

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal a Propuesta para radicar, a iniciativa del Ministerio de Justicia y del Derecho, un proyecto de acto legislativo “Por el cual se reforma el artículo 66 transitorio de la Constitución Política” y su proyecto de ley que lo reglamenta “Por el cual se dictan disposiciones especiales para el tratamiento penal diferenciado para los delitos de “tráfico de estupefacientes y otras infracciones” de la Ley 599 de 2000”

Borrador de Proyecto de Acto Legislativo por el cual se reforma el artículo 66 transitorio de la Constitución Política	
Borrador de Proyecto de Ley por el cual se dictan disposiciones especiales para el tratamiento penal diferenciado para los delitos de “Tráfico de estupefacientes y otras infracciones” de la Ley 599 de 2000	
Autor	Ministerio de Justicia y del Derecho
Fecha de Presentación	22 de septiembre de 2016
Estado Actual	Borradores
Referencia	Concepto No. 16.13

1

1. Asunto preliminar

El jueves 22 de septiembre de 2016 en la sesión ordinaria del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal se realizó la discusión de una propuesta preparada por el Ministerio de Justicia y del Derecho sobre el tratamiento penal diferenciado a los pequeños cultivadores y a las mujeres procesadas y condenadas por delitos asociados al tráfico de drogas. La preparación de esta propuesta es el resultado de la discusión anterior sostenida por el Comité en el que examinó tres propuestas que previamente había preparado el Ministerio de Justicia y del Derecho¹.

La conclusión del Comité Técnico en la oportunidad anterior sostuvo que cada una de las propuestas solucionaban de manera parcial el problema de política sobre el que tenían que intervenir. Así, mientras la propuesta que tomaba como eje central el principio de oportunidad resultaba conveniente para ofrecer una respuesta a los ciudadanos procesados por el delito de conservación de plantaciones, no resultaba serlo para los no procesados que, ante la necesidad de solucionar su

¹ La discusión se realizó el 18 de agosto de 2016 en la sesión ordinaria del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal. El concepto realizado en aquella ocasión se anexa al presente.

situación jurídico penal, deberían ingresar en un proceso penal para que les fuera eventualmente aplicada la figura procesal, lo cual, dado el carácter masivo de la situación², puede generar una atrofia en la respuesta político-criminal propuesta.

Del mismo modo, la propuesta que giraba alrededor de la modificación de las reglas de la petición especial puede ofrecer una respuesta a los ciudadanos no procesados al eliminar el escenario de sanción penal, siempre y cuando se cumplan las condiciones fijadas en la política integral de sustitución de cultivos; el diseño de la misma genera una alta controversia que puede poner en cuestión la compatibilidad de esta con el orden constitucional del país.

Dado este alcance parcial de las respuestas diseñadas y reconociendo la complejidad del problema de política criminal involucrado en el asunto, el Comité Técnico esbozó otras dos líneas de trabajo sobre las cuales se puede plantear una respuesta más satisfactoria. La primera de estas se basa en la descriminalización de la hipótesis delictiva aplicable a los pequeños cultivadores, de tal modo que se mantenga el delito contemplado en el artículo 375 de la Ley 599 de 2000 reservado ahora a las medianas y grandes extensiones de cultivo. La segunda se basa en la ampliación de la base de la renuncia condicionada de la acción penal contenida en el artículo 66 transitorio de la Constitución.

2

La propuesta elaborada por el Ministerio de Justicia y del Derecho que ahora se examina optó por desarrollar la segunda de estas líneas de trabajo que el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal había propuesto bajo la siguiente lógica:

(...) la disposición vigente [en el artículo 66 transitorio] no se puede aplicar para terminar los procedimientos por delitos ordinarios que estén siendo o vayan a ser juzgados. Por el contrario, su ámbito de aplicación se desarrolla para los casos seleccionados de miembros de grupos al margen de la ley y de agentes del Estado, tanto así que la propia Constitución dispone que “el tratamiento penal especial (...) estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

Si se ampliara la base de casos que pudieran ser seleccionados para un tratamiento penal especial, ya no por razón a la pertenencia al grupo armado, sino por desplegar su infracción bajo la influencia y en conexión con la actividad que el grupo armado desarrollaba en determinado territorio, se pueden evitar las modificaciones a los procedimientos penales ordinarios y se puede enmarcar en las respuestas de justicia transicional algunas expresiones de criminalidad ordinaria que, a pesar de no tener

² De manera aproximativa, en la conservación y cultivos de plantaciones están involucradas entre 60.000 a 80.000 familias.

una conexión directamente funcional con la delincuencia política, sí lo tienen si se mira desde la óptica de la influencia situada de un grupo armado³.

2. Contenido de las propuestas

En primer lugar, se propone la introducción de un párrafo en el artículo 66 transitorio de la Constitución del siguiente tenor:

Parágrafo 3. Quienes no pertenezcan a organizaciones criminales o a grupos armados al margen de la ley y sean autores de delitos referidos en el Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera, que requieren de un tratamiento penal diferenciado, no serán perseguidos judicialmente si se acogieren a los programas de sustitución de actividades ilícitas propuestos por el Gobierno Nacional. Una ley ordinaria regulará la materia.

En segundo lugar, se propone una ley ordinaria que desarrolla el anterior contenido y propone las alternativas penales para el caso de las mujeres procesadas y condenadas por delitos asociados al tráfico de drogas.

Lo anterior, en consonancia con las prioridades de implementación normativa señaladas en la sección 6.1.9.G del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, que señala lo siguiente:

Ley de tratamiento penal diferenciado para delitos relacionados con los cultivos de usos ilícito, cuando los condenados o procesados sean campesinos no pertenecientes a organizaciones criminales, ley en la que 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, conforme a las recomendaciones efectuadas por la Organización de Estados Americanos.

