. Entre otros puntos, propone este Plan un énfasis en el combate “a los eslabones más fuertes asociados con crimen organizado y manejo de grandes capitales ilícitos” y el “Desarrollo y actualización del Estatuto Nacional de Estupeficientes...”; plantea como Estrategia “Diseñar e implementar alternativas al encarcelamiento para los eslabones más débiles de la cadena de drogas”. Y ofrece limitar el uso de la aspersión aérea a aquellos lugares “donde la erradicación manual voluntaria o forzosa no es viable por las condiciones de seguridad”. Aun así, el Plan Nacional de Desarrollo está lejos de satisfacer las demandas de las movilizaciones campesinas y de grupos étnicos. Además, los temas antes mencionados no están incluidos en el articulado de la Ley sobre el plan.

En lo que se refiere al gobierno, el ministro de Justicia, Yesid Reyes, pidió en la sesión anual de la Comisión de Narcóticos de la ONU en Viena replantear la política de lucha contra las drogas advirtiendo que “hay que ponerle límites a la intervención del derecho penal en materia de drogas”... “la persecución de las drogas no puede hacerse a cualquier precio”.

El Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018, en este aspecto, abre una ventana de oportunidad para el debate, que –sin depositar la confianza en el Gobierno por las razones anotadas- debe tener eco en el Congreso Nacional, las organizaciones sociales y no gubernamentales, en especial en relación con la “actualización del Estatuto Nacional de Estupeficientes” y las “alternativas al encarcelamiento”; al tiempo que se mantiene la exigencia de suspensión total, incondicional y definitiva, de las aspersiones aéreas y de cualquier sistema de erradicación forzada; así como la liberación de los cultivadores presos, como lo demanda la “Cumbre agraria, étnica, campesina y popular” (2014).

### **Debilidad en sistemas de información y respuestas a los derechos de petición**

En la gran mayoría de las fuentes oficiales disponibles no se encuentra información específica sobre la situación legal, carcelaria y de derechos humanos, de los pequeños cultivadores y productores de sustancias estupeficientes “controladas”. El Consejo Nacional de la Judicatura no brindó la información requerida, tres meses después de haberla solicitado formalmente; la Defensoría Nacional del Pueblo respondió que las bases de datos sobre la población de interés eran competencia del INPEC y que los datos sobre casos llevados por la defensoría pública estaban en las regionales; la Fiscalía General de la Nación brindó una información que no era pertinente puesto que no atendió

lo requerido y alegó en una primera respuesta que dado que los indígenas son población vulnerable no podían ofrecer información; el Ministerio de Justicia ofreció información sobre el Grupo de trabajo de alternativas al encarcelamiento y remitió a otras entidades para que dieran respuesta de lo solicitado por el “Observatorio colombiano de cultivadores y cultivos declarados ilícitos”.

### **Las cifras del Observatorio del delito de la Policía Nacional: Capturas equivalen a más del 1% de la población colombiana**

Revisada la información suministrada por el Observatorio del Delito de la DIJIN-PONAL y el Ministerio de Defensa, se encuentra en el Sistema de Información de Estadística Delincuencial, Contravencional y Operativo de la Policía Nacional –SIEDCO- que por delitos asociados a drogas las autoridades colombianas realizaron 481.858 capturas en un período de seis (6) años. En 2009 se registraron 60.649, mientras que en 2014 hubo 86.559 capturas, pero en 2013 ascendieron a la cifra récord de 91.872, lo que muestra un incremento mayor al 50% en las tasas de capturas por este concepto. Aunque la situación es más compleja al observar un periodo de 10 años, puesto que el aumento en el indicador de capturas por delitos de drogas es superior al 100% si se tiene en cuenta que en 2005 la cifra fue de 44.000 capturas, según información que la Fiscalía General de la Nación (en aquel año) le suministró a la Cámara de Representantes.

Ahora bien, una revisión de las capturas con base, únicamente, en el Artículo 375 del Código Penal, entre los años 2009 y 2014, permite establecer que se produjeron 2.286, es decir, por cultivo, conservación o financiamiento de plantaciones, la mayoría de ellas en Nariño (679), seguido de Antioquia (559), Caquetá (167) y Meta (153), luego de lo cual se encuentra una lista que involucra a 27 de los 32 departamentos del país, lo que también muestra que los cultivos se encuentran en más lugares de los indicados hasta ahora por fuentes oficiales. Las capturas por el delito tipificado en el Artículo 375 del Código Penal, no revelan el universo de detenciones y procesamientos en el ámbito de la producción, puesto que también se deben incluir las realizadas por la destinación de inmuebles, tráfico de insumos con destino a la producción, y fabricación y porte, contemplados aparte.

Además del desgaste de las autoridades de Policía en la operación de aprehensión -las cuales emplean buena parte de su tiempo no solo en la captura, sino en la elaboración de informes para la judicialización del caso, la custodia en instalaciones oficiales o URIS, el “deposito” a la Fiscalía y la legalización de la captura misma-, en la base de esta situación, se evidencia, una exigencia de la actual política de drogas de mostrar resultados. Luego la mayoría de estos casos, especialmente los de porte y tráfico de drogas no culminan en condenas, por fallas de procedimiento, vicios en la captura o por otros factores. A esto se agrega que la mayoría de casos, como se anotó, se generan en flagrancia y cuando cabe aplicar el peso de la ley se producen sanciones severas y desproporcionadas, lo que ocurre con los casos de delitos relacionados con la producción de cultivos.

