

Bogotá D.C., abril de 2017.

Dr. Enrique Gil Botero
Ministro de Justicia y del Derecho
Carrera 13 # 52 – 95, Bogotá D.C.

Dr. Rafael Pardo Rueda
Ministro Consejero para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad
Calle 7 # 6 – 54, Bogotá D.C.

Dr. Carlos Medina Ramírez
Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa
Ministerio de Justicia y del Derecho
Carrera 13 # 52 – 95, Bogotá D.C.

Dra. Marisol Palacio Cepeda
Directora de Política contra las Drogas y Actividades Relacionadas
Ministerio de Justicia y del Derecho
Carrera 13 # 52 – 95, Bogotá D.C.

Dra. Marcela Abadía Cubillos
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Ministerio de Justicia y del Derecho
Carrera 13 # 52 – 95, Bogotá D.C.

Dra. Catalina Díaz
Directora de Justicia Transicional
Ministerio de Justicia y del Derecho
Carrera 13 # 52 – 95, Bogotá D.C.

***Ref.: Observaciones de Dejusticia acerca de la propuesta socializada
por el Ministerio de Justicia sobre tratamiento penal diferenciado***

De manera atenta, a nombre del Centro de Estudios del Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, nos dirigimos a ustedes para presentar algunas consideraciones técnicas, académicas y de conveniencia sobre la implementación normativa de algunos aspectos del

Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en particular el punto 4 y la solución definitiva al problema de las drogas ilícitas.

En este sentido, y con el propósito de volver más sólida y efectiva la propuesta sobre reglamentación del Tratamiento Penal Diferenciado (TPD) planteado para personas asociadas a la siembra de cultivos ilícitos y mujeres vinculadas al tráfico de estupefacientes en pequeña escala, nos permitimos realizar algunos comentarios al Proyecto de Ley presentado por la Dirección de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia y del Derecho en una jornada de socialización que se llevó a cabo en las instalaciones del Congreso de la República el 10 de marzo de 2017. Específicamente nos referimos al TPD denominado como de “transición”, al TPD “a futuro” y el TPD a mujeres que contiene la propuesta socializada. A continuación nuestras observaciones:

1. Tratamiento Penal Diferenciado de Transición

De acuerdo con la exposición mencionada, el TPD de “transición”, implica respuestas diferenciadas en las categorías de (i) población no judicializada; (ii) procesada; o (iii) condenada. Para atender al primer grupo el Presidente de la República, a través de un acto administrativo, renunciará al ejercicio de la acción penal para personas que se acogen al Programa Nacional Integral de Sustitución de cultivos de uso ilícito (PNIS). En consecuencia, se tendría que proceder con una reforma constitucional que faculte al Presidente para la renuncia a la acción penal en actos que tengan efectos similares a la amnistía o el indulto, pero que se pueda aplicar para delitos cometidos en condición de pobreza y marginalidad. Para los procesados, con ese mismo listado del PNIS, la Fiscalía solicitará al juez la preclusión del caso. Y para condenados, la Fiscalía solicitará la extinción de la pena al Juez de ejecución de penas.

En concordancia con el texto del Acuerdo Final, el TPD de transición se aplicará dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la nueva norma, para aquellas personas que “manifiesten formalmente ante las autoridades competentes su decisión de renunciar a sembrar o mantener cultivos”. Sin embargo, no es claro el momento a partir del cual se inicia la cuenta de este período, y se presentan al menos tres posibilidades. Desde una perspectiva se podría contar a partir de la entrada en vigencia de la norma, de otro lado, se podría contar desde la firma de los acuerdos de sustitución o desde el inicio de su ejecución.