El contenido de la propuesta de ley ordinaria es el siguiente:

- En el capítulo 1 se establecen las disposiciones generales relacionadas con el objeto de la ley y el enfoque diferenciado que se desarrolla.
- En el capítulo 2 se establecen una serie de definiciones generales que orientan y circunscriben el tratamiento penal diferenciado de la propuesta.
- En el capítulo 3 se establecen las “disposiciones para el tratamiento penal diferenciado de pequeños cultivadores” que contiene una propuesta de modificación del delito de conservación de plantaciones (art. 375 CP) para diferenciar la reacción punitiva de acuerdo con la gravedad de las hipótesis delictivas; el desarrollo del ámbito personal y del procedimiento de la

³ Sección 3.2 del concepto del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal. Ver anexo.

renuncia especial en el caso de los pequeños cultivadores; y, finalmente, una modificación del principio de oportunidad.

- En el capítulo 4 se establecen las “disposiciones para el tratamiento penal diferenciado de mujeres procesadas, acusadas y condenadas por delitos de Tráfico de estupefacientes y otras infracciones de la Ley 599 de 2000”. En términos generales, la propuesta establece reglas especiales de concesión de medidas cautelares de tipo personal, mecanismos sustitutivos de la pena de prisión y subrogados penales. Las figuras involucradas son las siguientes: regla especial de concesión de beneficios y subrogados penales diferente a las establecidas en el artículo 68 A del código penal; prisión domiciliaria; suspensión de la ejecución de la pena; libertad condicional; nueva circunstancia de atenuación punitiva; sustitución de la medida de detención preventiva.
- En el capítulo 5 se establecen las disposiciones finales relacionadas con la vigencia de la ley, la implementación de los programas de sustitución de cultivos de uso ilícito y la atención preferencial de los trámites judiciales que se desprenden de la propuesta.

3. Observaciones a las iniciativas

El Consejo Superior de Política Criminal considera que la propuesta presentada en esta oportunidad resulta ser la más conveniente para intervenir sobre el problema de política criminal previamente señalado. De esta manera, considera razonable la modificación del artículo 66 transitorio de la Constitución, así como la propuesta de ley ordinaria que lo desarrolla para el caso de los pequeños cultivadores y para el caso de las mujeres procesadas por delitos de drogas.

No obstante lo anterior, a continuación se presentan algunos comentarios puntuales que, compartiendo el sentido general de la propuesta, buscan corregir algunas incoherencias en el texto, así como profundizar los enfoques contenidos y advertir algunos escenarios de riesgo que puede tener la iniciativa.

3.1. Sobre la definición de la situación jurídica de las personas beneficiarias del tratamiento penal diferenciado contenido en el capítulo 3

De acuerdo con el artículo 9 de la propuesta, los casos las personas que están siendo procesadas al momento de la aplicación del tratamiento penal diferenciado se cerrarán a través de la figura de la preclusión, la cual tiene efectos de cosa juzgada material y con ello no podrá adelantarse en el futuro una investigación por esos mismos hechos. Si ello es así, es recomendable que el Gobierno Nacional, como autor de la iniciativa haga explícita esa decisión, de tal modo que quede claro que la estrategia no se basa en suspender condicionalmente la persecución en tanto se cumplan los compromisos del plan de sustitución.

3.2. Sobre la utilización de la técnica de los tipos penales en blanco como estrategia de diferenciación de la reacción penal

El Consejo Superior manifiesta que el uso de tipos penales en blanco puede tener efectos contraproducentes en relación con la legalidad y la publicidad de los contenidos de las normas administrativas que completen las disposiciones penales. A pesar de que la excepción a la legalidad estricta en materia penal que se desarrolla a través de esta técnica de tipificación no es contraria a la Constitución, si se observan determinados parámetros que se han diseñado para ello -y que están presentes en la propuesta-, por lo que es recomendable examinar la posibilidad de rangos fijos en la misma ley ordinaria.

En todo caso, es importante que se establezca con claridad los elementos necesarios para que no se vulneren los estándares de legalidad, publicidad y certeza de las normas de reenvío, en especial para que se puedan evitar los peligros de arbitrariedad de la Autoridad Administrativa y los cambios frecuentes que afecten la seguridad jurídica de los ciudadanos, que pueden suceder cuando existen tipos penales en blanco.

3.3. Comentarios en relación con el tratamiento penal diferenciado para las mujeres procesadas y condenadas por delitos asociados por drogas

5

3.3.1. Ampliación de la cobertura del tratamiento penal diferenciado

La iniciativa propone un tratamiento específico para un sector poblacional que es el de las mujeres procesadas o condenadas por delitos de drogas. No obstante, partiendo del reconocimiento de lo acertado de la propuesta, es recomendable no solo desarrollar una propuesta para el caso de las mujeres sino también para otros sectores que, en relación con el sistema penal, pueden resultar sujetos vulnerables, como es el caso de padres cabeza de hogar, personas en situaciones de discapacidad, personas mayores de 60 años, entre otros.

3.3.2. Corrección de la incoherencia en la regulación propuesta de la prisión domiciliaria

El artículo 16 de la propuesta bajo examen presenta unas nuevas reglas de concesión de la prisión domiciliaria en el caso de las mujeres condenadas por delitos de drogas. El primer requisito que se plantea es “que la pena impuesta sea o exceda de 4 años”. Tal propuesta resulta incoherente y contraria a la Constitución porque puede generar tratos desiguales.

En la sentencia C-806 de 2002⁴ la Corte Constitucional examinó y declaró inexecutable una regulación similar contenido en el artículo 64 del código penal, sobre el subrogado de la libertad condicional. La argumentación en esa ocasión resulta ilustrativa para revelar la incoherencia advertida en la propuesta bajo examen:

El actor impugna la expresión "*a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años*" del artículo 64 del Código Penal, por considerar que conculca el principio constitucional de igualdad, en la medida en que con el establecimiento de este parámetro se excluye del beneficio de la libertad condicional a los condenados a penas inferiores cuando se encuentren efectivamente privados de su libertad y reúnan las condiciones exigidas en esa disposición, que son haber cumplido las tres quintas partes de la condena y observar buena conducta en el establecimiento carcelario.