### **Algunos datos de los centros carcelarios de esta muestra**

Con motivo de este estudio se pudo conocer, mediante visitas, entrevistas y datos suministrados, lo siguiente:

Población/Establecimiento	San Isidro	Tumaco	Cúcuta	San J. Guaviare
Total	3.000	600	5.000	64
Por Drogas	600	150	1.250	23
Por Artículo 375	64	30	125	8

Datos a la fecha de las visitas respectivas como se anota en anexo.

En el caso de la población interna por delitos de drogas la tendencia fue entre el 20% y el 25% en general, mientras que la tendencia en el caso del Artículo 375 del Código Penal se ubica entre el 2.1% (Popayán - San Isidro), el 2,5% (Cúcuta), el 5% (Tumaco) y más del 12% (San José). A esto se agrega que en el Centro de Reclusión de Mujeres de Popayán casi el 70% del total de la población reclusa lo está por delitos de drogas, según la directora del establecimiento, en entrevista con nosotros.

Si se tiene en cuenta que el total de la población privada de la libertad en establecimientos del INPEC es de 118.000 personas aproximadamente, se observa que por delitos de drogas en general hay una población que oscila entre un mínimo de 23.600 personas y máximo de 29.500 según si se acogen los porcentajes encontrados en las tres cárceles, lo cual es una tendencia nacional porque incluye toda la gama de delitos de drogas y la información de privados de la libertad va aparejada con la de capturas, especialmente, por el delito de porte y tráfico tipificados en el Artículo 376 del Código.

El caso de delitos de producción es diferente, pues si se tiene en cuenta un promedio nacional de 2,1% habría al menos 2.478 personas en las cárceles por ello, y si se observa el 2,5% serían casi 3.000 personas. Pero la proporción de capturas y judicialización varía según la extensión sembrada en el departamento respectivo y el número de operaciones de la fuerza pública, lo que también se evidencia en la muestra tomada de las cuatro cárceles visitadas. En Tumaco donde hay más cultivos (primer municipio en extensión sembrada según el SIMCI de la ONUDC) es de suponer que también hay más operativos de la fuerza pública lo que se traduce en más capturas y privaciones de la libertad a personas que provienen del ámbito de la producción, lo cual disminuye en Cúcuta (la mayoría de los privados de la libertad en este caso provienen de municipios del Catatumbo, la tercera zona en producción de cultivos en el país, según el SIMCI).

Los casos del centro de reclusión de mujeres de Popayán y San José del Guaviare son especiales y denotan la difícil situación de las mujeres en cuanto a la judicialización por delitos de drogas se refiere y en el departamento del Guaviare la historicidad de la presencia de cultivos y operaciones de erradicación. Este caso es interesante también porque se trata de una cárcel municipal, cuya población no está sistematizada con el conjunto de la población atendida por el INPEC, dado que dicha cárcel no está a su cargo. Esto mismo pasa en muchos municipios pequeños donde es una cárcel local la que maneja estos casos. A esto se agrega el hecho de que existen centros de reclusión a cargo de Alcaldías, Gobernaciones o el INPEC que albergan privados de la libertad sin que tengan resuelta su situación jurídica, es decir, sindicados.

Por todo lo anterior se colige que no se registra la misma tendencia en privación de la libertad por delitos generales de drogas con las realizadas al amparo del Artículo 375 del Código Penal por producción. Ello varía, por ejemplo, en departamentos de la costa Caribe o en las ciudades principales del país.

Sin embargo, se debe considerar a las personas que por su participación en el ámbito de la producción por otras conductas distintas al mero cultivo también han sido judicializadas

y condenadas a prisión por delitos como destinación de inmuebles, tráfico de insumos y fabricación y porte de sustancias, puesto que -reiteramos- se deben tener en cuenta quienes trabajan en “laboratorios caseros” en transformación de pasta base, los jornaleros, manipuladoras de alimentos, recolectores y quienes fueron imputados por llevar consigo hoja o pasta base en contextos de economía familiar campesina de subsistencia.

## Otros datos del INPEC y otras fuentes

Una muestra de la afirmación anterior se obtiene al observar la *base de datos* suministrada por el “INPEC de todos los procesos judiciales de los diferentes juzgados del país (anexo), sobre etnias y delitos de narcotráfico” en la que detalla “afrocolombiano, agricultor e indígena” entre sindicados y condenados. Curiosamente la categoría “campesinos” no figura en las fichas de ingreso a establecimientos del INPEC. En algunos casos, las bases de datos del INPEC registran como condición étnica la categoría de transexual, lesbiana, gay, adulto mayor, entre otras, lo que hace suponer, simplemente, una debilidad en su base de datos o una mezcla de distintos grupos étnicos y sociales con población LGBTI y adultos mayores en los mismos patios, lo que la Corte Constitucional cuestionó en 2013.