Es nuestra sugerencia tomar la tercera opción, es decir, que el período del año se empiece a contar al momento en que se dé inicio de la ejecución de acuerdos de sustitución que desarrollen sustantivamente la Reforma Rural Integral (punto 1 del Acuerdo Final) y el PNIS por parte del Estado y las comunidades. Es decir, el término de un año debería comenzar a correr tan pronto como el Gobierno Nacional comience la construcción de las obras que se concerten en los diferentes escenarios de participación con las comunidades y

éstas a su vez realicen la erradicación voluntaria. Consideramos que es una decisión adecuada para fortalecer los lazos y mejorar la confianza entre las comunidades y el Estado, además de materializar los fundamentos de la paz estable, duradera, participativa y democrática que predica el Acuerdo Final. A pesar de que lo anterior lleva a la conclusión que no existiría un período uniforme para todo el territorio nacional, la consideración que presentamos sí permite, como contraprestación, a todos los actores, institucionales y comunitarios que están participando en la negociación, un margen de maniobra para materializar en el terreno el potencial transformador del Acuerdo Final. En cada caso la comunidad y los representantes del Gobierno deberían protocolizar el inicio del término mencionado en aras de otorgar seguridad jurídica.

El Proyecto de Ley también incorpora la sanción que impone el mismo Acuerdo Final para aquellas familias y personas que reincidan en su participación en la economía ilícita o incumplan los compromisos adquiridos en virtud de un acuerdo de sustitución, esto es, resiembra de cultivos. Comprendemos que es un compromiso adquirido en el Acuerdo Final, pero con el fin de asegurar una adecuada implementación, sugerimos que las sanciones y revocatoria de beneficios a los campesinos estén nutridas por criterios orientadores. Estos criterios deben estar guiados por los tiempos mismos de la construcción de paz, y por las diferentes dinámicas regionales y el reconocimiento de que el proceso de consolidación de las instituciones, de la seguridad y del modelo de desarrollo lícito es paulatino. Con este fin, sugerimos incorporar dentro del Proyecto de Ley al menos dos tipos de criterios que permitan a los operadores jurídicos evaluar caso por caso el eventual incumplimiento. De esta manera, pretendemos que las medidas que se tomen para sancionar los incumplimientos en el marco del PNIS y de los acuerdos de sustitución, no sean automáticamente aplicadas por el simple de hecho de presentarse.

El incumplimiento por parte de las personas beneficiarias de los programas de sustitución debe ser evaluado con respecto a factores de contexto o individuales y a la ausencia de un caso fortuito o de fuerza mayor. En este sentido, la presencia de grupos y actores armados en los territorios debería tenerse en cuenta a la hora de analizar el contexto, ya que algunos grupos al margen de la ley que ya están ocupando las zonas dejadas por las FARC pueden forzar al campesinado a resembrar. También dentro de las causas contextuales, puede estar el incumplimiento por parte del Gobierno de las obligaciones que se derivan de los acuerdos de sustitución y que generan un riesgo económico para las familias beneficiarias del programa. Dentro de las causas individuales, debería tenerse en cuenta si la economía de la familia se encuentra en grave crisis y fue necesaria e imperativa la resiembra. Además, debería haber una proporcionalidad en las sanciones para las personas que incumplan, de manera que no cualquier resiembra genere la exclusión y criminalización de las familias. Debería considerarse que sólo un grave incumplimiento, que no tenga origen en un caso de fortuito o de fuerza mayor, permite revocar todos los

beneficios de la ley. Esto también podría dar cabida a la aplicación del principio de gradualidad en la sustitución de la economía de hoja de coca.

Se presenta además una preocupación que surge del TPD “de transición”, y es que está fundamentado en la adscripción a un acuerdo de sustitución y por lo tanto a la tenencia de un área con cultivo propio. En este sentido los amedieros, raspachines y quienes transportan la hoja de coca, así como quienes son empleados de los laboratorios de producción, podrían quedar por fuera del TPD. Si bien el acuerdo habla de la fase de cultivo y excluye el procesamiento de la sustancia, creemos necesario incluir a las personas que participan en los rangos operativos de la fase de procesamiento en programas que tengan efectos positivos sobre su tránsito a economías lícitas. Recomendamos incluir dentro de las conductas sometidas al TPD el transporte de la hoja de coca sin procesar, teniendo en cuenta que en muchas regiones la hoja de coca mantiene un valor de cambio que les permite a muchas comunidades tener flujos económicos importantes. Se ha sabido de casos, donde la forma de pago para los recolectores se hace a través de hoja de coca. Para efectivamente acoger a estas poblaciones en la construcción de una paz estable y duradera, es importante incluir medidas dentro de los planes de sustitución para poder incluir a quienes participan del negocio ilegal pero que no tienen acceso a tierra.