(...)Efectivamente, podría decirse que no se presenta infracción al principio de igualdad pues en la norma en cuestión el legislador está confiriendo un trato jurídico distinto a quienes se encuentran en una situación fáctica diferente, ya que para los condenados a pena privativa de la libertad que no exceda de tres años se faculta al juez penal para suspender condicionalmente la ejecución de la pena; y tratándose de los condenados a penas superiores se autoriza la concesión de la libertad condicional cuando se cumplen los requisitos exigidos para su otorgamiento. Es claro, entonces que, aquellos y éstos, si bien tienen en común el haber infringido la ley penal y ser hallados responsables por ello, se encontrarían en una situación de hecho diversa y a partir de allí comienza a justificarse el trato distinto.

(...) Sin embargo, a juicio de la Corte el trato diferente fundado en el término de duración de la condena a pena privativa de la libertad carece de una justificación objetiva y razonable, puesto que los condenados a penas inferiores a tres años que están efectivamente privados de su libertad por no haberseles otorgado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se encuentran en la misma situación fáctica de los condenados a penas superiores que también se encuentren reclusos en los centros carcelarios cumpliendo una pena; es decir, son condenados que *se encuentran efectivamente privados de la libertad* y que pueden cumplir las tres quintas partes de la condena observando buena conducta en el establecimiento carcelario.

En efecto, la razón por la que los infractores a quienes se les condena a pena privativa de la libertad de tres años o menos y tienen que cumplirla de manera efectiva en el establecimiento carcelario, radica en que no se hicieron acreedores al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Aspecto que no puede ser motivo para que una vez hayan descontado las tres quintas partes de su condena y observen buena conducta, no puedan solicitar la libertad condicional, pues según se anotó, la función de prevención especial que cumple la pena debe predicarse de todos los condenados y no solamente de aquellos que han sido condenados a pena privativa de la libertad mayores de tres años. Negar la libertad condicional para quienes se encuentran condenados a pena de prisión que no exceda de tres años, implica decidir anticipadamente que no es posible en el futuro aceptar su resocialización.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-806_2002.html#1

Por virtud del segmento normativo acusado del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, se llega al absurdo de que solamente el condenado a una pena privativa de la libertad de duración superior a los tres años -por ejemplo de tres años un día-, por su buen comportamiento en el establecimiento carcelario puede obtener la libertad condicional apenas cuando haya cumplido efectivamente veintisiete meses de privación de la libertad, al tiempo que los condenados a penas de tres años o de duración inferior deben permanecer privados de su libertad sin que tengan ese derecho. Con esta regulación, en la práctica estas condenas acaban teniendo una ejecución de mayor duración que otras sanciones que en principio fueron de mayor entidad punitiva. Este tratamiento desigual no es razonable y por lo tanto es violatorio del derecho constitucional a la igualdad.

Tal inequidad, ciertamente riñe con el principio de la igualdad contemplado en el art. 13 de la Carta Política, por cuanto los condenados a penas privativas de la libertad inferiores a tres años que la estén cumpliendo efectivamente en los centros carcelarios, se encuentran en la misma situación fáctica de los condenados a penas superiores quienes, a diferencia de los primeros, pueden observar buena conducta en el establecimiento carcelario para efectos de obtener su libertad condicional. Aquellos en cambio, tienen que cumplir la totalidad de la condena impuesta sin que su buena conducta en los centros de reclusión sea ponderada por el juez para concederles el mecanismo de la libertad condicional. También se les viola el principio de la dignidad humana, pues a los condenados a pena de prisión que no exceda de tres años se le niega la libertad condicional solo en virtud de la función retributiva de la pena, resultando afectado además el derecho a la libertad, pues ya cumplidas las tres quintas partes de la condena y habiendo guardado buena conducta, no se encuentra un criterio claro que indique la necesidad de mantenerlos privados de la libertad hasta completar la totalidad de la pena (notas suprimidas).

7

La propuesta claramente tiene la intención de proponer fórmula escalonada de mecanismos sustitutivos, de tal manera que, si no se puede acceder, por ejemplo, a la sustitución de la pena, sí se pueda acceder a la prisión domiciliaria. Sin embargo, la iniciativa tal como está redactada impediría que, aquellas personas que no puedan acceder a la sustitución, tampoco lo puedan hacer a la prisión domiciliaria. De este modo es recomendable eliminar el requisito o plantearlo en otros términos más coherentes. En este último caso, la estrategia debe fijar un límite máximo que no se puede exceder, en lugar de un límite mínimo que se tiene que cumplir. Así, una propuesta coherente puede ser “Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de diez (10) años”.

3.3.3. Advertencia de otros escenarios político criminales

En relación con este punto, el Consejo Superior de Política Criminal advierte dos escenarios que deben ser previstos con el fin de evitar frustraciones en la estrategia político criminal de tratamiento diferenciado en el caso de las mujeres procesadas y condenadas por delitos de drogas.

En primer lugar, la estrategia planteada es similar a la que se propone en el proyecto de ley de reciente presentación que modifica algunas disposiciones de

las leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 1709 de 2014. Así, es importante que el Ministerio de Justicia esté atento para que el transcurso de los debates no se configure la posibilidad de regulaciones segmentadas de las figuras penales intervenidas, sino que las dos iniciativas sean consistentes, coherentes y armónicas.

En segundo lugar, es importante destacar que las medidas adoptadas pueden generar un incentivo perverso para la utilización de mujeres en la infracción del derecho penal. Es claro, sin embargo, que tal riesgo que se advierte no es controlable exclusivamente a través de la regulación normativa aquí propuesta, sino que requiere de otros tipos de agenciamientos. En todo caso, de los que sí pueden ser controlado a través del contenido de esta propuesta es la exclusión del tratamiento diferenciado en el caso de las mujeres que no son autoras directas de las infracciones, sino que son determinadoras o autoras mediatas de las mismas, caso en el cual no habría razón para involucrarlas en una estrategia político criminal que diferencia el tratamiento punitivo a partir de su consideración de sujeto vulnerable.