Según el Ministerio de Justicia se está concertando con la Mesa Permanente de Pueblos Indígenas una política de atención diferencial de ciudadanos pertenecientes a estos pueblos. Sin embargo, esa misma entidad acepta que solo en el Establecimiento Penitenciario San Isidro de Popayán se encuentran unos 800 indígenas privados de la libertad. Por su parte, la Defensoría del Pueblo –en entrevista con nosotros-, coincidió al afirmar que es en Popayán donde más indígenas se encuentran presos, dentro de los cuales muchos lo están por delitos relacionados con drogas sin que se atienda al principio de atención diferencial. A su vez, la Defensoría delegada para política criminal de la Defensoría del Pueblo señaló que la mayoría de campesinos presos lo están en las colonias penales agrícolas, como la ubicada en Acacias Meta.

## 5. ¿Defensoría para defender, o solo para “cumplir” el procedimiento?

La Ley 941 de 2005, instituyó en Colombia un *sistema nacional de defensoría pública adscrito a la Defensoría del Pueblo*, la que a su vez fue creada por la Constitución de 1991 en su Artículo 283, y reglamentada mediante Ley 24 de 1992.

Dicho sistema es un servicio público que organiza, dirige y controla el Defensor del Pueblo, a favor de las personas que lo requieren para asumir asistencia y representación judicial y *garantizar el pleno e igual acceso a la administración de justicia en materia penal*.

De conformidad con la Ley 941 de 2005 el SNDP se encuentra integrado por: la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, los Defensores del Pueblo Regionales y Seccionales, los Coordinadores Administrativos y de Gestión, los Coordinadores Académicos, los Personeros Municipales, los Defensores Públicos, los abogados particulares vinculados como Defensores Públicos para las excepciones previstas en esta ley, los Investigadores, Técnicos y Auxiliares, los Judicantes, los Estudiantes de los

Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho, las personas y asociaciones científicas dedicadas a la investigación criminal y las organizaciones que brinden capacitación a los componentes del Sistema. También pertenecen, al SNDP los programas jurídicos que las autoridades indígenas establezcan.<sup>2</sup>

El objetivo de este sistema es brindar asistencia legal gratuita y representación judicial. Los defensores públicos defienden los derechos y garantías fundamentales de las *personas que no pueden sufragar los gastos que demandan su propia defensa judicial o extrajudicial en el área penal, civil, laboral y contencioso administrativo*. La Defensoría del Pueblo debe apoyar a los defensores en su teoría del caso a través de un grupo de profesionales y técnicos expertos en investigación criminal y criminalística<sup>3</sup>.

En las entrevistas realizadas en las cuatro ciudades a donde se acudió en el marco de este estudio, hubo manifestaciones de descontento con el servicio que presta el SNDP debido al escaso número de defensores; la diversidad de temas y procesos que deben atender; la cantidad de procesos que llevan, hasta más de 30 procesos al mes; y las condiciones de contratación de dichos abogados, entre otros. Sin embargo, también se registran quejas relacionadas con la escasa remuneración que reciben y sobre la politización de esos cargos, como consecuencia de los estrechos vínculos que tiene la Defensoría del Pueblo con la Cámara de Representantes, cuerpo que elige al Defensor Nacional.

Los defensores públicos adscritos al SNDP no forman parte de la planta de personal de la Defensoría, por lo que no tienen una vinculación laboral regular. Ellos son contratados mediante prestación de servicios, de su remuneración deben cubrir su seguridad social, salud, riesgos profesionales, primas, aportes pensionales, de cesantías y seguros. En su gran mayoría tienen sus oficinas de servicios particulares y llevan múltiples procesos en sus negocios privados.

Organizaciones de derechos humanos en las regiones estiman que el servicio de defensoría pública, es precario y se limita a que los abogados del SNDP acudan a las audiencias de legalización de captura y a las de formulación de cargos, conforme establece la normatividad del proceso penal, pero no hacen esfuerzos de defensa técnica suficientes para garantizar los derechos del defendido.

Algunos de las personas privadas de la libertad entrevistadas en el marco de este estudio señalaron que en su condición de “víctimas” de la ley, no de “indiciados” fueron aprehendidos “en flagrancia” por la autoridad y conducidos en vehículos de las fuerzas militares o de policía (incluso en helicópteros) desde los campos hasta las ciudades más cercanas, en donde fueron “entregados” a la Fiscalía y llevados a establecimientos de la localidad (URI, comandos de policía, instalaciones militares o cárceles municipales) a la espera de la audiencia de legalización de la captura, la que se realiza “prontamente” y debido a que la persona indiciada fue capturada en flagrancia se ordena medida de aseguramiento. Por lo general el indiciado se ve en la necesidad de que lo asista un defensor público que acompaña esta diligencia.