2. Tratamiento penal diferenciado “a futuro”

Sobre el TPD a futuro, se mencionó que existiría una reforma al Código Penal que diera cabida a tres rangos de infractores basados en la extensión de la zona cultivada. El Consejo Nacional de Estupeficientes (CNE) hará un estudio en el que se delimitará parámetros técnicos para definir qué es un pequeño cultivador, basado en factores como extensión de la tierra, productividad económica del cultivo, entre otros. A partir de allí el artículo 375 tendrá una remisión normativa a los rangos que establezca el CNE. Manifestamos que esta propuesta es un avance jurídico enorme, y que toma en cuenta las condiciones económicas de las diferentes zonas del país. Sin embargo, persiste la inquietud sobre cuál podría ser la suerte de las poblaciones flotantes en los territorios cocaleros, y aquellas que no tienen acceso a tierra para cultivar ni tampoco poseen cultivos propios.

Reconocemos la importancia de plantear criterios objetivos para evitar que personas que ostentan posiciones de superiores en la producción y comercialización de estupeficientes sean beneficiadas y así desviar la filosofía del tratamiento penal diferenciado. Pero también reconocemos que no brindar alternativas a personas que siendo trabajadores dependientes participan en la transformación de la hoja de coca, es perpetuar una serie de injusticias que se cometen en contra de estos trabajadores agrícolas. Proponemos de esta manera que si bien en este proyecto no se incluyan, sí se abra la puerta para debatir ampliamente la consideración de brindar salidas jurídicas a aquellos

campesinos transformadores de la hoja de coca o trabajadores de los centros de procesamiento ubicados en territorios rurales, en virtud del mismo principio de proporcionalidad, grado de involucramiento en la estructura criminal y apropiación de la plusvalía del negocio.

Como comentario general al proyecto de ley presentado, queremos resaltar que en el curso del 2016, Dejusticia participó en una serie de reuniones sobre el tema, donde presentamos la propuesta de usar la figura de petición especial del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, según el cual “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, **petición especial**, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.”.

El posible uso de la figura de petición especial para el ejercicio de la acción penal, explorando la posibilidad de que mediante ella se pueda evitar la investigación e imputación para personas que cometan delitos menores relacionados con el cultivo y conservación de plantaciones de las que se refiere el artículo 375 del Código Penal, permitiría al ejecutivo mayor margen de maniobra para negociar los programas de sustitución y limitaría la discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación en aplicación de la sanción penal a cultivadores. Consideramos que esto daría mayor protección para esta población a futuro. Es nuestro interés conocer si el Ministerio de Justicia y del Derecho ha considerado esta vía jurídica, y sus deliberaciones al respecto.

3. Tratamiento penal diferenciado a mujeres

Según la información brindada el 10 de marzo, el Proyecto comentado también incluirá una reforma al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal para eliminar la exclusión del acceso a subrogados penales a algunas mujeres que cumplan con condiciones tales como no ser parte de la estructura de crimen organizado, o no estar detenidas o condenadas en concurso con delitos violentos o en condiciones de vulnerabilidad, pobreza, o necesidad por causas familiares. De acuerdo con la información que nos entregó el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho el 10 de marzo, también existe una reforma para minimizar el uso de la prisión preventiva en estos casos. Sin embargo, por razones de tiempo no pudimos obtener mayores detalles.