4. Conclusión

La propuesta bajo examen para el tratamiento penal diferenciado en el caso de los pequeños cultivadores y mujeres procesadas y condenadas por delitos relacionados con drogas es conveniente desde el punto de vista político-criminal y resuelve los problemas y tensiones de diverso tipo que se presentaban en las anteriores iniciativas.

8

COMITÉ TÉCNICO DEL CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Ricardo Antonio Cita Triana/MJD
Aprobó: Comité Técnico CSPC
Anexos: Concepto previo

ANEXO NÚMERO 1

Estudio del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal de tres (3) propuestas para el tratamiento penal diferenciado del delito de conservación o financiación de plantaciones

1. Asunto preliminar

El jueves 18 de agosto de 2016 en la sesión ordinaria del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal se realizó la discusión de tres propuestas preparadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho⁵ relacionadas con el tratamiento penal diferenciado para pequeños cultivadores, en el marco del punto cuatro de los acuerdos alcanzados en el actual proceso de paz.

De manera regular, el Consejo Superior de Política Criminal ha conceptuado sobre proyectos de ley radicados en el Congreso de la República, o propuestas no radicadas, pero que han sido presentadas para su examen en un solo sentido, y no en tres como lo es en esta oportunidad. Así, ordinariamente, las determinaciones y argumentos que el Consejo desarrolla intentan señalar, desde un punto de vista político criminal, la conveniencia o inconveniencia de cada una de las iniciativas.

Dado que en este caso se presentaron tres variaciones sobre el mismo problema de política, el Comité Técnico discutió y examinó las propuestas, para emitir un concepto, en el cual no se señala la conveniencia o inconveniencia de cada una, sino las ventajas y desventajas, de cara al diseño constitucional disponible y a la definición de un problema de política criminal sumamente complejo.

9

2. Observaciones a las iniciativas

Cada una de las propuestas bajo examen propone respuestas a un problema de política criminal a través del establecimiento de un tratamiento penal diferenciado a un grupo de personas vinculadas con el cultivo y conservación de plantaciones de uso ilícito. En relación con ello, para el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal es clara la importancia de diseñar una estrategia de política criminal que brinde alternativas al recurso punitivo al momento de intervenir en un problema que no solo es relevante para el derecho penal, sino que además lo es para la construcción de condiciones estables de paz en los territorios del país.

Los comentarios que vienen a continuación, por lo tanto, no plantean una discusión sobre la conveniencia de un tratamiento diferenciado -lo cual, para el Comité, es una respuesta razonable y necesaria, y así lo ha manifestado en los diferentes conceptos-, sino sobre las formas concretas en que esta estrategia se desarrolla en cada una de las propuestas examinadas.

Ahora bien, la primera propuesta de tratamiento diferenciado consiste en la creación de reglas especiales para la aplicación del principio de oportunidad a los procesados que se vinculen a los programas que se diseñen en el marco de la política integral de erradicación y sustitución de cultivos ilícitos; del mismo modo, fija reglas especiales para la concesión de la libertad en los casos de aquellos que han sido condenados y se comprometen a cumplir una serie de condiciones que permiten la aplicación de las nuevas disposiciones.

⁵ Acompañan como anexo al presente documento dichos borradores.

La segunda propuesta, por su parte, se basa en la creación de un requisito de procedibilidad, según el cual para que se puedan judicializar los casos de las infracciones al artículo 375 del código penal, el delito de conservación de plantaciones, se requiere que el Presidente de la República presente una petición especial al órgano de persecución penal. Se trata, entonces, de añadir un nuevo sentido a una forma existente de iniciación de la acción penal en el país, que hasta ahora ha sido reservada para el Procurador General de la Nación y para algunos casos específicos relacionados con la extraterritorialidad de la ley penal⁶.

Por último, la tercera propuesta, además de introducir el requisito de procedibilidad mencionado en el párrafo anterior, dispone la aplicación de la amnistía e indulto para los casos de las infracciones y condenas por el delito de conservación de plantaciones.

Por otra parte, es de destacar que en los tres borradores se propone una reorganización del tipo penal dispuesto en el artículo 375 del código penal, bajo la idea de diferenciar la reacción punitiva con base en el criterio de gravedad de las conductas realizadas. Así, la menos grave, que corresponde a las de los pequeños cultivadores, tiene una sanción de prisión que admite mecanismos sustitutivos e impide la detención preventiva; la de gravedad intermedia, que se corresponde con el cultivo y conservación de plantaciones que no pueden catalogarse de pequeña extensión, tiene sanciones penales que admiten la detención preventiva y la suspensión de la condena, pero permiten la prisión domiciliaria en determinados casos; y finalmente, la infracción más grave, que se corresponde con la financiación de medianas y grandes extensiones de cultivos, contempla una sanción penal según la cual se admite la detención preventiva como medida cautelar y no se permite la aplicación de ningún mecanismo sustitutivo de la sanción principal, de tal modo de quien sea condenado en estos casos debe cumplir su pena en prisión.

El Comité Técnico considera que este rasgo que comparten las tres propuestas es necesario para la racionalización de la reacción punitiva estatal y puede convertirse en una importante medida, aunque no puede ser la única, vinculada con el tratamiento penal diferenciado en los casos de los cultivos ilícitos.

Ahora bien, en el cuadro que viene a continuación se muestran los principales rasgos de cada una de las tres propuestas que buscan intervenir en el problema político criminal de tratamiento penal diferenciado para pequeños cultivadores:

Cuadro número 1. Caracterización de las propuestas bajo examen

PROPUESTA	ALCANCE DEL TRATAMIENTO DIFERENCIADO	SENTIDO DEL TRATAMIENTO DIFERENCIADO	MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL
Principio de oportunidad y libertad condicional (1)	Fijación de reglas especiales para la aplicación de dos figuras	Los ciudadanos condenados son liberados bajo el régimen de libertad	No la requiere.