---

<sup>2</sup> <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-024-92.htm>

<sup>3</sup> <http://www.defensoria.gov.co/es/public/atencionciudadanoa/1477/Sistema-Nacional-de-Defensor%C3%ADa-P%C3%ABlica-%28SNDP%29.htm>



## Sobre la flagrancia

En su mayoría, los entrevistados, campesinos, indígenas y afrodescendientes, comentaron que su captura se produjo bajo la figura de flagrancia y no con base en una previa orden de la Fiscalía o de un juez. La *flagrancia*<sup>4</sup> en la Ley se entiende cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito enseguida de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.
5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

PARÁGRAFO. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá  $\frac{1}{4}$  del beneficio de que trata el Artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, en los casos de interés se pudo establecer que las personas fueron capturadas en medio de un operativo militar o policial, en un retén de seguridad o como resultado del ingreso a los predios y viviendas rurales sin orden judicial de allanamiento. Por lo general, la flagrancia en el caso de productores de coca, amapola y marihuana se configura con información suministrada por “un informante”, por el “testimonio de uno de los agentes de seguridad” que participó de la operación y sobre todo, por filmaciones de video o fotografías tomadas *in situ*, las cuales se dan por veraces y son el sustento tenido en cuenta en la audiencia de formulación de cargos.

## Aceptando cargos

Los testimonios tomados, advierten que la defensa pública acompaña al imputado en la audiencia de formulación de cargos y por lo general, “aconseja” al capturado “en flagrancia” que se allane a cargos, acepte haber cometido el delito y se acoja a sentencia anticipada, con lo cual se logra un “acuerdo” que le permitirá obtener “rebaja de pena”. Varios de los entrevistados comentaron que están pagando la mitad del tiempo de la condena debido a que aceptaron los cargos. Es decir, que no se emplean todos los medios para probar la inocencia del capturado o para detectar el error judicial del procedimiento de captura, sino que se parte de la aceptación de una responsabilidad penal por estar trabajando en un cultivo, por encontrarse en el lugar o por estar trasegando materiales propios de la actividad productiva. Por esta razón, en San José del Guaviare, un funcionario de la administración del establecimiento carcelario calificó el servicio de defensoría pública como “los doctores condena”.

---

<sup>4</sup> Artículo modificado por el art. 57 de la ley 1453 de 2011

Por lo general, quienes aceptan cargos son personas pobres que luego de tal aceptación no pueden apelar, mientras que los que salen libres de las audiencias, según testimonios recogidos, son personas que han tenido la capacidad de pagar su propia defensa. A pesar de que la mayoría de veces el servidor militar o policial prejudicializa preparando las pruebas contra quien no se puede defender por cuenta propia, sino que tiene la necesidad de acudir a la defensa que le brinda el mismo Estado. Esto no se demuestra en el proceso en desmedro de los derechos del productor, quien también en la mayoría de los casos es una persona que actúa sin el pleno conocimiento de causar daño, sin tener propiedades o empresas, que vive en contextos insalubres, sin infraestructura, sin servicios sociales del Estado, con hogares numerosos, varios hijos y otras personas a cargo, con bajísimo nivel de estudios y sin acceso al poder político y económico. La actuación de los fiscales y jueces, apegados a la norma escrita y su aplicación a rajatabla, se contradice con la actuación de caridad y familiar que brinda la defensoría pública.

### **Información y defensa técnica precaria**

La Defensoría Nacional del Pueblo en Bogotá no posee una sistematización de la información que permita determinar cuántas personas, en el periodo de estudio, han demandado el servicio de Defensoría Pública, específicamente, en lo que concierne a delitos por drogas y más aún a los delitos relacionados con el ámbito de la producción, en el que se pueda observar el número de casos de indígenas, afrodescendientes y campesinos. Al parecer esta información se lleva detallada en las regionales de la entidad, pero se requiere una revisión dispendiosa de expedientes que establezca las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fueron capturados y procesados los productores que fueron y están siendo objeto de aplicación de la ley penal con privación de la libertad.

Vale la pena conocer cuáles han sido las propuestas de defensa técnica debatidas en “barra” de abogados del área penal, realizadas para los casos de procesados asignados a defensoría pública, relacionados con uno de los tipos penales sobre drogas, particularmente los del ámbito de la producción.

### **En los productores: ¿Ausencia de responsabilidad penal?**

¿Existe cabida al planteamiento de que hay ausencia de responsabilidad Penal en los casos en donde las personas que, mediante el influjo de la Fuerza o coacción Moral, decidan cometer los injustos prescritos en los Artículos: 375, 376, 377 y 382 del Código Penal Colombiano?

*(...) Artículo 32 Código Penal: Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*(...) 8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.*

### **La Fuerza como vicio del consentimiento**

Hay la fuerza o coacción física que se ejerce sobre el cuerpo de quien la sufre: como aquella donde quien inflige la fuerza, guía la mano de quien la sufre hasta causar la muerte a alguien, y la Fuerza Moral, que ataca la psiquis de la persona producto de una amenaza de sufrir un daño (la intimidación). En ambos casos esta fuerza debe ser

insuperable. Nos interesa que se reconozca el peso de la Fuerza Moral sobre quienes son obligados por las circunstancias, tales como el abandono del Estado, la falta de presencia institucional, la carencia de oportunidades, la falta de acceso a mercados lícitos, la incapacidad material para dotarse de condiciones propias de una vida digna a través de actividades lícitas debido al contexto y el influjo de actores ilegales, entre otros.