En aplicación de un enfoque de género más amplio, no debería mencionarse sólo a las mujeres como beneficiarias del tratamiento penal diferenciado, creemos que la formulación jurídica más precisa puede dirigirse a “personas que detenten al mismo tiempo roles de cuidado y provisión” en las familias. Además, debería hacerse referencia explícita

a que todas las medidas alternativas al encarcelamiento que se desarrollen a partir de esta ley, deben tener como centro de preocupación la productividad y el empleo de las personas beneficiarias. Por ejemplo, no debería aplicarse ningún subrogado penal sin que se otorguen los permisos de trabajo necesarios. Este tipo de medidas ayudarán a disminuir la reincidencia.

Sería fundamental que se incorporara en el texto una referencia más explícita a los criterios que deberían guiar a jueces para el otorgamiento de beneficios carcelarios y penitenciarios con enfoque de género y que haga hincapié en las condiciones socioeconómicas que generaron la participación en esta actividad. Por ejemplo el tiempo que la persona infractora hubiera estado desempleada, el ingreso de sus actividades lícitas, la cantidad de personas a cargo, la formación técnica o profesional, la existencia de alguna limitación en movilidad que restrinja la búsqueda un trabajo estable. También debería haber una referencia más explícita a principios como la prevalencia del derecho de los niños, niñas y adolescentes, el apoyo especial del que goza la mujer cabeza de familia, la prohibición constitucional de someter a las mujeres a cualquier clase de discriminación, la protección de la familia o la protección y asistencia de las personas de la tercera edad.

Por otra parte, en reunión con los asesores Laura Corral y Diego Olarte del Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa celebrada el pasado 3 de abril, nos fue informado que el tratamiento penal diferenciado para mujeres ha sido trasladado al Proyecto de Ley 148 “Fortalecimiento de la Política Criminal y Penitenciaria en Colombia”, que será tramitado via ordinaria en el Congreso.

Es de preocupación para Dejusticia que este compromiso del Acuerdo Final no sea tramitado via ‘fast track’, pues es un desarrollo normativo que se desprende de manera directa de lo acordado en materia de enfoque de género. Cabe recordar que este compromiso se encuentra de manera explícita en el Acuerdo Final, en el punto 6.1.9. numeral g., según el cual: “(...) *se incluirá tratamiento penal diferenciado para mujeres en situación de pobreza, con cargas familiares, condenadas con delitos relacionados con drogas no conexos con delitos violentos y que no formen parte de estructuras directivas de organizaciones criminales.*”

Al respecto, respetuosamente solicitamos al Ministerio de Justicia y del Derecho plantear su decisión, de manera tal que el tratamiento penal diferenciado para mujeres condenadas por delitos menores y no violentos de narcotráfico, y en situación de vulnerabilidad socio económica, sea presentado al Congreso por el ‘fast track’, con fin de respetar el Acuerdo Final, la protección del enfoque de género, y además la situación de urgencia de la población beneficiaria.

La vía que hoy plantean para presentarlo por trámite ordinario, y como parte de un gran proyecto de ley, reviste un número de riesgos. Para mencionar algunos, envía un mensaje político contrario al espíritu de la paz, al no dar carácter de urgencia a las medidas del Acuerdo, y particularmente a aquellas que se refieren al enfoque de género. Por otra parte, surtiría un proceso mucho más largo, que puede no ser exitoso en lo que concierne a las mujeres encarceladas por delitos de drogas.

Esperamos que las observaciones técnicas y jurídicas que presentamos no sean tomadas como una exigencia, por el contrario, esperamos que sean consideraciones que puedan alimentar la construcción del Proyecto de Ley que se lleve al Congreso de la República. De la misma manera, solicitamos, así como lo hemos hecho en ocasión anterior, que nos permitan ver con anticipación los borradores de cada proyecto para poder dar una opinión más informada y de mejor calidad jurídica.

Cordialmente,

Vivian Newman Pont
Subdirectora
Dejusticia

Rodrigo Uprimny Yepes
Director de la Línea de Política de Drogas
Dejusticia