⁶ El texto vigente del artículo 75 de la ley 906 de 2004 dispone lo siguiente: “La acción penal se iniciará por petición del Procurador General de la Nación, cuando el delito se cometa en el extranjero, no hubiere sido juzgado, el sujeto activo se encuentre en Colombia y se cumplan los siguientes requisitos:

1. Si se ha cometido por nacional colombiano, cuando la ley colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años.
2. Si se ha cometido por extranjero, cuando sea perjudicado el Estado o nacional colombiano y tenga prevista pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años.
3. Si se ha cometido por extranjero, cuando sea perjudicado otro extranjero, se hubiese señalado pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea superior a tres (3) años, no se trate de delito político y no sea concedida la extradición.
4. En los delitos por violación de inmunidad diplomática y ofensa a diplomáticos.”

	existentes en el sistema penal colombiano.	condicional. A los ciudadanos procesados o que pueden llegar a serlo, les puede ser otorgado el principio de oportunidad en la modalidad de renuncia de la acción penal.	
Petición especial y acción extraordinaria de revisión (2)	Fijación de un nuevo requisito para perseguir el delito de conservación de plantaciones: presentación de una petición especial por el Presidente de la República.	Los ciudadanos condenados podrían solicitar la acción extraordinaria de revisión para anular sus procesos. El presidente se encontraría legitimado para presentar la acción. Los casos de los ciudadanos infractores requieren, para poder ser perseguidos, que se presente una petición especial.	No la requiere pero puede generar controversia constitucional por la ampliación de la figura de la petición especial que históricamente ha estado en cabeza exclusiva del Procurador General de la Nación.
Amnistía e indulto (3)	Extensión de las figuras a casos distintos a los delitos políticos y conexos.	Se otorga amnistía e indulto por una vez y se establece el requisito de procedibilidad de la petición especial para los casos futuros.	Sí la requiere. El artículo 66 transitorio de la Constitución propone posibilidades de tratamiento penal especial a miembros de grupos armados parte en el conflicto armado. Difícilmente cubre otro tipo de actores.

Luego de la lectura de cada uno de los textos, y de acuerdo a lo que se resume en el cuadro, las propuestas 1 y 2 tienen en común, no sólo que evitan modificar la Constitución, sino también que se basan en salidas a través de la intervención en el procedimiento penal existente. Por su parte, la propuesta 3 implicaría una reforma constitucional que autorice la posibilidad de otorgar amnistías e indultos a casos que no son, en estricto sentido, delitos políticos y conexos, sino a una variedad de comisiones delictivas de carácter ordinario, pero claramente desarrolladas dentro de una situación de conflicto armado, especialmente vinculada a los métodos de financiación del mismo.

Un rasgo distintivo entre las dos primeras propuestas es la magnitud de la reforma en los procedimientos penales vigentes. Así, la propuesta de modificación del principio de oportunidad se basa en la creación de algunas reglas especiales aplicables a los pequeños cultivadores con el ánimo de buscar una renuncia de la acción penal en los casos en que se cumplan las condiciones exigidas. Por otra parte, la propuesta de petición especial crea una nueva versión de la figura, de tal modo que, como requisito de procedibilidad, se exige ahora que el Presidente de la República comunique a la Fiscalía General de la Nación su voluntad de presentar o no la petición especial que se requiere para activar la acción penal.

Estas dos propuestas diferentes de reforma de los procedimientos penales es explicable si se examina desde el punto de vista de los sujetos que eventualmente se encontrarían implicados en el problema político criminal que se piensa resolver. En el cuadro que viene a continuación se presentan una caracterización de cuatro tipos de sujetos que conforman el grupo poblacional que puede ser afectado con un eventual tratamiento penal diferenciado.

Cuadro número 2. Tipo de respuesta para cada uno de los sujetos implicados, según cada una de las propuestas

Sujetos implicados en	Magnitud de la población	Propuesta 1 Principio de oportunidad	Propuesta 2 Petición especial	Propuesta 3 Amnistía e
-----------------------	--------------------------	---	----------------------------------	---------------------------

el problema de política				indulto
<i>Ciudadanos infractores, pero no procesados</i>	Se estiman, más o menos, 65000-70000 familias involucradas en el cultivo.	El caso debe entrar al sistema penal. Sale luego de la aplicación del principio.	El caso solo puede ser tramitado si se presenta petición especial del Presidente de la República.	Aplicación de amnistía
<i>Ciudadanos procesados</i>	A agosto de 2016, 123 detenidos preventivamente. El registro de 2014 muestra 172 personas capturadas ⁷ .	El caso está dentro del sistema penal. Sale luego de la aplicación del principio.		
<i>Ciudadanos condenados</i>	A agosto de 2016, 115 condenas.	Se otorga libertad condicional. Queda antecedente.	El condenado puede presentar la acción de revisión ante la Corte Suprema de Justicia. Se da la posibilidad para que el Presidente pueda hacerlo. No queda antecedente, si se anula la sentencia	Aplicación de indulto
<i>Ciudadanos liberados luego del cumplimiento de la condena</i>	No hay registro disponible en el momento.	Sujeto no cubierto por las medidas. Queda antecedente.		

Esta caracterización permite ver, ya no el alcance general de la medida, sino el tipo de efecto que puede generar en cada uno de los grupos implicados. Si se plantea la cuestión en torno a qué puede pasar si cada una de las propuestas entra en vigencia, habría que examinar los efectos en, por lo menos, cuatro grupos diferentes de ciudadanos: los que están en el sistema penal, privados o no de la libertad; y los que se encuentran fuera del sistema penal, ya sea porque cumplido con lo dispuesto en su sentencia, o porque aún no han entrado.

12

De acuerdo con la información disponible, la mayor magnitud de personas que hay que tener en consideración al momento de tomar una decisión de política criminal, no están ni condenadas, ni procesadas, sino, llamándolo de algún modo, *por procesar*. Son los miles de campesinos que en la actualidad conservan y cultivan las plantaciones, a los cuales se busca vincular a planes de erradicación y sustitución, pero que, en todo caso están realizando la infracción descrita en el artículo 375 del código penal.