### **El consentimiento**

Por este debe entenderse, para el caso que nos atañe, la expresión “libre y voluntaria” del sujeto para efectos de tratar con la siembra, porte o tráfico de hoja de coca, marihuana, amapola o sus derivados. Como también para el porte o tráfico con sustancias que sean utilizadas para el procesamiento de dichas plantas, o la destinación de bienes muebles o inmuebles para la elaboración, almacenamiento, transporte o comercialización de sus derivados. Es decir, para que sea válida la expresión de la voluntad, debe existir coherencia o concordancia entre la Voluntad interna del sujeto (lo querido en realidad) y la voluntad declarada. Y que esta expresión de la Voluntad, no adolezca de vicios: Como la coacción o fuerza.

### **La coacción**

*“La coacción es el empleo de fuerza física o psíquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción o de omisión, que en otras circunstancias no realizaría.”* ALFONSO REYES ECHANDÍA.

Con la definición que el Doctor REYES da de la coacción, podemos colegir que el consentimiento prestado para realizar cualquiera de las conductas típicas de los Artículos: 375, 376, 377 y 382 de la ley 599 de 2000 bajo el influjo de la Fuerza Moral o psíquica, podría *–porque debe probarse–* estar viciado; Ya porque sobre el sujeto se ha inspirado el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave sobre su humanidad, ora, porque el mal encontraría asidero en su Cónyuge, parientes, seres queridos o bienes; En los ejemplos, el sujeto conserva la posibilidad de optar (someterse o arriesgarse a sufrir el mal). Vale decir que esta Coacción debe provenir de un tercero y debe tratarse de un aspecto externo de quien la sufre, es decir, es la fuerza del tercero la que determina la acción del sujeto; además debe ser idónea (*capaz de controlar la voluntad de la persona*) e insuperable (*imposibilidad de manejar la situación*). Es claro, entonces, que tratándose de un acto de intimidación por parte de un actor ilegal, éste tiene no solo la firme posibilidad de generar un temor tal que sea capaz de controlar la voluntad de un ciudadano, sino, además, dejarlo sin opción que le resulte benéfica. ¿Por ejemplo, qué puede hacer una persona individualmente considerada ante el Poder de las armas, en un lugar donde, a lo sumo, hay una que otra escuela que represente a todo el aparato estatal? ¿A quién acude ese ciudadano para que lo salve de esa fuerza ajena que lo exhorta a incumplir la Constitución y la Ley? ¡Esto! es lo que hace que esa fuerza sea idónea e insuperable.

### **Efectos de la coacción**

Cuando esta es idónea, produce efectos demoledores en el elemento volitivo de quien la sufre. Así las cosas, hablamos de la fuerza física irresistible que anula cualquier posibilidad de actuar del coaccionado, quedando este a merced del otro. Aquí podría

decirse, incluso, que por parte del coaccionado no hay acción, pues en ese momento, actúa como una marioneta: sus movimientos corporales se dan en virtud del capricho de quien lo usa como instrumento. No ocurre así en la Fuerza Moral, pues, el sujeto queda aún con la posibilidad de decidir si comete, o no, el Injusto, *so pena* de sufrir el mal previamente anunciado. La persona actúa por miedo producto de actos de terceros.

### **Preguntas subyacentes**

¿La persona que vive en lugares donde no hay Estado, o si lo hay, su presencia es tan mínima que no puede cumplir con su deber constitucional y legal de proteger indefectiblemente a los asociados en su vida, honra y bienes; puede alegar en juicio que, en virtud de que un grupo organizado de poder que ejerce control continuo y permanente y, que además funge como autoridad en la zona, le ha obligado mediante Fuerza idónea e insuperable a cometer cualquiera de los delitos prescritos en los artículos 375, 376, 377 y 382 del Estatuto Penal?

¿Debe esta persona ser declarada no responsable penalmente por ser su conducta: Típica, antijurídica, pero no culpable, en virtud del Artículo 32.8 del Código Penal Colombiano?

### **Del Estado Social y Democrático de Derecho**

Una visión poco humanista podría llegar a sugerirle a la persona objeto de la Coacción, incluso, que si la fuerza es de tal magnitud que no sea posible zanjarla fácilmente, se desplace del lugar, dejando a su suerte sus bienes- *si ese es el caso*- aún, si ellos constituyen su único medio de sustento. O lo peor, que “espere a ver qué pasa” si la amenaza es otra.

Esto es válido hasta antes de la entrada de la noción de *Estado Social de Derecho* que cambió toda la Lógica de concepción del Estado, en donde se pasó de pensar al ser humano como objeto o instrumento, a pensarlo *-en palabras Kantianas-* como un fin en sí mismo. La carta magna de 1991 recrea al Estado Colombiano como garantía de convivencia; promotor del respeto, la tolerancia, la Paz y del mantenimiento de un orden social justo (Preámbulo); Fundado en el respeto a la Dignidad Humana (Art. 1), comprometido a servirle a la comunidad y a proteger a los individuos en su vida, honra y bienes (Art. 2). Y es respecto de Él, que los ciudadanos tenemos deberes; A ese Estado es que debemos respeto.