El reto está, pues, en lograr estructurar una propuesta que brinde una respuesta conveniente, tanto desde la perspectiva político-criminal, como de la jurídico-constitucional. En este caso, el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal examinó los elementos generales de cada una de las propuestas y a continuación ofrece, a modo de síntesis, las ventajas y desventajas de cada una de ellas.

Cuadro número 3. Propuesta 1. Principio de oportunidad

Ventajas	Desventajas
<ul style="list-style-type: none"> · Las soluciones propuestas no implican reformas legales o constitucionales profundas. · Las soluciones se presentan dentro de los procedimientos establecidos. · Las decisiones sobre la activación o renuncia de la acción penal las adoptan fiscales y jueces. No hay actores nuevos ajenos al poder judicial. · La propuesta no implica una excepción a las reglas generales establecidas en el artículo 250 de la Constitución. · La propuesta no se deriva del artículo 66 transitorio de la Constitución. 	<ul style="list-style-type: none"> · Puede ocurrir el caso de que se niegue la aplicación del principio de oportunidad a un ciudadano infractor pero no procesado. · El caso necesariamente debe tramitarse jurisdiccionalmente, así sea para otorgar el principio de oportunidad en la modalidad de renuncia. · Situaciones como las descritas en los párrafos anteriores puede generar desconfianza en este grupo de la población, que es significativo dada su magnitud. · Los condenados quedan con antecedentes penales.
Síntesis: es la mejor propuesta para los procesados; no es la mejor para los condenados porque queda el registro de	

⁷ Cifras mencionadas en la exposición de motivos de la propuesta 3 bajo análisis.

antecedentes; puede generar desconfianza en los infractores no procesados porque no hay una garantía plena de la renuncia de la acción penal en cada uno de los casos.

En la medida en que la propuesta 1 se centra en la fijación de reglas especiales para la aplicación del principio de oportunidad, ello implica que los infractores no procesados, para solucionar su situación jurídico-penal, deben presentar su caso ante la Fiscalía General de la Nación para que esta realice el trámite del principio de oportunidad, el cual tiene control judicial por parte de los jueces de control de garantías⁸. Desde el punto de vista político-criminal no existe ninguna dificultad en que, dado el carácter masivo de este grupo de sujetos implicados, se puedan presentar diligencias y decisiones colectivas en relación con la adopción del principio de oportunidad. Lo que sí es inevitable en este escenario es que los casos entren al sistema penal, así sea para luego salir en virtud de la renuncia a la acción penal, lo que implica, por lo menos, la imputación de los cargos a los nuevos procesados.

Lo anterior, si bien se ajusta a las previsiones constitucionales sobre la manera de renunciar al deber de investigar y sancionar las conductas punibles que ocurren en el país, entraña un riesgo considerable. El hecho de que, aquellos cultivadores que no estén judicializados deban presentar su caso para que pueda ser valorada la posibilidad de renuncia a la persecución, puede generar desconfianza entre los campesinos cultivadores que los motive a no participar en la política de erradicación y sustitución de cultivos, por temor a ser encarcelados. Esto, por tanto, constituye el mayor riesgo para la estrategia político criminal.

Si se suprime la dificultad señalada en el párrafo anterior la propuesta tiene unos márgenes altos de adecuación al problema político-criminal sobre el que se quiere intervenir. El principio de oportunidad es el mecanismo establecido en la Constitución para omitir el deber estatal de perseguir las conductas punibles y mantenerse dentro de los márgenes de éste hace que los riesgos de sustitución o de proposición de salidas que puedan llegar a ser interpretadas como desvíos o atajos tiendan a cero.

De otra parte, también es importante destacar que el tratamiento diferenciado para los condenados puede considerarse desventajoso en relación con los demás, en la medida en que para ellos la respuesta que se ofrece es la libertad condicional, lo cual implica que pueden ser liberados de manera más pronta, pero conservarán los antecedentes criminales. Así, mientras la aplicación del principio de oportunidad no deja ningún registro en los beneficiarios, los ciudadanos que sí fueron condenados quedarán con el registro de la sentencia proferida por los jueces de la República.

En síntesis, la propuesta 1 es la mejor para los procesados, porque se pueden beneficiar del otorgamiento de un principio de oportunidad, que les permite evitar ser condenados y sancionados con pena de prisión. Sin embargo, no es la mejor para los condenados porque queda el registro de antecedentes, aunque puedan salir con mayor prontitud en el caso de que les sea otorgada la libertad condicional. Así mismo, existe un riesgo muy alto, casi que cierto, de generar desconfianza en los infractores no procesados porque no hay una garantía plena de la renuncia de la acción penal en cada uno de los casos.

Cuadro número 4. Propuesta 2. Petición especial

Ventajas	Desventajas
<ul style="list-style-type: none"> · Se establece como mediación para la activación de la acción penal la presentación de una petición en cabeza del Presidente. · La propuesta no requiere modificación constitucional y solo establece un nuevo uso de una institución procesal existente. 	<ul style="list-style-type: none"> · Desde una perspectiva de costo-beneficio, no parece conveniente establecer nuevas reglas de procedimiento penal para solucionar un problema operativo, como lo es el de generar confianza en los infractores no judicializados. · El riesgo de controversia constitucional bajo la idea que

⁸ Cfr. Art. 327 CPP.