Es decir, el Estado se obliga a proteger a los ciudadanos y ellos a obedecerle. Y es en esta dualidad precisamente en que se ve envuelto el campesino, indígena o afrodescendiente; y en general, toda persona que por un lado tiene el vigor del Estado en ejercicio del *ius Puniendi* que lo obliga a no perder de vista las normas que exhortan, so pena de castigo, a hacer o no hacer. Y por el otro, una estructura Organizada de Poder que mediante “mandatos” u órdenes *-que de entrada son ilegales-* la obligan a hacer u omitir alguna cosa; en este caso de estudio, a hacer.

Muy seguramente este tema debe ser abordado profundamente desde la Teoría Política para revisar cuánta “Legitimidad” tiene el Estado en el sentido de castigar al ciudadano que, estando desprotegido, se ve obligado a acceder a las peticiones con fines delincuenciales hechas por algún grupo alzado en armas o a acudir a una actividad ilícita

obligado por las circunstancias de abandono del Estado. Problemática a revisar más a fondo en el evento en que se llegue a buen término en las conversaciones Gobierno-FARC. Pues cabe la posibilidad de que el Estado finalmente tenga presencia permanente, completa y hegemónica en las áreas donde esta guerrilla opera, legitimando así su poder sancionador o, lo que es malo para la credibilidad del Estado Unitario y protector, decida seguir ausente y como consecuencia de ello, esos territorios sean ocupados por nuevas Fuerzas Organizadas ilegales, en donde el escenario inicial de la famosa Teoría del Sándwich es el común denominador para quien se ve coaccionado, y finalmente condenado.

### **La causal fuerza por abandono del Estado o por presión del entorno**

La Justicia Colombiana, en razón de las condiciones de seguridad propias de Departamentos donde más se ha vivido el conflicto, debe tener especial cuidado en el sentido de presumir, no solo la Inocencia de los capturados por los delitos objeto de estudio, sino, de entrada, una posible coacción que vicie el consentimiento de estas personas. Tal vez sea inviable, desde el punto de vista de la Política Criminal del Estado, por razón a que todo aquel que sea capturado por dichos Delitos va a alegar que su voluntad ha sido vencida por miedo a sufrir algún daño. O porque la Ley procesal ya prevé la posibilidad de argüir este motivo, siempre que el recurrente exponga los motivos que considere han viciado su consentimiento: Por la causal Fuerza. Pues bien, lo que se propone es que para estos casos, donde la persona incluso se va a allanar a cargos, se tenga especial cuidado de verificar que en efecto se trate de una persona que ha delinquido bajo su libre y expresa voluntad, y no, que se trata de una persona cuya voluntad ha sido doblegada por un tercero amenazante, tercero que va a estar protegido por el indiciado por razones obvias. Esto mediante procedimientos Psicológicos previos o concomitantes al proceso, revisados los antecedentes penales, la capacidad del sujeto, razones geopolíticas y de seguridad especiales del lugar de captura; estadísticas sobre violencia del sector, antecedentes jurisprudenciales sobre el caso. Y en todo caso de duda razonable, aplicar el *in dubio pro reo*.

La coacción proviene de factores externos que configuran un contexto en el que la voluntad del pequeño productor es viciada. Las carencias de capacidades institucionales, sociales, económicas, de infraestructura, de ubicación geográfica y de medios idóneos para sobrevivir y competir en el libre mercado legal, entre otras, también son señaladas como responsables del vicio del consentimiento y el libre albedrío de los campesinos, indígenas y afrodescendientes que siembran cultivos de uso ilícito, por lo que el Estado tiene también responsabilidad como autor de la coacción aquí tratada. Al respecto hay que recordar lo que dice Olga Lucía Quintero dirigente campesina de Norte de Santander: “La coca es nuestro Ministerio de Hacienda, gracias al cual nuestros hijos pueden ir a la escuela y podemos llevar nuestros enfermos al puesto de salud”. En este mismo sentido es útil el enfoque de desarrollo que tiene el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD incluido en la Agenda Post 2015, según el cual la secuencia correcta para limitar la expansión de los cultivos, implica que el Estado cumpla sus deberes en aquellas zonas que han estado al margen de la garantía de los derechos básicos.

### **Los pueblos indígenas y la justicia propia**

Respecto de los indígenas, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la jurisdicción especial sobre los casos de “ley 30”, siempre que estos se presenten en territorio

indígena<sup>5</sup>. El Consejo Regional Indígena del Cauca por ejemplo, está solicitando que se traslade de la justicia ordinaria a la especial, un caso por drogas en el que están implicados cinco indígenas del Macizo Colombiano (sur de ese departamento). Los reclamos principales de las organizaciones indígenas están relacionados con:

- El uso de la jurisdicción propia para los casos de drogas que involucren miembros de sus comunidades<sup>6</sup>.
- La creación y apoyo para la operación de los centros de armonización<sup>7</sup>, lugares que operarían bajo el enfoque diferencial definido por las autoridades indígenas en sus propios cabildos. El INPEC debería asumir los gastos que demande el sostenimiento de la población en dichos centros.
- El uso de la figura del “patio prestado” o del “guardado” solo en casos estrictamente necesarios y siempre de forma transitoria.
- El reconocimiento del enfoque diferencial dentro de las instalaciones del INPEC mientras se ponen en marcha los “centros de armonización”, de tal forma que los cabildos y las formas de organización propia sean aceptadas como parte de la vida de los internos indígenas.

En igual dirección, los indígenas actualmente privados de la libertad por delitos de drogas se hallan en patios en los que también se encuentran otros grupos sociales, como adultos mayores no indígenas y población LGBTI, tal como se evidenció en el Patio 1 del EPC San Isidro de Popayán y en el Complejo penitenciario de Cúcuta. A su vez, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, denuncia que los jueces de penas y de garantías no reconocen la diversidad étnica y cultural consagrada en la Constitución Política y que ello conduce a que se tomen determinaciones que desconocen el derecho de esta población a la atención diferencial y al juzgamiento por parte de sus propias autoridades.

Los indígenas del Cauca consideran que se debe reformular el Estatuto de estupefacientes, reconociendo explícitamente el cultivo y los usos culturales y ancestrales de la hoja de coca, a la vez que reglamentar lo ya ordenado en el Artículo 7 de la Ley 30 de 1986, con participación de ellos y *consulta previa* conforme el mandato al respecto del Convenio 169 de la OIT; pero también los códigos Penal y Penitenciario y carcelario, a la vez que el Sistema Nacional de Defensoría pública debe procurar un mejor funcionamiento y diligencia de los defensores adscritos.

---

<sup>5</sup> Es relevante el hecho de que la Ley 30 de 1986, en su Artículo 7, ordenó que “El Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de éstas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”, reglamentación que a la fecha no ha sido expedida, lo que daría lugar a que se presente una atipicidad en los casos que involucren participación de indígenas en sus propios territorios.

<sup>6</sup> Constitución Política de Colombia, Capítulo V, De las jurisdicciones especiales, Jurisdicción de las autoridades indígenas. Artículo 246 “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”

<sup>7</sup> Los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT adoptado a través de la Ley 21 de 1991, prevén el respeto de los métodos propios a los cuales acuden las autoridades de los pueblos indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, con preferencia por sanción distinta al encarcelamiento, en cuya imposición deben tenerse en cuenta las condiciones sociales, económicas y culturales de los implicados. Cita en el proceso No. 34461 en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

A esto se agrega que en cuanto a la persistencia de los cultivos, el CRIC y la ACIN estiman que el “Convenio Jambaló” de 1993 suscrito entre varios resguardos indígenas con el Gobierno del Presidente Cesar Gaviria es un antecedente de un acuerdo en busca de la sustitución de cultivos que debe tenerse en cuenta a la hora de emprender cualquier programa al respecto. En cuanto al uso de la ley ordinaria para tratar los casos de indígenas, Rafael Coicué (dirigente de la ACIN y expresidiario por Ley30) y Rafael Zúñiga (abogado del CRIC), recomiendan que se tenga en cuenta la Sentencia 34461 del 8 de Noviembre de 2011, en el emblemático caso conocido como “Munchique-LosTigres”<sup>8</sup>.

## 6. 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.
- 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.

---

<sup>8</sup> La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Javier Zapata Ortíz, decidió casar en la fecha citada, un caso que se originó en la captura de dos indígenas del Resguardo Nasa Munchique-LosTigres ubicado en el municipio de Santander de Quilichao Cauca, luego de un fallo de un juez de ese municipio en primera instancia en el cual se les condenaba y de uno de segunda instancia del Tribunal de Popayán, en el que se reafirmaba la condena. El abogado de la parte demandada recurrió al recurso extraordinario ante la Corte, la cual tuvo en cuenta que habiéndose presentado los elementos personal, territorial, objetivo e institucional, no correspondía a la justicia ordinaria, sino a la competencia de la jurisdicción especial indígena, dado que el Gobernador del Cabildo había solicitado oportunamente el traslado del caso para su conocimiento lo cual le había sido negado. Así las cosas, la Corte ha dejado claro que cuando un caso (cualquiera que sea el presunto delito) es cometido por miembros de pueblo indígena; dentro de su propio territorio; haya manifestación expresa de interés por parte de la autoridad indígena y exista objetivamente una comunidad indígena organizada con sus autoridades, el juez natural del caso será la respectiva autoridad indígena acogiéndose a lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política, es decir “(...) de conformidad con sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. (...)”

- 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 productoras, especialmente en cuanto a la descriminalización de su actividad, quizás sea necesario prever “pasos” intermedios o “parciales”. Una de estas alternativas intermedias sería, por ejemplo, la utilización del llamado “Principio de Oportunidad”, si se logra 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.



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), 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.

*DeJusticia* ha sugerido una reforma específica que se puede introducir en el proyecto de reforma del sistema penal acusatorio, en curso en el Congreso de la República, así:

“Reforma al Principio de Oportunidad: Artículo 140. Principio de oportunidad para pequeños cultivadores. Adiciónese dos numerales al artículo 324 del Código de Procedimiento Penal en los siguientes términos:

19. Cuando el cultivador se acoja voluntariamente a los programas de desarrollo alternativo o erradicación promovidos por el Gobierno Nacional. *La renuncia de la acción penal está condicionada a un período de prueba que no podrá ser inferior a tres años, de acuerdo con el artículo 326 de la presente ley.*

20. En los delitos señalados en el capítulo 376 a 385 del Código Penal *cuando se trate de un procesado cuya participación sea marginal, o no tenga relación alguna, en un grupo delictivo organizado.*

Artículo 142. Modifíquese el párrafo 1° del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

PARÁGRAFO 1. “En los casos de terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, sólo se podrá aplicar el principio de oportunidad, *cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.*

*Para el tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, sólo serán aplicables las causales de los numerales 4, 5, 12, 13, 14, 19 y 20, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.”*

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".

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

- AMERIPOL, Comunidad de policías de América. Análisis situacional del narcotráfico «una perspectiva policial». Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú. 2013. INTERNET.
- Bedoya Sierra Luis Fernando, Carlos Andrés Guzmán Díaz, Claudia Patricia Vanegas Peña. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Fiscalía General de la Nación. 2010.
- Benavides Vanegas, Farid Samir, Revista virtual de Razón Pública, <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/8063-la-crisis-penitenciaria-sigue-y-no-se-ofrecen-soluciones.html>, Noviembre 10 de 2014.
- CICAD. Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas. OEA. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. 2015.
- CIMA, DESARROLLO INTEGRAL POR UNA ECONOMÍA CAMPESINA LIBRE, Comité de Integración del Macizo Colombiano-CIMA, Coordinación Regional-COORDICIMA, Macizo Colombiano, Diciembre 15 de 2012.
- Comisión Global de Políticas de Drogas, Informe, 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994.
- Constitución Política de Colombia, 1991.
- “Cumbre agraria, étnica, campesina y popular”, Pliego, 2014.
- Diócesis de Tumaco, ¡Que nadie diga que no pasa nada! Una mirada desde la Región del Pacífico Nariñense, Balance No. 4, Tumaco, Septiembre 2014.
- DNP, Plan Nacional de Desarrollo, 2014-2028 “Todos por un nuevo país”. Bogotá, D.C., 2014.
- EL TIEMPO, Editorial, 23/04/2015.
- Guevara Gómez, Pablo Cesar, Radiografía de un cocalero, La esquina regional, Bogotá, 2003).
- Gobierno Nacional – FARC-EP, Acuerdos Parciales de la Mesa de Negociaciones de La Habana. 2014.
- LA REPÚBLICA [http://www.larepublica.co/economia/los-presos-le-valen-al-estado-131000-millones-mensuales\\_109936](http://www.larepublica.co/economia/los-presos-le-valen-al-estado-131000-millones-mensuales_109936)
- Navarrete-Frías Carolina y Francisco E. Thoumi. Drogas Ilegales y Derechos Humanos de Campesinos y Comunidades Indígenas: el caso de Colombia. Impreso en Francia. UNESCO 2005.
- OEA, Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013 – 2025 / por el Equipo de Escenarios convocado por la Organización de los Estados Americanos bajo el mandato recibido de los Jefes de Gobierno de los Estados Miembros en la Cumbre de las Américas de Cartagena de Indias - 2012.
- OEA, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. El problema de las drogas en las Américas. 2013. INTERNET

- PNUD. El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia – 2003.
- PNUD, Perspectives on the Development Dimensions of Drug Control Policy, marzo, 2015.
- RUEDA, Ana María, 2014, <http://lasillavacia.com/elbloqueo/blog/presos-de-la-guerra-contra-las-drogas>
- TOBÓN, Santiago, GUTIÉRREZ Isabel, 2015, <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/8290-pol%C3%ADtica-de-drogas-en-colombia-congesti%C3%B3n-y-corrupci%C3%B3n,-otras-caras-del-fracaso.html>
- Tocora Fernando, “La despenalización de los pequeños cultivadores de drogas ilícitas”. Ponencia en Foro “Cultivos ilícitos en Colombia”. Universidad de los Andes. Bogotá Agosto del 2000. Memorias.
- Uprimny Yepes Rodrigo, Diana Esther Guzmán, Jorge A. Parra Norato, “Penas Alucinantes”, DeJusticia, Bogotá, D.C., 2013.
- Uprimny Yepes Rodrigo, Diana Esther Guzmán, Jorge A. Parra Norato, “La adicción punitiva” – La desproporción de leyes de drogas en América Latina, DeJusticia, Bogotá, D.C., 2012.
- UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Colombia. Monitoreo de Cultivos de Coca 2013. Junio 2014. INTERNET.
- WOLA. Por Elizabeth Lincoln. Los EE.UU. reconsideran políticas severas para la determinación de sentencias por delitos de drogas. 8 de enero de 2015.