<ul style="list-style-type: none"> · En la medida en que la petición especial funciona como un filtro en la activación de la acción penal, se puede garantizar que si se cumplen las condiciones de los programas de sustitución 	<p>la propuesta modifica indebidamente la petición especial es alto.</p> <ul style="list-style-type: none"> · La propuesta puede presentar varias dificultades en su implementación. · Puede llegar a ser considerada como una especie de renuncia a la acción penal de facto, que obvia el mecanismo constitucional previsto para ello (ppio. de oportunidad). · Así mismo, podría llegar a entenderse como una amnistía velada y, por tanto, considerarse inconstitucional.
<p>Síntesis: es una buena medida para los infractores no procesados porque puede solucionar el problema de ingresar al sistema penal miles de casos de infractores no procesados; no es la mejor propuesta para los condenados porque existen muchas variables que podrían hacer que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia no siempre rescinda el fallo; existen dificultades operativas que puede hacer difícil la situación de todos los sujetos implicados; alta probabilidad de controversia constitucional con decisión en contra de la propuesta.</p>	

En relación con la propuesta número 2, esta es, sobre todo, una estrategia para evitar el mayor riesgo político criminal que sucede con la primera. Esta nueva propuesta busca establecer un dispositivo de mediación al momento de la activación de la acción penal. Así, en lugar de proponer una estrategia general de renuncia de la acción penal, la propuesta 2 establece una especie de filtro a través de un requisito de procedibilidad, según el cual solo podría perseguirse el delito de conservaciones si y solo si el Presidente de la República presenta la petición especial a la Fiscalía General de la Nación.

Como dispositivo para la mediación de la activación de la acción penal esto permitiría plantear una garantía según la cual, mientras se cumplan con todas las condiciones de una política integral en contra de los cultivos ilícitos, no se activaría la acción penal. En otras palabras, se trata de diferir y condicionar la amenaza penal al cumplimiento de las condiciones establecidas para el desarrollo de una política de erradicación y sustitución que desarrolla respuestas extrapenales al problema de los cultivos ilícitos.

Por otra parte, dado que se introduce un nuevo requisito de procedibilidad en el caso de los delitos de conservación de plantaciones, la propuesta supone que los condenados pueden presentar el caso ante la Corte Suprema de Justicia para que esta revise la nueva situación y declare, si lo encuentra ajustado, sin valor la sentencia que motivó la acción. Del mismo modo, la propuesta presenta una especie de legitimación residual para el que Presidente de la República presente la acción de revisión, en el que caso en que ninguna de las partes o intervinientes la presente.

Luego del examen del Comité Técnico se advierte que bajo esta propuesta se pueden presentar una serie de inconvenientes que la pueden tornar inoperantes. Estos se pueden agrupar en dos grandes grupos: los relacionados con la constitucionalidad de la estrategia y los que se presentan como dificultades principalmente operativas.

Antes de revisar estos inconvenientes, para el Comité Técnico es evidente que el arribo a esta propuesta en particular es la necesidad de conjurar el riesgo que implica para una política integral de sustitución y erradicación de cultivos ilícitos la desconfianza de la población beneficiaria. Sin embargo, lo que queda claro luego del examen es que plantear una reforma del procedimiento penal de este calado solamente para tratar de solucionar un problema operativo puede resultar muy costoso.

Ahora bien, en relación con el primer tipo de inconvenientes, la propuesta 2 busca establecer un nuevo uso de la figura de la petición especial que puede generar un debate en relación con la constitucionalidad de la medida. Es claro que la petición especial no ha presentado un amplio uso en el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano y que ha estado radicada en cabeza del Procurador General de la Nación para unos asuntos muy particulares en relación con extraterritorialidad de la ley penal. También es claro que la figura de la petición especial no tiene un

amplio desarrollo constitucional que permitiría que esta fuera intervenida desde el punto de vista legal. Sin embargo, se pueden presentar objeciones a la propuesta en el sentido en que ésta desfigura la institución, al admitir un nuevo sujeto de la misma, así como otorgándole un nuevo uso más allá de los asuntos relacionados con la extraterritorialidad de la acción penal que ha marcado su definición y uso por varias décadas.

Por otra parte, además de la controversia constitucional, para el Comité Técnico no es claro por qué el Presidente de la República tendría esa atribución en relación con la acción penal, que sí está reconocida para la Fiscalía General de la Nación, en los casos de las investigaciones de oficio, en las víctimas, en los casos de la querrela, y en el Procurador General de la Nación, en el caso de la petición especial. Desde el punto de vista operativo, no se encontrarían mayores argumentos para sostener su nueva participación en el proceso penal; el único que viene a colación puede ser el relacionado con el interés de desarrollar las políticas que se deriven del acuerdo de paz.

También es importante mencionar que existen razones para sostener que resulta inconveniente el hecho de otorgarle al Presidente de la República la posibilidad de presentar la acción de revisión. La principal es que este no es ni parte ni interviniente en los procesos penales, lo cual podría considerarse como una intromisión, por lo menos anómala, del Ejecutivo en los procesos judiciales.

En definitiva, aunque puede resultar una buena medida para los infractores no procesados porque puede solucionar el problema de ingresar al sistema penal miles de casos, no es la mejor propuesta para los condenados porque existen muchas variables que podrían hacer que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia no siempre rescinda el fallo. Además, existen dificultades operativas que pueden hacer difícil la situación de todos los sujetos implicados, así como una alta probabilidad de controversia constitucional.

15

Cuadro número 5. Propuesta 3. Amnistía e indulto

Ventajas	Desventajas
No se requieren ajustes en el procedimiento penal en materia de persecución y de revisión de las condenas. Representa ventajas para todos los sujetos implicados. No hay que ingresar los casos al sistema penal de los infractores no procesados.	Implica una modificación a la Constitución, dado que el marco disponible difícilmente las permite. Fuerte resistencia a admitir esta propuesta en casos de delitos que no son políticos, ni conexos. El carácter excepcional hace que la intervención sea por una sola vez.
Síntesis: es la mejor propuesta para los procesados; no es la mejor para los condenados porque queda el registro de antecedentes; puede generar desconfianza en los infractores no procesados porque no hay una garantía plena de la renuncia de la acción penal en cada uno de los casos.	

Por último, la propuesta 3 propone la amnistía y el indulto. Esta tiene la ventaja de ser la mejor propuesta para todos los sujetos involucrados, pero, así mismo, representa un nivel de debate y discusión constitucional alto, no solo porque implicaría una reforma constitucional, sino porque busca la aplicación de estos instrumentos excepcionales a casos no asociados ni directamente, ni de manera funcional, con la delincuencia política.

3. Otras opciones que pueden considerarse para tomar una decisión político criminal

Como se pudo notar, no es posible sostener que una u otra propuesta resulta inconveniente en su totalidad, sino, más bien, que cada una de ellas contiene ventajas y desventajas. Dada la complejidad del asunto que se intenta resolver y la dificultad para establecer líneas conclusivas puntuales, el Comité Técnico anota a continuación dos elementos adicionales que pueden tomarse en consideración y que, de algún modo, tratan de reconfigurar las ventajas de las propuestas de tal modo que se pueda disminuir el riesgo de cada una de ellas.

3.1. Descriminalización de las hipótesis menos graves de la conservación y cultivos de plantaciones

La primera consideración se relaciona con la posibilidad de discriminalizar determinados comportamientos que en este momento están incluidos en el delito de conservación de plantaciones. En términos generales, se trata de aprovechar el estado de la discusión sobre la política penal en materia de lucha contra las drogas. Desde diversas perspectivas, incluyendo el Consejo Superior de Política Criminal, se ha insistido en la necesidad de diferenciar la reacción penal en la materia, de manera que no se responda con la misma intensidad a situaciones que son realmente diferentes, ya sea porque entrañan menor daño, o menor calidad en el aporte a una cadena criminal.

Aprovechando la propuesta de modificación del tipo penal de conservación o financiación de plantaciones (art. 375 CP), que tienen en común las tres iniciativas bajo examen, se puede pensar en la posibilidad de discriminalizar la primera hipótesis allí contenida, de tal modo que el hecho de la conservación de plantaciones de menor magnitud, que puede coincidir con la idea de “pequeño cultivador”, deja de ser relevante para la persecución penal. Lo que quedaría incluido en el catálogo punitivo serían las conservaciones, cultivos y financiaciones de plantaciones y semillas que superan la unidad de medida que coincide con la idea de “pequeño cultivador”. Además, dentro de los comportamientos que continúan criminalizados, se establece una diferenciación punitiva que castiga con mayor pena de prisión a los financiadores de grandes extensiones respecto de los conservadores de medianas extensiones.

De esta manera, el principal riesgo político criminal que existe en la propuesta 1 desaparece porque esos casos dejan de ser relevantes para la persecución penal. Así, los campesinos pequeños cultivadores pueden estar seguros de que involucrarse en la política integral de sustitución y erradicación de cultivos no genera ningún riesgo de ser encarcelados y, así mismo, no se podría generar objeciones a los mecanismos procesales aplicables a los demás casos relevantes para el derecho penal, de las personas involucradas con medianas y grandes extensiones. Por último, en el caso de los procesados y condenados, el principio de favorabilidad penal cubriría sus situaciones, extinguiendo sus procesos y sus condenas.

16

También, de otra parte, los mayores riesgos de las propuestas 2 y 3 se anulan en la medida en que no se crean nuevas figuras procesales o se autorizan mecanismos excepcionales con altos niveles de controversia. En su lugar, la discriminalización de la hipótesis menos grave cumpliría con la expectativa de tratamiento diferenciado a los cultivadores y permitiría ofrecer respuestas extrapenales al problema del cultivo ilícito, sin necesidad de renunciar al uso del instrumento punitivo, el cual se concentraría ahora en la persecución de los casos graves y especialmente graves.

3.2. Modificación del artículo 66 transitorio de la Constitución

Por último, la otra propuesta que se discutió y que podría superar varios de los inconvenientes detectados en cada una de las propuestas es la de la ampliación de la base que permite aplicar la “renuncia condicionada a la acción penal”, contenida en el artículo 66 transitorio de la Constitución.

En términos generales, la lógica de la propuesta es que la disposición vigente no se puede aplicar para terminar los procedimientos por delitos ordinarios que estén siendo o vayan a ser juzgados. Por el contrario, su ámbito de aplicación se desarrolla para los casos seleccionados de miembros de grupos al margen de la ley y de agentes del Estado, tanto así que la propia Constitución dispone que “el tratamiento penal especial (...) estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la

desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

Si se ampliara la base de casos que pudieran ser seleccionados para un tratamiento penal especial, ya no por razón a la pertenencia al grupo armado, sino por desplegar su infracción bajo la influencia y en conexión con la actividad que el grupo armado desarrollaba en determinado territorio, se pueden evitar las modificaciones a los procedimientos penales ordinarios y se puede enmarcar en las respuestas de justicia transicional algunas expresiones de criminalidad ordinaria que, a pesar de no tener una conexión directamente funcional con la delincuencia política, sí lo tienen si se mira desde la óptica de la influencia situada de un grupo armado.

4. Conclusión

En el presente concepto se han expuesto las diferentes ventajas y desventajas que las tres propuestas contienen para desplegar una estrategia de tratamiento penal diferenciado en los casos de los pequeños cultivadores involucrados en la infracción contenida en el artículo 375 del código penal.

Como se vio, la propuesta 1 es la mejor para los procesados, pero no es la mejor para los condenados y, además, existe un riesgo alto de generar desconfianza en los infractores no procesados porque no existe la plena garantía de la renuncia de la acción penal en cada uno de los casos. En el caso de la propuesta 2, aunque puede resultar una buena medida para los infractores no procesados, no es la mejor propuesta para los condenados porque existen muchas variables que podrían hacer que no siempre rescinda el fallo condenatorio y, además, existen dificultades operativas que puede hacer difícil la situación de todos los sujetos implicados, así como una alta probabilidad de controversia constitucional. Por último, la propuesta 3 transita casi que obligatoriamente por una difícil controversia constitucional al buscar extender la aplicación de la amnistía e indulto a casos de criminalidad ordinaria.

Adicional al examen de las propuestas, el Comité consideró conveniente esbozar otras dos estrategias adicionales que se pueden evaluar al momento de adoptar decisiones de política criminal. Las dos estrategias buscan reducir los riesgos detectados, así como brindar una respuesta adecuada a todos los sujetos implicados en el problema.

COMITÉ TÉCNICO DEL CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal