

DOCUMENTO
PRELIMINAR

 MINJUSTICIA

 **TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Tendencias en la judicialización y alternativas al encarcelamiento para los delitos de drogas



GRUPO DE TRATAMIENTO · JUSTICIA · REINTEGRACIÓN · JUSTICIA RESTAURATIVA · INCENTIVOS
RÁPIDO · JUSTICIA RESTAURATIVA · INCENTIVOS
ALTERNATIVAS AL ENCARCELAMIENTO · SUPERVISIÓN JUDICIAL · SALUD · REINTEGRACIÓN
ALTERNATIVAS AL ENCARCELAMIENTO · SUPERVISIÓN JUDICIAL · SALUD · REINTEGRACIÓN
ALTERNATIVAS AL ENCARCELAMIENTO · SUPERVISIÓN JUDICIAL · SALUD · REINTEGRACIÓN

Gobierno de Colombia

Yesid Reyes Alvarado

Ministro de Justicia y del Derecho

Carlos Medina Ramírez

Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa

Javier Andrés Flórez Henao

Director de Política de Drogas y Actividades Relacionadas

Martha Paredes Rosero

Subdirección Estratégica y Análisis

Coordinadora Observatorio de Drogas de Colombia

Coordinadores temáticos

Edwin Andrés Pérez Rubio

Alberto de Jesús Cuesta Gómez

Astrid Fuya Barajas

AGRADECIMIENTOS

La realización de esta publicación fue posible gracias a la colaboración de las siguientes entidades:

Ministerio de Defensa Nacional

Policía Nacional - Dirección Antinarcóticos- DIRAN

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC

Fiscalía General de la Nación FGN

Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos-UNODC/SIMCI

Tabla de contenido

Introducción

1. Contexto

1.1 Normatividad en torno a capturas, procedimiento contravencional y dosis mínima

1.2 El uso del derecho penal en la política de drogas

2. Tendencias en los procesos de judicialización de delitos relacionados con drogas

2.1. Delito de Tráfico, fabricación o porte de Estupefacientes

2.1.1 Capturas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

2.1.2 Etapa preprocesal – Indagación

2.1.3 Ejecución de Penas

2.2 Delito de Conservación y financiación de plantaciones

2.2.1. Capturas por el delito de Conservación y financiación de plantaciones

2.2.2 Etapa de Ejecución de penas

3. Análisis de sentencias

3.1 Metodología

3.2 Adecuación típica de la conducta punible para el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 C.P)

3.3 Tipo de droga por la cual fue judicializado el infractor

3.4 Subrogados penales.

4. Alternativas al encarcelamiento

4.1 Concepto de alternativas al encarcelamiento

4.2 Características principales de las alternativas al encarcelamiento.

4.3 Acciones del gobierno colombiano para dimensionar las alternativas al encarcelamiento y su implementación

4.4 Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Retos y desafíos

Introducción

Al realizar una revisión de la información que se encuentra disponible para temas relacionados con drogas, se encuentra una gran cantidad de literatura e investigaciones realizadas que dan cuenta de temas específicos en su mayoría relacionados con producción, cultivos, rendimientos y consumo de estupefacientes; sin embargo, no todos los temas de drogas tienen la misma producción literaria; para algunos temas específicos de drogas, la información disponible es limitada o no se encuentra basada en evidencia empírica que la respalde; si bien en algunas ocasiones se pueden encontrar algunos escritos, en muchos casos sólo representan la opinión de sus autores.

Uno de los temas con menos desarrollo documental en Colombia es el relacionado con criminalidad y delitos asociados a las drogas, si bien se habla constantemente de lo que se encuentra plasmado en la normatividad, lo que sucede con la aplicación de dicha normatividad es un tema que no ha sido tratado a profundidad. La carencia de investigaciones al respecto, no obedece a falta de interés de los conocedores del tema de drogas, sino a la dificultad que reviste el acceder a información oportuna y de calidad que permita conocer a profundidad este fenómeno.

Por esta razón, el Ministerio de Justicia y del Derecho, durante los últimos dos años ha centrado su atención en conocer más a fondo esta temática. Los desarrollos realizados durante este tiempo, de manera general se resumen en los siguientes temas:

- Contar con información actualizada y periódica sobre las diferentes etapas que se surten para judicializar los delitos relacionados con drogas; esto con el fin de tener un conocimiento real de lo que sucede durante cada una de las etapas, desde la captura hasta la ejecución de penas. Para ello, es necesario contar con bases de datos de diferentes entidades, que permitan conocer el comportamiento de las actuaciones en cada etapa para así mismo y con base en evidencia real, identificar la problemática, las posibilidades de mejora y los desafíos con el fin de generar políticas que permitan cambiar o mejorar la situación actual.
- Se adelantó un trabajo cualitativo de análisis de sentencias proferidas por jueces para delitos de drogas, con el fin de conocer a fondo información más precisa sobre cada uno de los casos. Por lo complicado de esta labor, se tomó una muestra de sentencias y la información se consolidó en una gran matriz, que esperamos sea un insumo que permita conocer no sólo información del proceso judicial, sino también tener un acercamiento a la caracterización de las personas que cometen delitos de drogas.

- Estudio jurídico profundo sobre posibles alternativas al encarcelamiento existentes en el ordenamiento colombiano. Esta acción se adelanta principalmente, por el interés expresado por el gobierno colombiano en explorar alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas, para ello se revisó la literatura escrita sobre el tema y se analizó a la luz de la normatividad colombiana.

A continuación se presentan algunos resultados preliminares de los estudios realizados, buscando mostrar un panorama de lo desarrollado desde el Ministerio de Justicia y del Derecho de acuerdo con la creciente necesidad de información tanto en el ámbito académico como institucional, toda vez que la información presentada resulta un referente para la toma de decisiones de política pública y para la discusión académica sobre el tema.

1. Contexto

En el ámbito internacional, las políticas de lucha contra las drogas han estado influenciadas por una tendencia represiva reflejada en el uso del derecho penal y fundamentada en acuerdos internacionales como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, el Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, así como en la política exterior de los Estados Unidos basada en la guerra contra las drogas propuesta por Richard Nixon en 1971.

Bajo esta línea, se tiende a criminalizar todas las fases de la cadena de drogas (cultivo, producción, distribución y comercialización) e incluso, en algunos países, el consumo también se encuentra penalizado (Uprimny, Guzmán, & Parra, 2012). Sin embargo y a pesar de las distintas políticas de mano dura que se han instaurado y los altos recursos invertidos en contra de esta problemática, los resultados no han alcanzado los logros esperados en términos de reducción de la demanda y oferta de estupefacientes.

Aunque algunos indicadores muestran éxitos operativos frente a la lucha contra las drogas, la realidad indica que el país debe continuar avanzando hacia la desestructuración de las redes criminales debido al carácter reaccionario de las mismas. Por otro lado, las políticas represivas, tienen consecuencias a nivel social, ya que el encarcelamiento por delitos de drogas parece afectar principalmente a cultivadores, pequeños traficantes y consumidores, sin que se debilite a las grandes estructuras criminales.

Esta situación sugiere que las medidas adoptadas en el desarrollo de las políticas de drogas en el país, no resultan proporcionales a los resultados y beneficios alcanzados (Uprimny, Guzmán, & Parra, 2013); por el contrario, la situación actual refleja unos altos costos sociales en términos de aumento del consumo y la problemática que se genera alrededor de las personas privadas de la libertad.

1.1 Normatividad en torno a capturas, procedimiento contravencional y dosis mínima

La forma de combatir el problema de las drogas desde las diferentes esferas se ha limitado en gran medida por la promulgación de normas represivas relacionadas con la imposición de penas, persecución criminal, ampliación de actividades delictivas y en general la judicialización de conductas, lo cual hace ver que la reacción del Estado es principalmente de carácter penal o contravencional, sin que las esferas de prevención y tratamiento tengan el protagonismo que deben tener como la forma más “humana” de tratar el problema. Desde lo penal, es amplio el historial de leyes, decretos y sentencias que afectan la manera práctica en que las autoridades judiciales hacen su aplicación, en muchos casos esto se ve representado en un alto número de capturas y de personas judicializadas por tráfico, porte y otras actividades relacionadas con las drogas.

“Hace un poco más de dos décadas usted podía ser arrestado hasta por 30 días si era sorprendido portando o fumando un cigarrillo de marihuana, o hasta por un año si lo hacía por segunda vez” (Norato, 2014). Esto de acuerdo con lo promulgado en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (1986) en su artículo 51, así mismo se hacía *obligatorio* el internamiento de los consumidores en un tratamiento de rehabilitación, siempre que existiera un dictamen legal que diera cuenta de la adicción.

El Artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o “Estatuto Nacional de Estupefacientes”, definió en su literal j), que se considera dosis para uso personal “la cantidad de estupefaciente que una persona **porta o conserva para su propio consumo**”. En tal sentido prescribió como “dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona que no exceda de dos (2) gramos”. Así mismo dicho artículo establece: “...no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”.

Aunque se estableció la dosis mínima para el consumo desde la promulgación de la norma en 1986, no es clara la aplicación práctica que deben realizar los operadores judiciales; la tendencia creciente en el número de personas capturadas por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tiene como una de sus fuentes la subjetividad en la aplicación de la norma; policías, fiscales y jueces, se enfrentan a diferentes leyes, sentencias y actos legislativos, en ocasiones confusos que llevan a que no exista claridad en muchos casos frente a la norma o sentencia que se debe aplicar.

El artículo 49 de la Constitución Política del 91, en principio **no** hacía referencia al consumo o porte de estupefacientes y se limitaba a garantizar los servicios de salud de forma descentralizada con responsabilidad del estado para los tratamientos básicos y prioritarios de forma gratuita, terminando el artículo con el siguiente párrafo “Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”.

Con el antecedente de lo dicho en la ley 30 de 1986, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-221 de 1994 sobre el concepto de despenalización de dosis personal declarándolo ajustado a la Constitución con el siguiente argumento “determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que solo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables, con lo cual se llegó a la conclusión de *despenalización de la dosis mínima*.”

El decreto 1108 de 1994 *"Por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas"*. Promulgó la reglamentación y sanción del consumo en adolescentes y mujeres lactantes, también propuso un tratamiento diferencial dirigido hacia el consumo problemático y expuso condiciones de prevención teniendo como herramienta la educación especialmente para estos dos grupos vulnerables, de igual manera penalizó el consumo y porte de estupefacientes para adolescentes y madres lactantes, aduciendo la protección a los niños y adolescentes.

La ley 745 de 2002 *"Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia"* busca la protección de menores de edad y la familia mediante la imposición de multas y contravenciones a las conductas relacionadas con consumo o porte que afecten de manera directa o indirecta a dicha población, independientemente de la circunstancia del infractor como consumidor y las normas sobre dosis mínima, la competencia para las contravenciones está a cargo de juzgados municipales e inspecciones de Policía.

En el año 2009, se propuso la reforma al Artículo 49 de la Constitución Política, iniciativa que se materializó en el Acto Legislativo 02 de 2009. Mediante este acto legislativo se pretendió que desde la Constitución se prohibiera el porte y consumo de estupefacientes. *"El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancia"*. En esta reforma se establece como prioridad el tratamiento terapéutico para aquellas personas con consumo problemático de estupefacientes siempre que se cuente con el consentimiento informado del paciente.

En la sentencia C-574 de 2011, se demanda la constitucionalidad del prohibicionismo al Consumo y porte de sustancias estupefacientes aplicado en el anterior acto legislativo 02 de 2009, con lo cual la Corte refrenda lo dicho en la sentencia C-221 de 1994 sobre la dosis personal, eliminando el prohibicionismo en los casos de dosis mínima, según lo acordado en la ley 30 y la sentencia C-221 de 1994.

Posteriormente en 2011 mediante la Ley 1453 que modificó el Art 376 del Código Penal, se adicionó la conducta “llevar consigo” a la definición del delito de tráfico, fabricación o

porte de estupefacientes, el cual quedó así: “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. 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. (Subrayado por fuera del original)

De igual manera la *Política Nacional de Convivencia y seguridad Ciudadana*, del Departamento Nacional de Planeación, aunque no modifica leyes o decretos, resalta la seguridad en las ciudades buscando que el microtráfico de estupefacientes fuera uno de los delitos priorizados que debe ser objeto de intervención de la acción estatal debido a “su alto impacto, su interrelación con otras modalidades criminales y su incidencia en la percepción de seguridad” (DNP, 2011).

Mediante la Sentencia C-491 de 2012, se establece que la Ley 1453 de 2011 no penaliza el porte y consumo de estupefacientes en cantidades menores o dosis mínima, pero mantiene la obligación de parte del Estado de garantizar el tratamiento al infractor con consumo problemático y a su familia. Claramente la tendencia de las altas cortes ha sido mantener el derecho de los ciudadanos frente al consumo de la dosis mínima, respetando el derecho constitucional de la libertad de expresión y evaluando la antijuricidad en casos específicos.

De manera general , la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia sobre el tratamiento al porte de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal, ha establecido las siguientes reglas: (i) El concepto de dosis personal y su regulación prevista en el literal j) del Artículo 2º de la Ley 30 de 1986 continúan vigentes; (ii) *en casos de porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación es preciso analizar si la conducta reviste relevancia penal por concurrir la exigencia de **antijuricidad material*** (Art. 11 Código Penal), es decir si reviste idoneidad para *afectar el bien jurídico de la salud pública*, o si se trata de un acto que solo concierne al fuero individual del portador; (iii) cuando se trata del porte, tráfico o fabricación de estupefacientes en cantidades comprendidas dentro del rango de dosis personal, *destinadas no al consumo sino a su comercialización e incluso a su distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege*; (iv) cuando la sustancia, atendiendo cantidades insignificantes o no desproporcionadas (concepto que incluye la dosis personal), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problema de narcodependencia, no concurre el presupuesto de la antijuricidad en tanto no se afectan los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger; (v) A pesar de la prohibición introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009 (Art. 49 C.P.), y de la modificación al Artículo 376 del Código Penal efectuada por el Artículo 11 de la Ley 1153 de 2011, es posible tener por impune el consumo de estupefacientes en las dosis fijadas

en el literal j) del Artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, previa valoración del criterio de lesividad o antijuridicidad material.

Siguiendo las recomendaciones de la Corte Constitucional, si bien la cantidad de droga es determinante para la captura, es aún más importante establecer la destinación de la cantidad de droga que produce la captura (consumo-venta) y la condición de adicción de la persona para determinar la gravedad del hecho o el real daño que causa sobre el bien jurídico tutelado.

En síntesis, se observa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia responde a algunos criterios de política criminal y política de drogas basados en un tere y afloje entorno al derecho al consumo de estupefacientes en cantidades comprendidas dentro de la dosis mínima, la judicialización del porte y la protección de la seguridad y de los niños y niñas, por lo cual, no deja de ser confuso para los operadores judiciales la aplicación de la norma, y en muchos casos parece estar en contra la acción de la Policía como encargada de la seguridad y la necesidad de represión por parte del Estado con la evaluación de la afectación verdadera que cierta conducta puede tener sobre los bienes jurídicos que debe proteger. Claramente es necesaria la priorización de casos y la desmantelación de organizaciones criminales, más allá de la persecución a consumidores o pequeños traficantes de drogas.

1.2 El uso del derecho penal en la política de drogas

Como se afirma en *¿Des-proporción en la judicialización de los delitos de droga? (2013)* y como se observa en la normatividad expuesta, en poco tiempo, el país pasó de tener un par de regulaciones represivas que no implicaban prisión, a la tipificación de todas las conductas relacionadas con drogas, incremento que estuvo fuertemente influenciado por la tendencia internacional de penalización. Frente a esto, los autores plantean que el aumento de las conductas tipificadas no es proporcional a los daños causados por las conductas de drogas, sobre todo si se tiene en cuenta que los cambios normativos no se han fundamentado en evidencia empírica sobre los reales daños causados.

Es así como, la primera norma en materia de drogas en Colombia (Ley 11 de 1920) se caracterizó por establecer solo sanciones pecuniarias sobre el tráfico y el consumo, mientras que las últimas reformas al Código Penal en materia de drogas, han aumentado las penas de conductas relacionadas con drogas hasta el máximo de 30 años de prisión (Uprimny, Guzmán, & Parra, 2013), lo que muestra que tanto las conductas tipificadas, como las penas por este tipo de delitos, han venido en un aumento excesivo.

Tabla X. Evolución de penas en Colombia para delitos relacionados con drogas

Norma	Año	Pena Mínima	Pena Promedio	Pena Máxima
Ley 11	1920	0 ⁶	0	0
Ley 118	1928	1 mes	6,5 meses	1 año
Ley 96	1936	6 meses	2,75 años	5 años
Ley 45	1946	6 meses	2,75 años	5 años ⁷
Decreto 522	1971	1 año	3 años	5 años
Decreto 1188	1974	2 años	6 años	14 años
Ley 30	1986	1 año	10,5 años	20 años
Ley 599	2000	1 año	10,5 años	20 años
Ley 1453	2011	1 año	15,5 años	30 años

Tomado de (Uprimny, Guzmán, & Parra, 2013), pág. 119

Destaca que, desde el año 1928 hasta 2011, las penas máximas para los delitos de drogas tuvieron un aumento exponencial de uno a 30 años. Lo mismo sucede con el número de artículos que tipifican las conductas relacionadas con drogas, ya que de unos pocos existentes en la década de los cincuenta, se pasó a una gran cantidad de artículos, que si bien en los últimos años no han tenido un aumento considerable, la tendencia ha sido a que en su interior se aumenten el número de conductas tipificadas y de verbos rectores (Uprimny, Guzmán, & Parra, 2012).

Esta tendencia ha tenido un gran impacto en la población que ha sido condenada por delitos relacionados con drogas, ya que la legislación tiende a incluir dentro de los mismos tipos penales conductas muy diversas, con consecuencias y grados de responsabilidad diferentes, pero que son castigadas con las mismas penas. (CICAD, 2015). Este es el caso del artículo 376 del Código Penal: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que contiene más de diez conductas e impone las mismas penas a comportamientos que tienen una gravedad diferente.

A pesar de esto, el creciente uso del derecho penal como respuesta a la problemática de drogas, se ha justificado en la protección de la salud pública y en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado, con el fin de preservar la seguridad. Bajo esta perspectiva, el Estado realiza grandes esfuerzos en la judicialización de una gran cantidad de personas o en la implementación de procedimientos contravencionales para garantizar la seguridad ciudadana, sin considerar que, el bien jurídico tutelado en los delitos relacionados con drogas (la salud pública) puede tener un infractor directo por voluntad propia, sin que su comportamiento genere daños evidentes al resto de la sociedad, en comparación con conductas de mayor gravedad que tienen una víctima visible.

Un claro ejemplo de la desproporción que existe en la normatividad relacionada con drogas, se evidencia en que en el país la pena máxima por tráfico de drogas es de 30 años, mientras que por acceso carnal violento es de 20 años (Uprimny, Guzmán, & Parra, 2012), constituyéndose el delito de tráfico en uno de mayor gravedad con respecto al de violación. Esto demuestra que el excesivo uso del derecho penal en la política de lucha contra las drogas, responde más a una tendencia de tipificar todas aquellas conductas que se presumen que puedan ocasionar un riesgo para los individuos, sin considerar que el

derecho penal debe ser usado como última ratio y solo cuando cualquier otro método para proteger a la sociedad o para resocializar al infractor, ha fracasado¹.

Frente a esto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, estableciendo que el derecho penal se debe utilizar cuando todas las demás alternativas de control han fallado, por lo que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, y por ende la decisión de sancionar con una pena que implique la pérdida de libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado. (Sentencia C-365/12. Corte Constitucional).

2. Tendencias en los procesos de judicialización de delitos relacionados con drogas

Debido al enorme peso que tienen los delitos relacionados con drogas en el sistema judicial Colombiano, resulta interesante evaluar las diferentes etapas de judicialización de estos delitos, desde la posible ocurrencia de conductas delictivas, pasando por la etapa de investigación, la realización de un juicio en donde se define la inocencia o culpabilidad de la persona y la posterior ejecución de penas; en estas etapas surgen variables importantes para la política de drogas, la política criminal y la política penitenciaria, además de evidencias para la toma de decisiones en materia de seguridad, prevención, salud y en general para establecer las políticas de lucha contra la criminalidad y las drogas.

El propósito de esta parte del escrito no es describir las particularidades de los procesos judiciales, sino más bien resaltar algunas tendencias y características encontradas en materia de judicialización únicamente desde el procedimiento penal, sin pretender ahondar en caracterizaciones sociales, económicas o de contexto de las personas que hacen parte de este estudio, pero resaltando algunos aspectos que fueron encontrados en el momento de procesar la información.

Bajo esta premisa, en el siguiente gráfico se resumen las etapas de judicialización en el sistema penal colombiano y se muestra la manera en la que se judicializa un delito, desde la ocurrencia o posible ocurrencia de un delito, hasta la ejecución de la pena, pasando por las etapas de indagación – investigación y juzgamiento; todo en el marco del Sistema penal oral acusatorio (Ley 906 de 2004).

¹ Los penalistas Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal (1997:66) explican el principio del derecho penal como ultima ratio de la siguiente manera: el derecho penal ha de entenderse como última ratio o mejor extrema ratio, esto significa que el Estado solo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad de la reacción penal aconseja que la norma penal solo sea considerada, en última instancia, como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social.

Grafica #. Etapas de Judicialización, ley 906 de 2004



Para efectos de este capítulo, se analizarán dos delitos de drogas que tienen un alto impacto en los procesos judiciales; por un lado el delito *de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, que se encuentra tipificado en el artículo 376 del Código Penal y que es el delito de drogas por el cual es procesada la mayor parte de personas en el país y es el cuarto delito de mayor impacto en la población carcelaria; y por otra parte, se analizará el delito de *Conservación y financiación de plantaciones*, tipificado en el artículo 375 del Código Penal y que tiene una especial relevancia debido a que por su misma naturaleza, afecta principalmente a pequeños cultivadores y campesinos, sancionando penalmente al primer eslabón que participa en la cadena de producción de sustancias ilícitas.

Para este análisis se utilizaron las siguientes fuentes de información: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), de acuerdo con la disponibilidad de información que tiene cada una de las instituciones según su competencia y conforme a las diferentes etapas de judicialización

2.1. Delito de Tráfico, fabricación o porte de Estupefacientes

El artículo 376 del C.P, consagra “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. (Colombia, 2000)”.

Conforme con los resultados de la encuesta de percepción y victimización realizada en el segundo semestre de 2014 por la Cámara de Comercio de Bogotá, a la pregunta “¿Cuál es la modalidad delictiva que más le preocupa?, los ciudadanos encuestados respondieron: 49% el hurto a personas, 16% el homicidio común y 11% la venta de drogas; ubicando al art 376 del C.P. como la tercera modalidad delictiva que más preocupa a la ciudadanía en la ciudad de Bogotá. Así mismo en el orden nacional diferentes encuestas de victimización y percepción de seguridad ubican la venta y consumo de estupefacientes como una de las problemáticas que afectan de manera real la convivencia y la sensación de inseguridad de los ciudadanos en determinados sitios públicos.

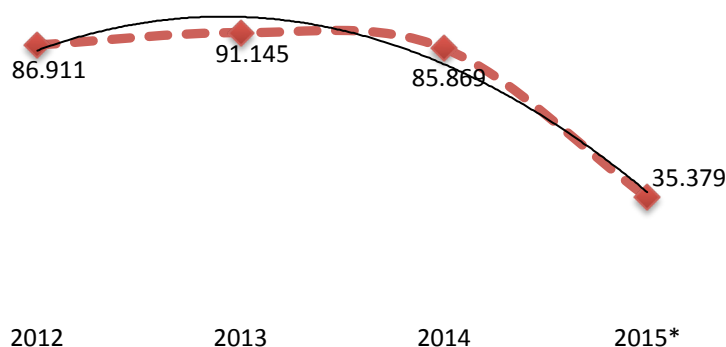
Como estrategia para contrarrestar los delitos que afectan la seguridad pública, se han promulgado diferentes leyes que han aumentado las penas de los delitos relacionados con drogas o el número de conductas tipificadas; una de ellas fue la ley 1453 de 2011 o ley de seguridad ciudadana, “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, que tuvo entre sus principales motivaciones generar acciones policivas y restrictivas fuertes para evitar el comercio de estupefacientes en lugares públicos y colegios; aumentar los requisitos para la utilización de brazaletes de vigilancia para delitos de estupefacientes; sancionar el ingreso de estupefacientes a sitios deportivos y la utilización de vehículos para el transporte de sustancias e insumos entre otras cosas, por medio de reformas al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal.

Particularmente esta ley, endureció el tratamiento penal para los delitos relacionados con drogas lo que consolidó aún más la tendencia de utilizar el derecho penal como respuesta a la problemática de drogas. En este contexto, es fundamental analizar cómo estas políticas han venido impactando todo el proceso de judicialización del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2.1.1 Capturas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

En la siguiente gráfica se muestra una relación del comportamiento tendencial de las capturas realizadas entre el 2012 y mayo de 2015 para el art 376 del C.P.

Gráfica #. Capturas por Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes 2012-2015



Fuente: MinDefensa – Cálculos Minjusticia. *Corte a mayo de 2015

Aunque en la gráfica el comportamiento tendencial muestra una reducción importante de capturas en el 2015, lo cierto es que se trata de un reporte parcial a mayo de ese año que evidentemente puede superar el número de capturas realizado en 2014 e incluso el de 2013. Si bien, en la gráfica se observa que el comportamiento de las capturas fluctúa año a año, sus cambios no son representativos pero sí son un indicador importante desde la óptica del actuar policial.

El comportamiento de las capturas puede responder entre otras cosas a las siguientes situaciones:

- *Un aumento de capturas como muestra de efectividad de la Policía Nacional.* “Los indicadores de resultado de la Policía son progresivos, es decir que si durante 2013 una estación incautó 100 kilos de marihuana, la incautación debe ser superior en 2014.” (Tobón, 2015). Así mismo, existen indicadores relacionados con el número de capturas que un cuadrante o unidad de policía genera en determinada área o tiempo, lo cual motiva un incremento desmedido del actuar policial a cambio de beneficios.
- En los últimos tres años es notorio el incremento de las capturas debido entre otras cosas, a la sentencia C-491 de 2012 que establece: “Cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefacientes psicotrópica o droga sintética, en cantidades comprendidas incluso dentro de la categoría de dosis personal, pero destinadas no en principio al consumo sino a la comercialización, tráfico e incluso a la distribución gratuita, la conducta será penalizada toda vez que tiene la potencialidad de afectar entre otros bienes jurídicos, el de la salud pública”.
- Se ha incrementado la venta y el consumo en centros educativos, universidades, áreas marginales y establecimientos públicos, de las principales ciudades del país. Las organizaciones trasladaron su negocio a los centros urbanos, determinado por la proliferación de redes distribuidoras de drogas ilícitas, a partir del asentamiento

de ejes de expendio, “ollas” y “jibaros” en diversos sectores de la sociedad (Colombia P. N., 2012)”

- Son varias las personas que son detenidas temporalmente por la fuerza pública en el marco de la ley 745 de 2002 sobre contravenciones en el consumo y porte de dosis personal.

Para entender mejor las características de este delito y las circunstancias en las que ocurre, es importante analizar la siguiente información.

Tabla #. Capturas por Tráfico, fabricación o porte de estupefacentes (Circunstancia, género y zona) 2010-2015*²

	2012	2013	2014	2015*
Total	86.911	91.145	85.869	35.379
Flagrancia ³	82.216	85.717	80.666	33.150
Orden Judicial	4.695	5.428	5.203	2.229
Part % flagrancia	95%	94%	94%	94%
Part% Orden judicial	6%	6%	6%	7%
Femenino	7.968	8.432	7.829	3.338
Masculino	78.943	82.713	78.040	32.041
Part% Femenino	9%	9%	9%	9%
Part% Masculino	91%	91%	91%	91%
Rural	5.115	5.714	6.576	3.338
Urbana	81.796	85.431	79.293	32.041
Part% Rural	6%	6%	8%	9%
Part% Urbana	94%	94%	92%	91%

Fuente: Policía Nacional-Cálculos Minjusticia. *Corte a mayo de 2015

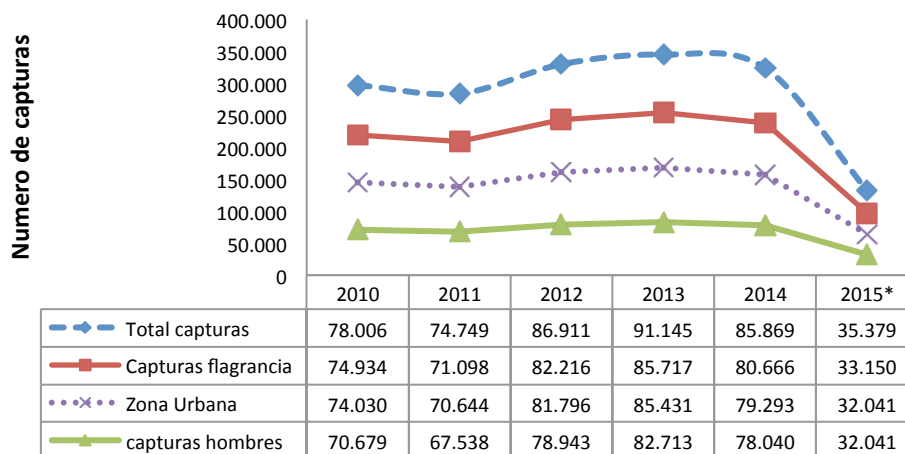
² Las cifras presentadas tienen como fuente CICRI-DIJIN, Policía Nacional - Dirección de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa Nacional. El reporte del año 2015 es parcial a 31 de Mayo.

³ Artículo 301 ley 906 de 2004. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia 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 inmediatamente después 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 ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

De lo anterior se puede establecer:

1. Las capturas realizadas por la Policía Nacional para este delito entre 2012 y mayo de 2015* se realizan en un 94% en circunstancias de flagrancia y el restante 6% por orden judicial.
El delito de tráfico de drogas es sujeto de detenciones en flagrancia⁴, es decir, las capturas en su mayoría no requieren de una investigación previa, ni un acervo de evidencias fuerte; de acuerdo con una investigación realizada por estudiantes de la Universidad Industrial de Santander durante el periodo 1994-2004 en la ciudad de Bucaramanga, “La frecuencia de arrestos según su tipo, indica que el intercambio de droga que sucede en la *Calle* ha tenido el 64% de las capturas, 32% son capturas en *olla* y el narcomenudeo a domicilio representa el 4% del total”.
2. El 91% de las personas capturadas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son hombres y solamente el 9% son mujeres. Si bien el delito parece tener una clara tendencia a ser cometido por hombres y en menor medida por mujeres, la cifra de mujeres capturadas en el 2014, es bastante representativa (7.829).
3. La caracterización por zona muestra que el 94% de las capturas se realizaron en zonas urbanas, con una leve reducción en el 2014 y 2015*. En las zonas rurales se ve un incremento de capturas para los años 2014 y los meses analizados del 2015.

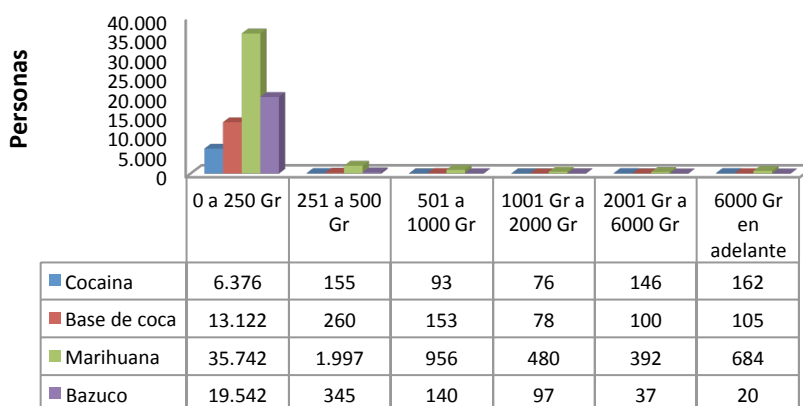
Gráfica #. Caracterización de capturas por mayor tendencia, según género, circunstancia y zona



⁴ La Ley de Seguridad Ciudadana, considera que también hay flagrancia cuando alguien es grabado por un video en la comisión de un delito, así como sorprendido dentro de un vehículo utilizado para los mismos fines. Cuando una persona es sorprendida cometiendo un delito en flagrancia, se puede capturar y judicializar inmediatamente, sin orden de captura.

Fuente: MinDefensa – Cálculos Minjusticia. *Corte a mayo de 2015

Caracterización de capturas por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por cantidad y tipo de droga. 2013



Fuente: Policía Antinarcóticos – Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho

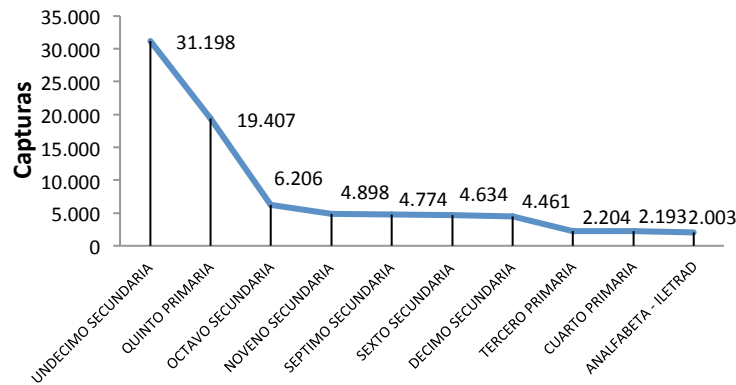
De la información disponible para el año 2013, se tiene que la sustancia por la cual se genera mayor número de capturas es la Marihuana con una participación del 46%, seguida de Bazuco con un 25%, base de coca con un 17% y cocaína con un 8%, los demás tipos de droga motivan el restante 4% del total.

Por la disponibilidad de información para el año 2013, se puede establecer que las capturas se concentran en cantidades relativamente pequeñas (entre 0 y 250 gr de la sustancia que motiva la captura), aunque es importante aclarar que los rangos de cantidades son discrecionales, sobre todo si se tiene en cuenta que 50 gramos de marihuana, no tienen la afectación en la salud que pueden tener 50 gramos de cocaína u otro tipo de droga. La información para determinar la modalidad o verbo rector por el que se judicializa o se captura, es de difícil recaudación sin embargo existen importantes indicios de que la modalidad por la que más se captura es por porte de pequeñas cantidades de estupefacientes.

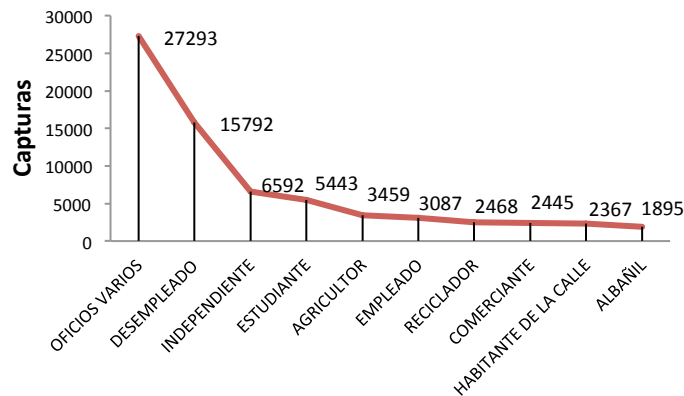
Una investigación de la Universidad de los Andes realizada por Julieta Lemaitre y Mauricio Albarracín, publicada en 2011, que incluyó visitas a centros de detención y entrevistas a más de 40 miembros de la Policía en Bogotá, confirmó que el porte y el uso de la dosis personal continúan siendo reprimidos en la práctica. El estudio concluyó que la dosis personal es entendida como un problema de represión y control social que es abordado con un alto grado de discreción por parte de la Policía, y que recae principalmente sobre aquellos consumidores que pertenecen a poblaciones pobres y que son percibidas como peligrosas por los patrulleros.

De lo anterior y como una aproximación para llegar a la evidencia empírica necesaria para contrastar la hipótesis, se toma la variable grado de escolaridad y ocupación de la base de datos de la Policía y se obtienen los siguientes resultados.

Grafica #. Capturas por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de acuerdo con el grado de escolaridad 2014⁵



Grafica #. Capturas por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por ocupación 2014.⁶



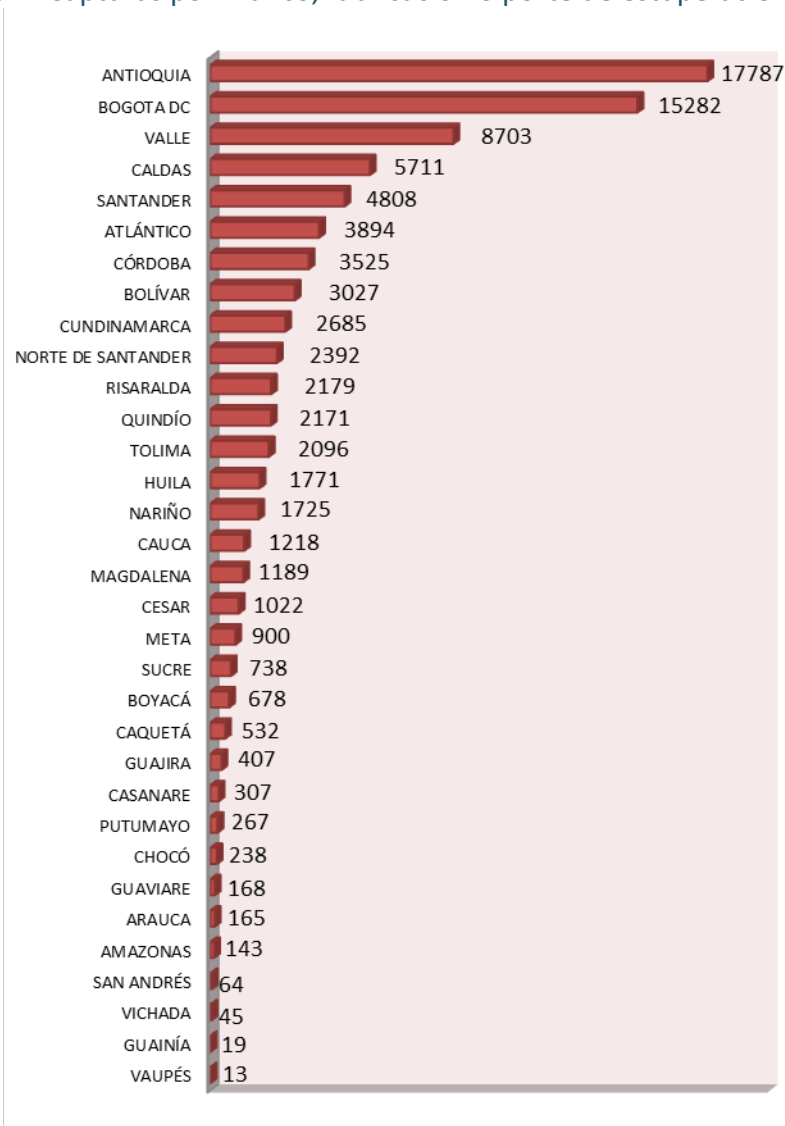
Si bien, las dos variables evaluadas no son completamente determinantes para sustentar que las capturas se concentran en una determinada población, claramente los resultados muestran dos tendencias importantes; en cuanto a nivel de escolaridad, el 36% (31.198) de las capturas se realizaron a personas que cursaron como último grado undécimo, seguido del 23% (19.407) que cursaron hasta quinto de primaria y de manera general los demás se desagregan dentro de diferentes grados de bachillerato y primaria, con un 2% de iletrados (2003).

⁵ Para crear la gráfica, se tomaron únicamente las primeras 10 categorías de escolaridad por orden de mayor a menor.

⁶ Para crear la gráfica, se tomaron únicamente las primeras 10 categorías de ocupación por orden de mayor a menor.

En cuanto a la ocupación de la persona capturada, se destaca que el 32% (27.293) tiene una categoría subjetiva de oficios varios, que denota personas que se dedican a diversidad de actividades de todo tipo o “rebusque”; las siguientes categorías son desempleo 18% (15.792), independiente 8% (6.592) y estudiante 6% (5.443); siendo en este caso un poco más evidente la condición de las primeras cuatro categorías como condición de inestabilidad laboral y bajo nivel de ingresos, también es un posible indicador del tipo de personas que son objetivo de los mercados ilícitos, tanto para la venta como para el consumo de estupefacientes.

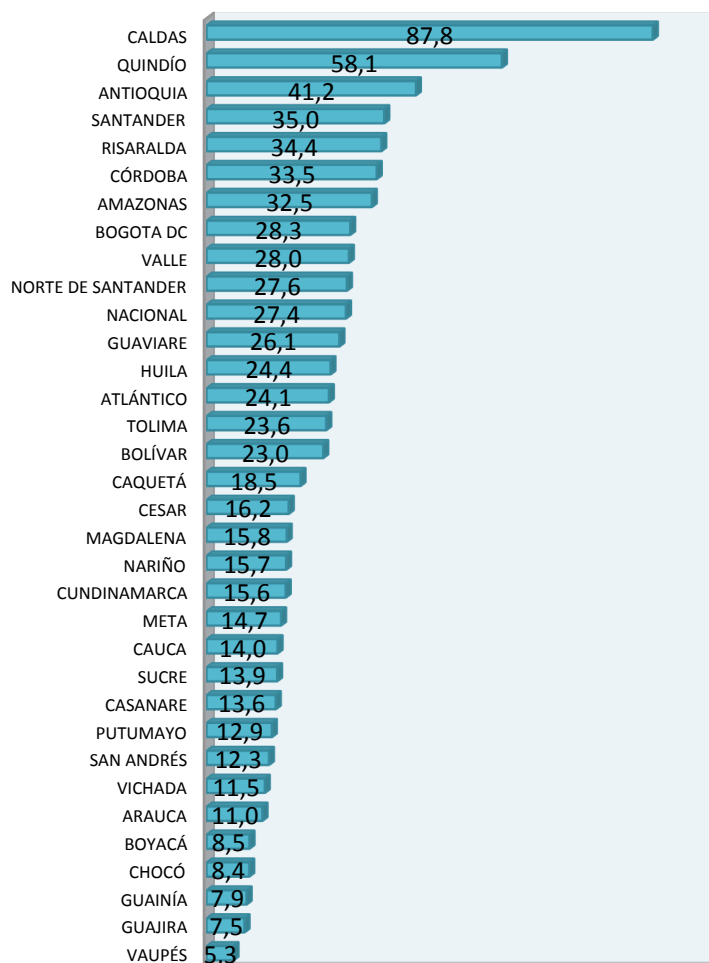
Gráfica #. Capturas por Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes 2014



Las capturas por tráfico de estupefacientes coinciden con capitales y centros con mayor población; en el orden nacional, el departamento de Antioquia ocupa el primer lugar en 2014 con 17.787 capturas, seguido de Bogotá con 15.282 y el departamento del Valle con 8.703 capturas.

Sin embargo, para reducir el sesgo poblacional y mostrar resultados que den un panorama más claro de la proporción de capturas con respecto al número de habitantes, se calcula una tasa por 10.000 habitantes para el año 2014, los siguientes son los resultados.

Grafica #. Tasa de capturas⁷ por el delito de tráfico, fabricación o porte por 10.000 habitantes, población 2014



Para el año 2014, conforme con los cálculos realizados, el Departamento de Caldas tiene una tasa de 87.8 capturas por cada 10.000 habitantes, seguido de Quindío (58.1), Antioquia (41.2) y Santander (35); la capital Bogotá D.C, tiene una tasa de 28.3 capturas

⁷ Se establece la población total de 12 a 65 años de edad en cada año del periodo (2008-2012) y para cada uno de los departamentos y zonas metropolitanas de las que se tiene desagregación, usando la base de datos del Departamento Nacional de Estadística (DANE). La población de los departamentos que incluyen desagregación de zonas metropolitanas o capitales, es la total del departamento menos la zona metropolitana. El rango de edad (12-65 años) es utilizado de acuerdo a la edad que establece el código de infancia y adolescencia y la edad promedio de vulnerabilidad que se utiliza para el muestreo en el estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia 2008 (VARIOS, 2009).

por cada 10.000 habitantes, por encima del promedio nacional que es de 27.4 capturas para el año 2014.

2.1.2 Etapa preprocesal – Indagación

En esta etapa, la Policía pone a disposición del Fiscal a la persona indiciada o capturada y expone las circunstancias de la captura, la evidencia de la comisión del hecho y todos los datos que le son requeridos como Policía judicial en el ejercicio de sus funciones; en este punto es la Fiscalía quien entra a decidir la acción siguiente⁸.

La información relacionada en las siguientes gráficas se calcula conforme a la disponibilidad de las bases de datos para 2014, esto se hace con la finalidad de identificar tendencias aclarando que no son cifras absolutas teniendo en cuenta las limitantes metodológicas y las diferencias que se pueden presentar en el manejo de cada uno de los casos.

Archivo de diligencias

En muchos casos la etapa de indagación termina de manera anticipada debido a que el fiscal decide archivar la diligencia y dar por terminada la investigación, por lo cual, el indiciado no deberá continuar con la formulación de imputación.

A nivel general, si en esta etapa de indagación la Fiscalía determina que el hecho denunciado no existió en la realidad, debe ordenar el archivo de las diligencias; también procede el archivo cuando constata que el hecho y las “circunstancias fácticas” demostradas no concuerdan con la descripción legal de una conducta delictiva (la conducta no se ajusta a la definición del delito), o sea, que el hecho no se ajusta a un tipo penal. El archivo de la diligencia no implica dar por terminado totalmente el proceso y la Fiscalía tiene un tiempo prudente para reactivar la investigación.

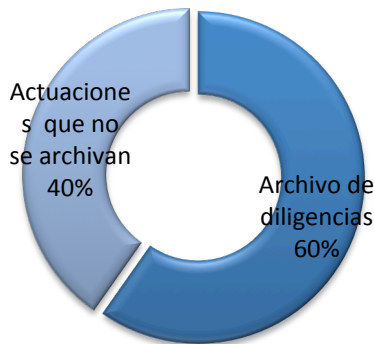
Para el caso específico del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, entre las principales razones argumentadas por los Fiscales para el archivo de diligencias se pueden encontrar:

- La inexistencia del hecho denunciado.
- La atipicidad de la conducta o antijuridicidad en términos de tipicidad objetiva, es decir que la conducta no se ajusta a la definición del delito o que el bien jurídico tutelado no se ve afectado por la conducta que constituye el delito.

⁸ Debido a que las bases de datos de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, no tienen una correspondencia en cuanto a criterios de reporte, ni metodología; para esta parte del escrito se toman las cifras de la Fiscalía General de la Nación, haciendo salvedad en que el referente a tomar son las capturas por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes reportadas por Fiscalía como variable de acercamiento a una tendencia, sin que esta sea la cifra absoluta, teniendo en cuenta que no incluye las noticias criminales ni el número de indiciados, que son criterios más cercanos a lo que conoce la Fiscalía en el cumplimiento de sus funciones.

Esta última razón es la principal causante de archivo de diligencias por parte de los Fiscales y se encuentra amparada ampliamente en las sentencias 29183/2008 y 31531/2009 de la Corte Suprema de Justicia, sobre aprovisionamiento y dosis mínima de consumo, además porque no es posible en muchos casos comprobar que la persona capturada pretendía utilizar el estupefaciente para la comercialización o que la cantidad efectivamente representa peligro para el bien tutelado que es la salud pública.

Gráfica #. Archivo de diligencias como proporción del total de actuaciones Art 376 (Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes) en 2014.



Fuente: Fiscalía General de la Nación-Cálculos Minjusticia

Como se observa en la gráfica, de la totalidad de las actuaciones realizadas por la Fiscalía para este delito en 2014, aproximadamente el 60% corresponden a archivo de diligencias, mientras que solo un 40% de las mismas continúan el procedimiento judicial y pasan a una etapa posterior en el proceso. Este punto es importante analizarlo ya que como se observa para la Fiscalía más de la mitad de las diligencias no cumplen con los requisitos para continuar con el proceso, lo que se ha convertido en una queja recurrente por parte de los fiscales, por el desgaste y la carga laboral que todo este proceso les acarrea. Si bien, es el Fiscal quien debe decidir con base en argumentos legales el archivo o no de las diligencias, no se puede desconocer que el porcentaje de archivo es superior al de actuaciones que continúan el proceso.

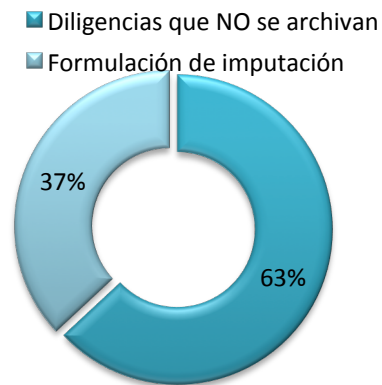
Formulación de Imputación

De acuerdo con el art. 286 del Código de Procedimiento Penal, la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

En la etapa preprocesal se identifican dificultades en la judicialización efectiva del delito, de esta etapa se desprenden los argumentos para la realización de un juicio y la impartición de medidas preventivas de aseguramiento, condenas, aceptación de cargos, preacuerdos, resoluciones absolutorias y aquellos casos en los cuales se puede recobrar la libertad de inmediato.

Del total de diligencias que no fueron archivadas en la etapa inicial del proceso, aproximadamente el 63% son de formulación de imputación, y el restante 37% tendrán otro tipo de actuación dentro del procedimiento penal, como puede ser que obedezcan a preclusión de procesos, medidas de aseguramiento, diligencias de allanamiento, entre otras cosas.

Gráfica #. Formulación de imputación /Diligencias No archivadas en etapa de indagación.
Actuaciones 2014

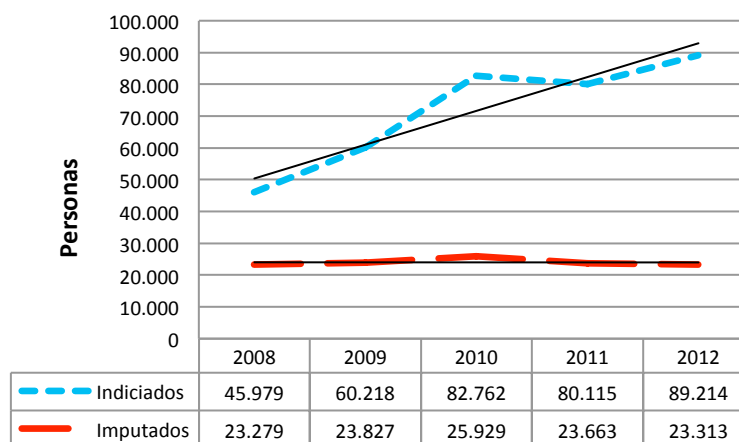


Fuente: Fiscalía General de la Nación-Cálculos Minjusticia

“El Fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos del código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda” (República, 2004).

La importancia de esta parte del proceso radica en que la mayoría de personas capturadas por drogas son dejadas en libertad en el momento que son puestas a disposición de un Fiscal, esto porque no cumplen con los criterios que el fiscal considera necesarios para continuar con el proceso, es decir que la mayoría de los casos se archivan o no se les formula imputación de cargos.

Gráfica #. Indiciados vs imputados por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
2008-2012



Fuente: FGN – Cálculos Minjusticia

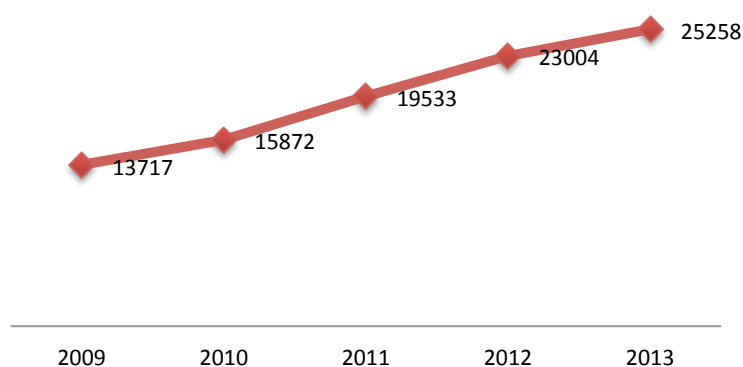
En esta gráfico se observa que en el orden nacional el número de arrestos y de noticias criminales relacionadas con este delito tiende a incrementarse, mientras que la formulación de imputación de cargos tiende a mantenerse, produciendo una importante cantidad de personas que no llegan a la etapa de investigación, lo que regularmente genera una sensación de impunidad entre la comunidad y que más bien puede ser explicado a partir de una desarticulación entre las políticas, acciones y funciones que tienen la Policía y la Fiscalía.

2.1.3. Ejecución de Penas

En la mayoría de los casos la etapa procesal del ciclo del delito finaliza en el momento en que el juez dicta sentencia condenatoria; “La sentencia judicial, por lo tanto, le da la razón o admite el derecho de alguna de las partes en litigio. En el marco del derecho penal, este fallo determina el castigo o la absolución de la persona bajo acusación. Esto quiere decir que, si la sentencia es una condena, estipula la pena que le corresponde de acuerdo al delito en cuestión” (Definición, 2015).

Si se tiene en cuenta la finalidad de la pena desde la perspectiva del castigo a una conducta asocial que atenta contra el bienestar o como una forma de prevención de que dicha conducta afecte a una víctima o que la reincidencia cause mayor daño, en los delitos relacionados con drogas identificar el sujeto pasivo (víctima) es complicado, ya que en la mayoría de casos la víctima es el mismo infractor; según el Código Penal se trata de un delito contra la salud pública, sin embargo, el dilema para un juez de ejecución de penas es que al consumir sustancia estupefaciente es la persona la víctima directa de dicha conducta y su salud el bien jurídico afectado, por lo que no implica necesariamente la afectación a un bien público sino a la salud personal.

Gráfica #. Población Carcelaria por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Art. 376 C.P



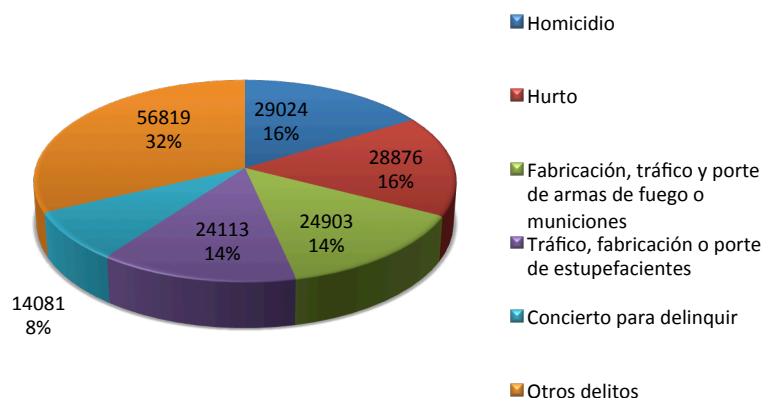
Fuente: SISIPPEC-INPEC –Cálculos Minjusticia

En Colombia, la población carcelaria paso de 13.717 personas en 2009 a 25.258 en 2013, lo que muestra que la tendencia de la población carcelaria por tráfico, fabricación o porte de estupefacentes va aumentando año tras año, lo que a su vez es un factor que incrementa el hacinamiento carcelario.

Como se mostró anteriormente con la información de capturas, la mayoría de personas son capturadas por cantidades entre 0 y 250 gramos de la sustancia que motiva dicha actuación, por lo que es probable que los eslabones más pequeños de la cadena del tráfico o distribución de drogas sean quienes se encuentren privados de la libertad, sin que esto tenga un impacto real sobre el debilitamiento de las grandes estructuras criminales dedicadas a este negocio.

Por otra parte, el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacentes, se encuentra entre los primeros cuatro delitos de mayor ocurrencia dentro del total de la población carcelaria a mayo de 2015. El primer delito es homicidio, seguido de hurto y de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

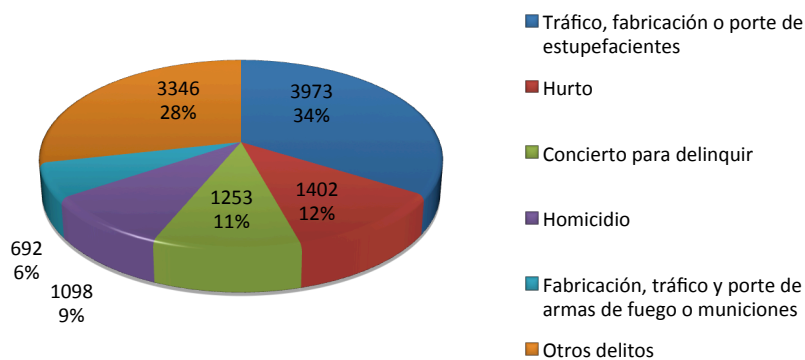
Gráfica #. Cinco delitos de mayor ocurrencia entre la población carcelaria general. Mayo de 2015



Fuente: INPEC. Cálculos Minjusticia

Sin embargo, en este análisis, es importante realizar una diferenciación entre la población carcelaria masculina y femenina, ya que mientras para los hombres el delito de tráfico de estupefacientes es el cuarto delito de mayor ocurrencia, para el caso de las mujeres, este delito entra a ocupar el primer lugar.

Gráfica #. Delitos de mayor ocurrencia en la población carcelaria Femenina. Mayo de 2015



Fuente: INPEC. Cálculos Minjusticia

Gráfica #. Personas condenadas por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Mayo de 2015. Rango de pena

	No. De personas condenadas	Porcentaje
0 - 5 años	8.799	63,13%
6 - 10 años	4.199	30,13%
11 - 15 años	492	3,53%
16 - 20 años	238	1,71%
21 - 25 años	203	1,46%
mas de 26 años	7	0,05%

Fuente: Inpec – Cálculos MJD

De la anterior tabla se observa que a mayo de 2015, el 93% de condenados sólo por el delito de Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes, tienen entre 0 y 10 años de pena que están cumpliendo en establecimientos penitenciarios. La mayoría de condenados (63%) tienen penas entre 0 y 5 años.

En conclusión se tiene que de diferentes fuentes y estudios realizados sobre el tema, tanto por el Ministerio de Justicia y del Derecho como por otras instituciones y entidades que se encargan de la investigación académica, se tienen los siguientes datos relevantes.

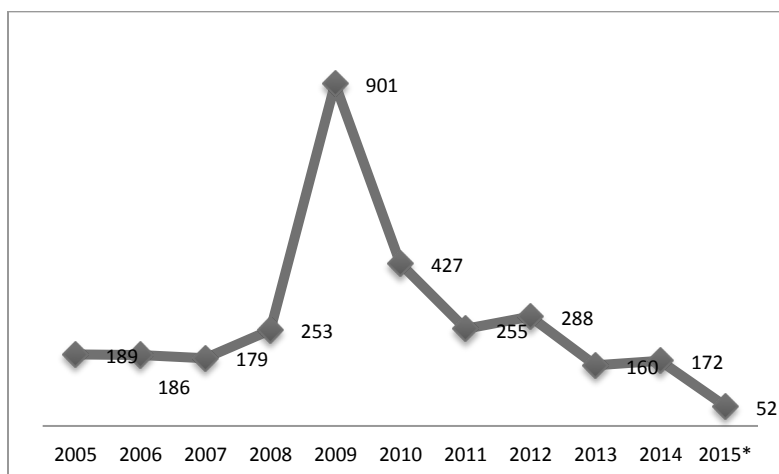
- En 2014 el 94% de las capturas se realizaron en flagrancia, solo el 6% corresponden a una orden judicial (investigación previa).
- De 81.237 capturas reportadas por Antinarcóticos en 2013, aproximadamente 50% corresponden a marihuana, 25% a bazuco, 17% a base de coca el 9% a cocaína, y 1% a Heroína.
- En el 92% de las capturas realizadas en 2013 se encontró aproximadamente, entre 0 y 250 gramos de la sustancia que motivó la captura y el 3,3% de las capturas, entre 251 y 500 gr
- Mientras la tendencia de personas indiciadas por el Art.376 del C.P creció casi el doble a 2012, la tendencia a formular imputación de cargos se mantiene. Eso implica que se capturan muchas personas pero la Fiscalía decide no hacer imputación de cargos.
- Del total de condenados por el delito de tráfico, fabricación o porte de Estupefacientes, el 84% (13.938) lo están sólo por ese delito y el restante lo está en concurso con otros.

2.2. Delito de Conservación y financiación de plantaciones

Otro delito que merece especial atención por su alto impacto en población vulnerable, es el de Conservación y Financiación de Plantaciones (art. 375 CP), debido a que por su misma naturaleza tiende a afectar principalmente a pequeños cultivadores y campesinos.

2.2.1. Capturas por el delito de Conservación y financiación de plantaciones

Capturas art. 375 Conservación y financiación de plantaciones 2005 - 2015



Fuente: Policía Nacional. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

* Corte a mayo 2015.

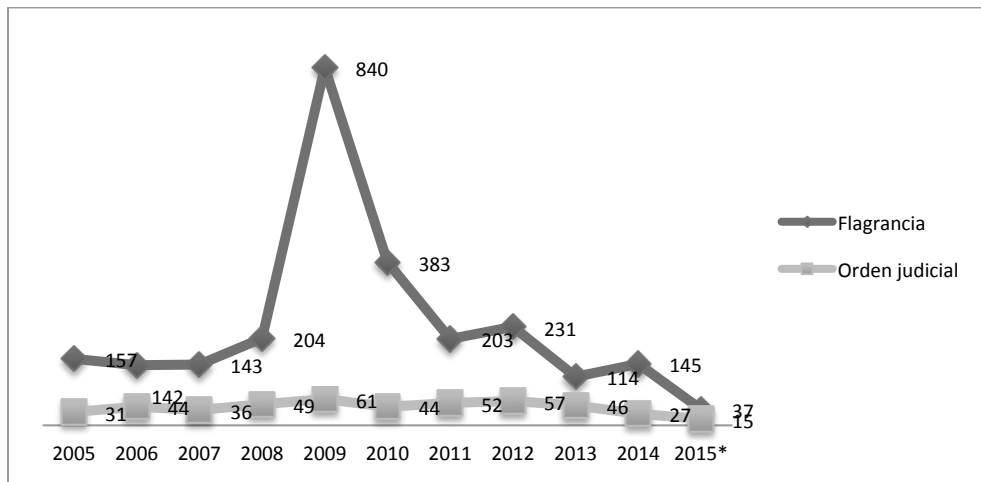
Las capturas por el delito de Conservación y financiación de plantaciones⁹ del año 2005 a 2015, no son tan numerosas en comparación con las que se realizan por el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes; a pesar de esto el comportamiento tendencial muestra que para el año 2009, se presentó un alza considerable comparada con los otros años, tendencia que disminuyó notablemente en los años posteriores. Si bien no se tiene certeza sobre la causa de este aumento, por lo regular estos picos responden a políticas coyunturales que a un verdadero aumento en la comisión del delito.

Un posible indicador relacionado con la comisión del delito son los informes sobre monitoreo de coca, según esta información en el año 2009 no hubo un crecimiento de las hectáreas cultivadas de coca, sino que comparado con años anteriores, se mantuvo la tendencia de estas hectáreas cultivadas con una leve tendencia a la baja. Diferente a lo

⁹ De acuerdo con el artículo 375 del Código Penal “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”.

esperado, un aumento de capturas por el delito de conservación o financiación de plantaciones, no obedece a un incremento de las hectáreas cultivadas de coca y de hecho el comportamiento durante los 11 años analizados en la gráfica no muestra una correlación clara entre las dos variables.

Capturas art. 375 Conservación y financiación de plantaciones 2005 – 2015

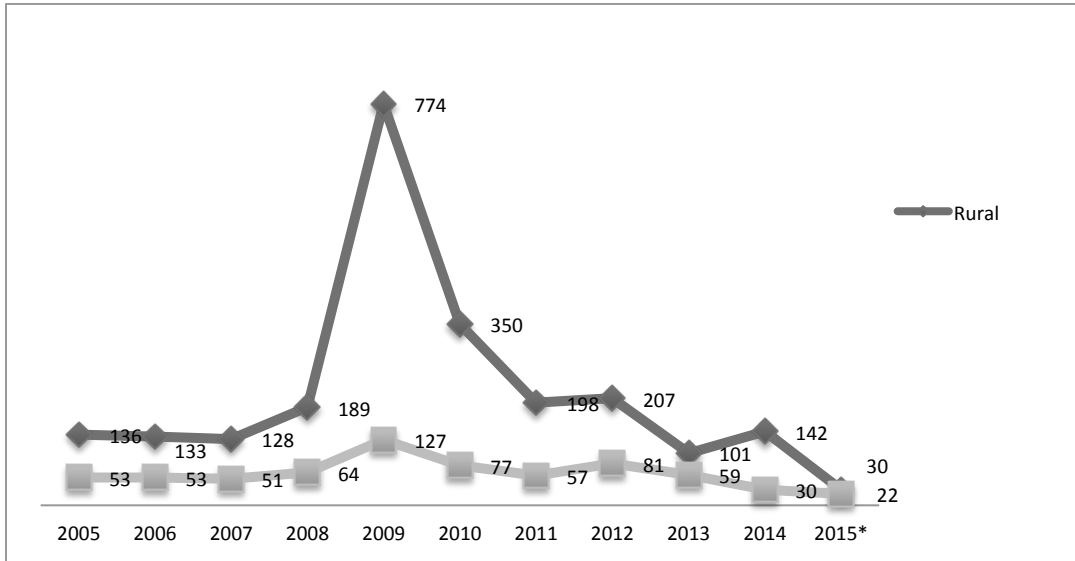


Fuente: Policía Nacional. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

* Corte a mayo 2015.

Por otra parte, se observa que la mayoría de capturas se realizan en flagrancia, es decir sin que haya una investigación previa sobre el posible delito que se ha cometido que derive en una orden judicial. Al igual que en la anterior gráfica, la tendencia de las capturas en flagrancia realizadas en el año 2009 tuvo un aumento considerable con respecto a otros años, mientras que la tendencia de las capturas por orden judicial ha sido más estable. Es importante señalar que la no existencia de una investigación previa, lleva a pensar que no se tiene evidencia que las personas capturadas pertenezcan a redes criminales, sino que son capturados en actividades propias de los cultivos, por lo que para un juez o un fiscal no será fácil determinar si la conducta afecta de manera significativa al bien jurídico “salud”.

Capturas art. 375 Conservación y financiación de plantaciones 2005 - 2015

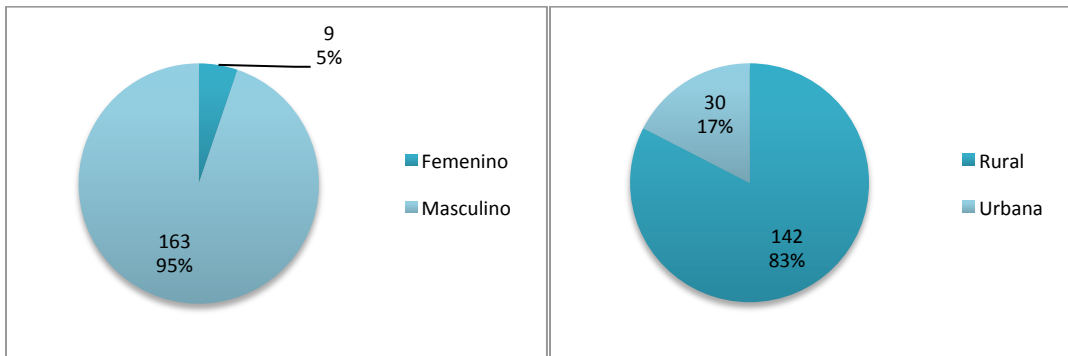


Fuente: Policía Nacional. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

* Corte a mayo 2015.

Por otra parte, la mayoría de capturas para este delito se realizan en zona rural, lo que es coherente con la misma naturaleza del delito y con la lógica de la captura en flagrancia. Al hacer un análisis más detallado se observa que las capturas que se realizan por orden judicial son en su mayoría en zonas urbanas, mientras que las realizadas en flagrancia son realizadas en su mayoría en zonas rurales. Así mismo, las capturas en zonas urbanas tienen una tendencia similar en los diferentes años (exceptuando 2009), mientras que las de las zonas rurales tienen cambios mayores de un año a otro.

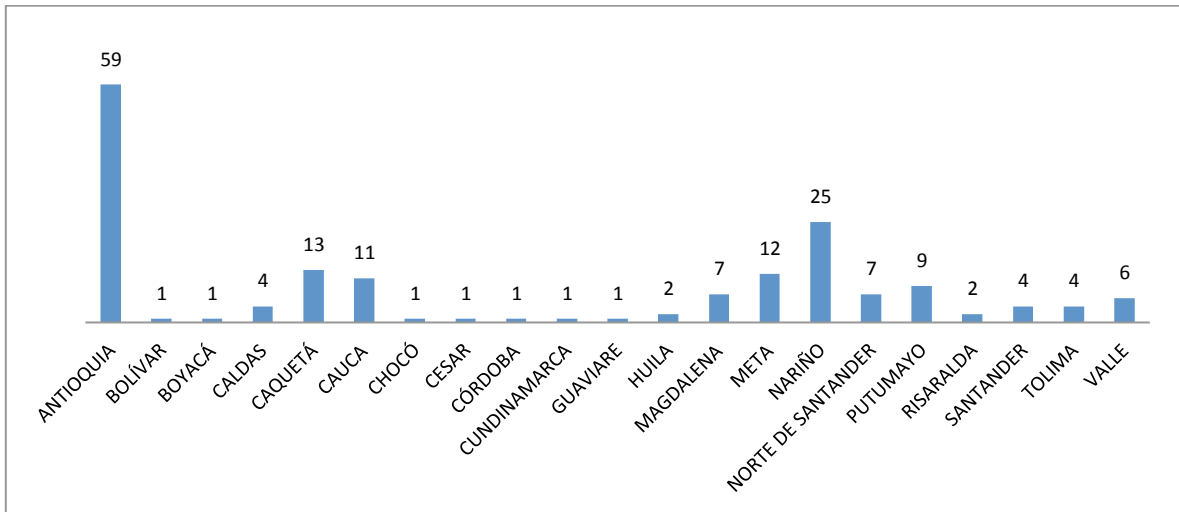
Gráfica #. Capturas por Conservación o financiación de plantaciones. Art375 año 2014, género y zona



Fuente: Policía Nacional. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

Del total de personas capturadas en el 2014 por el delito de Conservación y Financiación de Plantaciones (172), el 95% son hombres (163) y el 5% (9) son mujeres. Así mismo, el 17% de las personas (30) fueron capturadas en zona urbana, mientras que el 83% fueron capturadas en zona rural (143).

Capturas por Conservación y financiación de plantaciones, Art (375. C.P), por departamento. Año 2014.

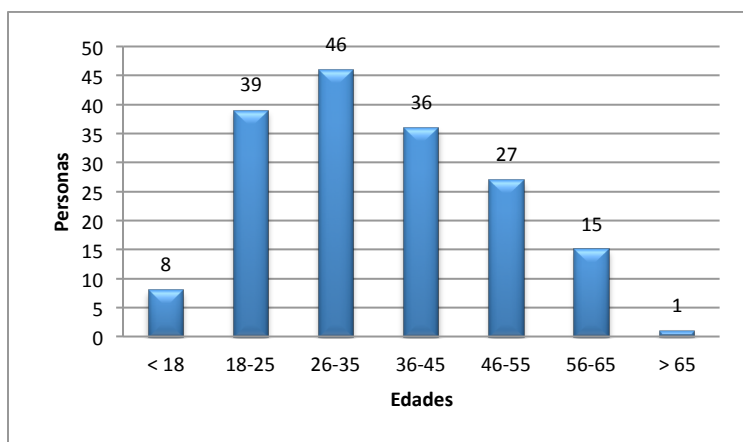


Fuente: Policía Nacional. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

Analizando las capturas por departamento, se tiene que el mayor número de capturas por este delito en el 2014 se realizaron en Antioquia (59), seguido por Nariño (25), Caquetá (13), Meta (12) y Cauca (11). Al comparar estos resultados con el censo de cultivos de coca del 2014, se tiene que el mayor número de hectáreas de coca se encuentran en los departamentos de Nariño (17.285), seguido de Putumayo (13.609), Norte de Santander (6.944), Caquetá (6.542) y Cauca (6.389). Si bien existen coincidencias con algunos departamentos cultivadores de coca y con las capturas de la Policía, los resultados no permiten establecer una relación directa entre estas dos variables; sobre todo considerando que Antioquia, que es el departamento con mayor número de capturas, se ubica como el octavo departamento con mayor número de hectáreas de coca (2.293) en el año 2014. Sin embargo y a pesar de esto, la mayor parte de las capturas se realizan en las zonas donde históricamente han existido cultivos ilícitos y presencia de grupos al margen de la ley.

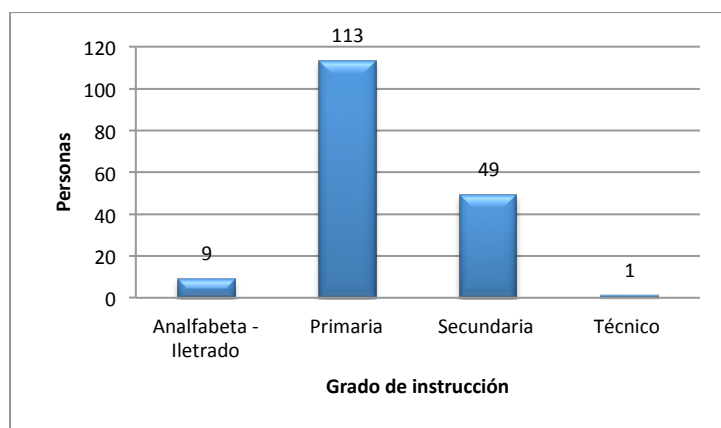
Con respecto a los rangos etarios, se tiene que de las 172 personas capturadas en 2014, 8 eran menores de edad en el momento de la captura y todos fueron capturados en flagrancia, así mismo 7 fueron capturados en el departamento de Antioquia y el restante, en Caquetá. De las personas capturadas mayores de 18 años, el 26.7% (46 personas) tenían entre 26 y 35 años de edad. Llama la atención que la mayor parte de personas capturadas en el 2014 (54.1%), son menores de 35 años.

Rangos etarios capturas por Conservación o financiación de plantaciones Art.375 C.P. Año 2014



Fuente: Policía Nacional. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

Escolaridad personas capturas por artículo 375 C.P. Año 2014



Fuente: Policía Nacional. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

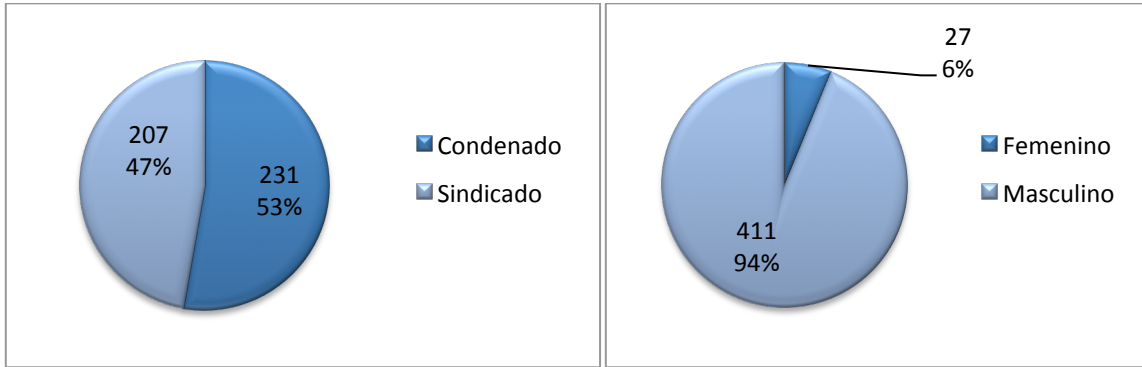
Con respecto a la escolaridad de las personas que fueron capturadas por el delito de Conservación y financiación de plantaciones en el 2014, se puede apreciar que la mayor parte (65.7%) han cursado hasta quinto de primaria o menos (113), además se observa que sólo 1 persona tiene estudios superiores. Si bien no se puede afirmar que existe una relación directa entre las personas que cometen este delito y su grado de escolaridad, sí se puede establecer que la baja escolaridad puede ser uno de los factores que incide para que una persona cometa un ilícito, entre otras razones por la falta de oportunidades laborales.

2.2.2 Etapa de Ejecución de Penas

En este apartado sólo se tomará en cuenta la población carcelaria que reporta el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, es decir personas mayores de 18 años, que se encuentran en establecimientos penitenciarios bajo la administración del INPEC, ya sean

intramuros o extramuros. Esto considerando que los departamentos y municipios, según el artículo 17 del Código Penitenciario, también tienen a su cargo cárceles, pero la información reportada por estos centros, no se ha podido consolidar.

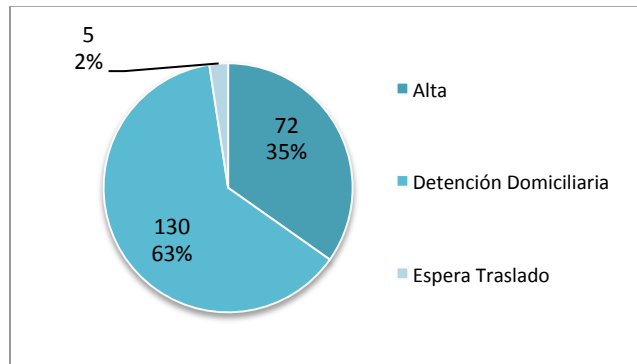
Población carcelaria por Conservación o financiación de Plantaciones. Art 375 C.P
Noviembre de 2015



Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

En Colombia, la población carcelaria por el delito de Conservación o Financiación de Plantaciones a Noviembre de 2015, es de 438 personas, de los cuales el 47% (207) son sindicados y el 53% (231) condenados. Como es tendencia general para todos los delitos, hay un uso recurrente de la privación de la libertad preventiva, lo que es uno de los factores fundamentales que influye en el hacinamiento carcelario. Por otro lado, el 6% (27) de la población carcelaria de 2014 para este delito, es femenina, mientras que el 94% (411) es masculina, lo que también es coherente con la tendencia general a que los delitos sean cometidos en su mayoría por la población masculina.

Gráfica #. Personas Sindicadas por Conservación o financiación de Plantaciones (Art. 375 C.P) por medida de aseguramiento. Noviembre de 2015

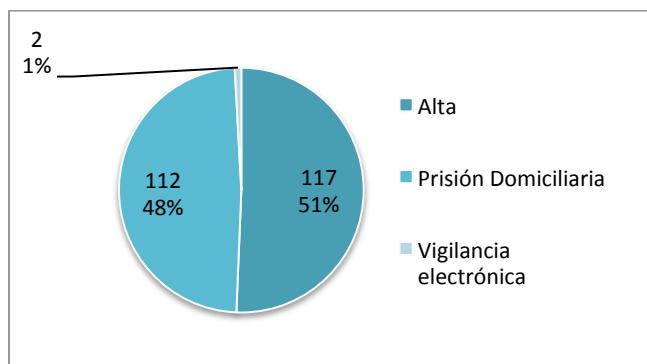


Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

Al realizar un análisis sobre las medidas, ya sean intramuros o extramuros, que tienen los sindicados por este delito, se tiene que de los 207 sindicados, el 35% (72) se encuentran

en establecimientos penitenciarios (intramuros) y el 63% (130) tienen una medida de aseguramiento de detención domiciliaria, dicha tendencia probablemente obedece a que las personas infractoras carecen de antecedentes judiciales y no son considerados como un peligro. Llama la atención que el beneficio de detención domiciliaria es alto si se compara con otros delitos.

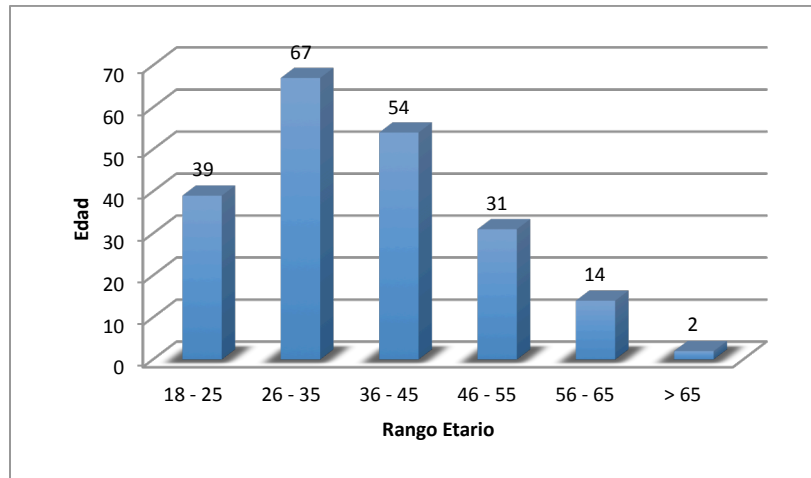
Condenados por art. 375 por tipo de medida. Noviembre de 2015



Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

De los 231 condenados por el delito de conservación y financiación de plantaciones, se observa que el 51% (117), están reclusos en establecimientos penitenciarios, mientras que el 48% (112) tienen medida de prisión domiciliaria y el 1% (2) la vigilancia electrónica. Frente a esto, es importante aclarar que la prisión domiciliaria, según el Ministerio de Justicia y del Derecho (2014, pág. 16) “es un mecanismo a través del cual se cambia el lugar de la privación de la libertad de quien ha sido condenado: de un establecimiento penitenciario, se pasa a cumplir la pena privativa en el domicilio” y se encuentra regulada en el artículo 38 del Código Penal. La vigilancia electrónica por su parte es un mecanismo que utiliza la tecnología de posicionamiento, o telefónica para garantizar el monitoreo de una persona ya sea en su residencia o el cumplimiento de ciertas limitaciones a la libertad, sin que la persona deba permanecer en un establecimiento carcelario.

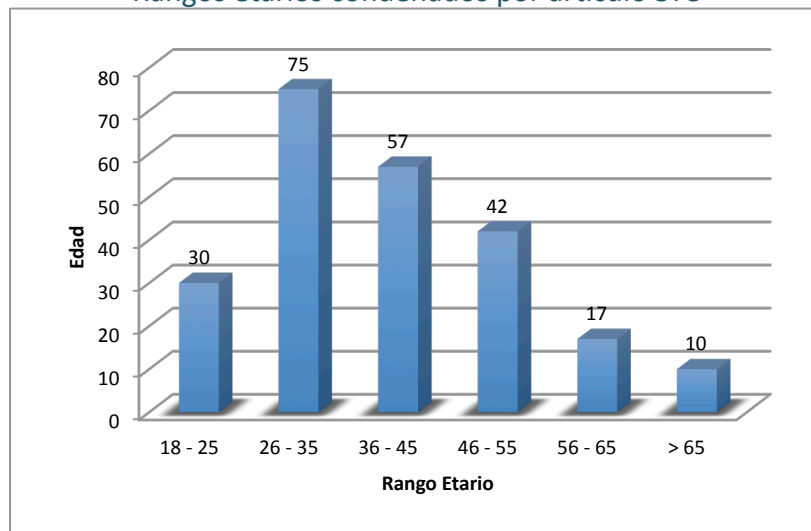
Rangos etarios sindicados por artículo 375. Noviembre de 2015



Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho.

Analizando los rangos etarios de los sindicados que se encuentran por este delito, se tiene que en el rango de 26 a 35 años se encuentra la mayoría de personas (32%), seguida por el rango de 36 a 45 años (26%). Como dato general se tiene que de 18 a 35 años se encuentran más de la mitad de personas que están sindicadas por este delito (51%), lo que coincide con lo que ya se planteó con respecto a la edad que tienen las personas capturadas por este delito, esto es interesante de considerar teniendo en cuenta que los menores de 35 años son población muy joven y económicamente activa.

Rangos etarios condenados por artículo 375

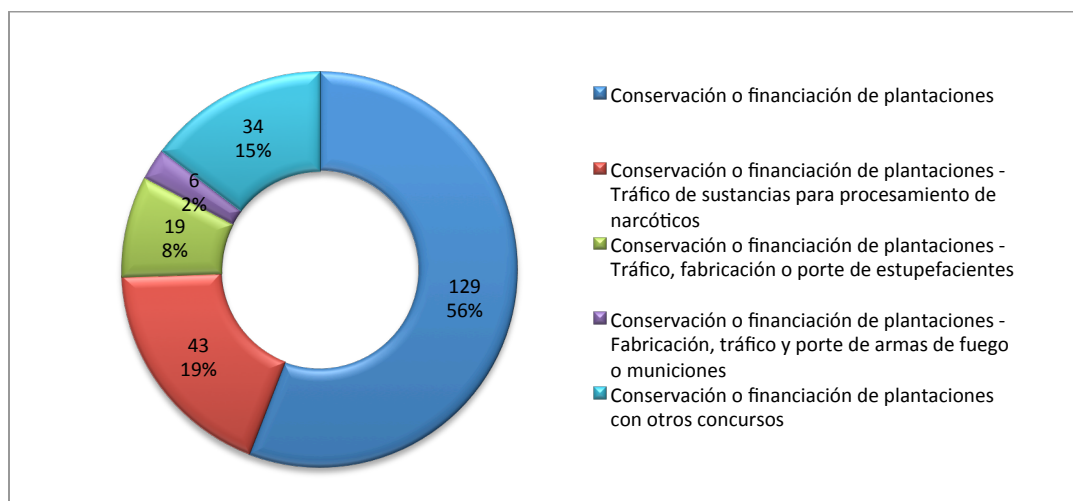


Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho. Noviembre de 2015

Por el lado de los rangos etarios de los condenados la tendencia es igual a la de los sindicados si se analiza el rango etario en el que se encuentran la mayoría de las personas condenadas por este delito, es así como, en el rango de 26 a 35 años se encuentra la

mayoría de personas (32%), seguida por el rango entre 36 a 45 años (25%). Es importante mencionar que hay 10 personas (4%) con más de 65 años que se encuentran condenados, de estas 10 personas, 4 personas, se encuentran en establecimientos penitenciarios intramuros con edades de 69, 72, 73 y 75 años, que en el contexto de beneficios deberían acceder prisión domiciliaria por estar en una condición especial como son los adultos mayores.

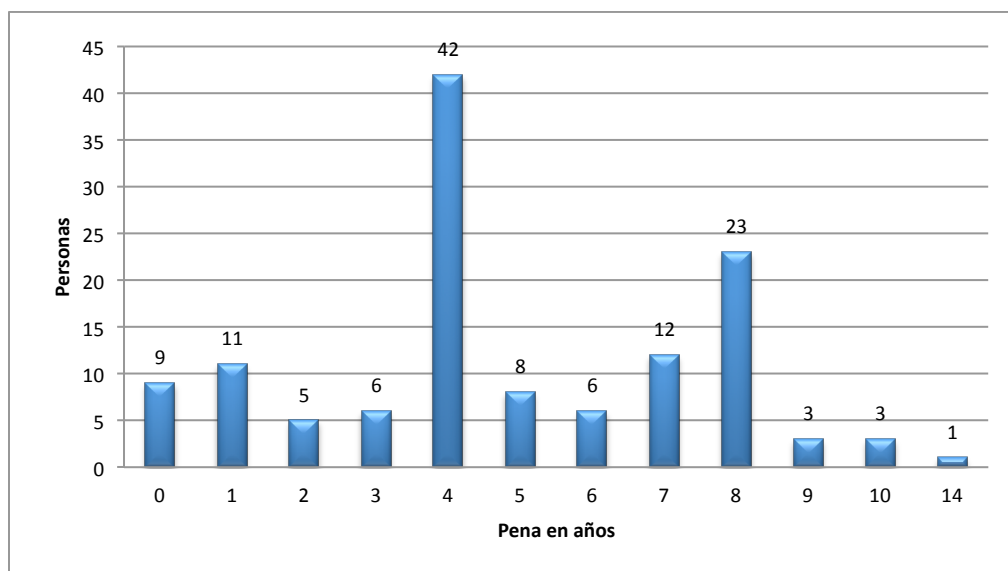
Población condenada por conservación y financiación de estupefacientes y en concurso con otros delitos



Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho. Noviembre de 2015

De las 231 personas que se encuentran condenadas por el delito de conservación y financiación de plantaciones, el 56% (129) lo están sólo por ese delito y el restante lo está en concurso con otros delitos. En este punto es importante analizar con cuáles delitos se tiene concursos, el primer delito es con tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (art. 382.CP) en donde se ubica el 19% (43) de las personas condenadas y el concurso que le sigue es el de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente (art. 376 CP) con un 8% (19); la particularidad de estos dos delitos es que hacen parte del Título XIII, capítulo II “Del tráfico de estupefacientes y otras infracciones” por lo que claramente son delitos relacionados con drogas. Es decir que se puede afirmar que del total de condenados por el delito de conservación y financiación de plantaciones, el 83% lo están exclusivamente por delitos relacionados con drogas.

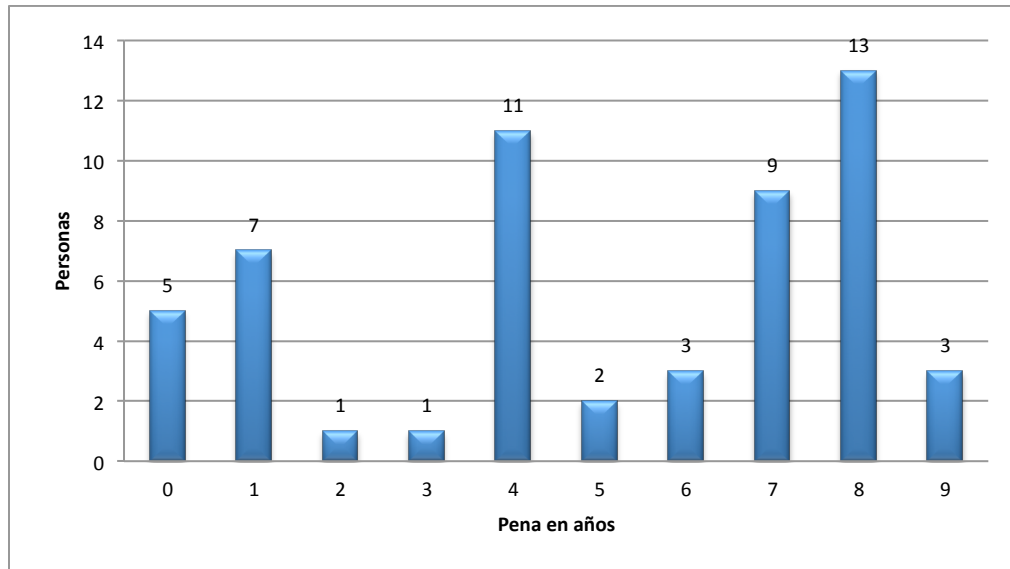
Gráfica #. Número de personas condenadas por Conservación o financiación de plantaciones por rango de pena impuesta



Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho. Noviembre de 2015

De las 129 personas que se encuentran condenadas sólo por el delito de conservación y financiación de plantaciones, de acuerdo con los datos suministrados por el INPEC, el 56.6% (42) tienen penas de 4 años, seguidos por penas de 8 años con el 17,8% (23). Como se observa la mayoría de condenados (62,8%) tienen penas entre los 0 y 5 años y casi todos (99.2%) tienen penas entre 0 y 10 años.

Gráfica #. Número de personas condenadas intramuros por Conservación o financiación de plantaciones, pena impuesta.



Fuente: INPEC. Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho. Noviembre de 2015

De estas 129 personas que se encuentran condenadas sólo por el delito de conservación y financiación de plantaciones, 55 personas se encuentran reclusas en establecimientos penitenciarios (intramuros). Al realizar el análisis del número de años de condena de estas personas se tiene que el 23.6% están condenadas a 8 años (13), seguida por el 20% que se encuentra condenada a 4 años (11). Las penas de las personas que se encuentran en intramuros, no superan los 9 años.

3. Análisis de sentencias

Hasta ahora lo realizado en este escrito es un análisis de tendencias basado en la información disponible de fuentes oficiales y bases de datos de la Policía, Fiscalía e Inpec, de acuerdo con las variables utilizadas por las mismas instituciones que permiten hacer seguimiento a ciertas tendencias de los procesos, sin embargo, como se explicó anteriormente la información de esas bases de datos no permite hacer una caracterización más a fondo de los hechos, o de la situación particular de los infractores en cada proceso, aún menos las condiciones especiales que influyen en la pena o en los beneficios recibidos por los infractores entre otras cosas.

El Ministerio de Justicia y del Derecho con apoyo del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), ha venido adelantado un estudio de sentencias condenatorias proferidas por jueces con el fin de identificar y comprender cuáles son las tendencias en la judicialización efectiva por parte de los operadores judiciales. Entre las principales razones para la realización de éste estudio están:

- Analizar la proporcionalidad de las penas, no desde lo establecido en la legislación penal, sino desde la evidencia empírica con el fin de establecer tendencias de la judicialización como la afectación del bien jurídico protegido, las circunstancias de agravación punitiva, la peligrosidad del infractor, entre otros.

- Aproximación a una estimación de los costos institucionales en los que incurren tanto en la investigación penal, en las actividades de defensa pública, en el juzgamiento penal y en las actividades administrativas involucradas en el desarrollo de los procesos judiciales y en la ejecución de las penas para los distintos tipos de casos.
- Identificación de los factores que obstaculizan la aplicación de subrogados penales, o que podrían representar un obstáculo para la aplicación de otras alternativas al encarcelamiento.
- Conocer las características socio económicas de la población que ha sido procesada por delitos de drogas y el contexto en el que se cometió el delito, así como, tener información sobre la situación de las personas procesadas y los posibles impactos que el encarcelamiento puede tener sobre los condenados y terceros a su cargo.

3.1 Metodología

El principal objetivo del estudio de sentencias, es analizar las tendencias en la judicialización de los delitos relacionados con drogas y la proporcionalidad en la imposición de las condenas con base en una revisión de sentencias condenatorias proferidas por los jueces de la República a partir del mes de octubre de 2011, con el ánimo de proponer recomendaciones de política pública basadas en evidencia.

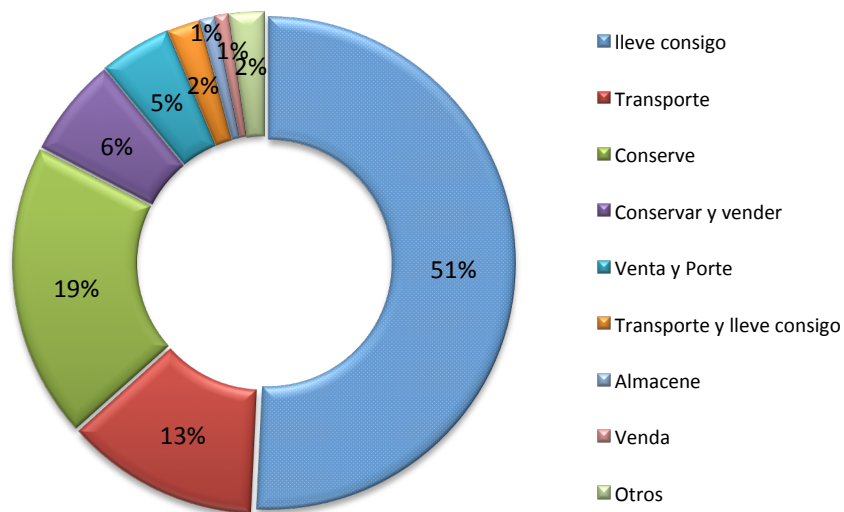
Es importante mencionar que al Grupo de Cobro Coactivo de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho, llegaron 11.000 expedientes que contienen las sentencias por delitos relacionados con drogas en las que se han impuesto multas desde el mes de octubre de 2011 hasta 2014. Con esta información se decidió tomar una muestra aleatoria de 804 sentencias para ser estudiadas más a fondo y se evaluaron aproximadamente 130 variables entre las cuales se identificaron características sociodemográficas, condiciones especiales, ubicación geográfica de los casos, hechos, cargos imputados, medidas de aseguramiento, aplicación de subrogados, consumo de sustancias al momento de cometer el delito, cantidades y tipos de droga, condenas y establecimientos de reclusión entre otras variables. Toda esta información quedó sistematizada en una matriz diseñada para tales efectos.

Actualmente, está pendiente realizar una investigación a fondo sobre la información contenida en dicha matriz, sin embargo y de manera preliminar, a continuación se presentan algunos resultados del análisis de sentencias, buscando claridad en lo relacionado con: verbo o conducta que motiva la actuación judicial, cantidad y tipo droga por la cual fue judicializado el infractor y aplicación de subrogados penales.

a. **Adecuación típica de la conducta punible para el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 C.P)**

Para el análisis de las sentencias se tomó la lista de los verbos de tipicidad contenidos en el Art. 376 del CP¹⁰, y en algunos casos se combinaron las conductas, teniendo en cuenta las modalidades que se repetían con frecuencia de acuerdo con los hechos expuestos en la sentencia que no se pueden limitar a un solo verbo. Los resultados son los siguientes:

Gráfica #. Adecuación típica de la conducta delictiva



Fuente: Cálculos Ministerio de Justicia y del Derecho. 2015

Los resultados son contundentes y muestran tendencias claramente distinguibles, en el 51% de las sentencias revisadas, la adecuación típica de la conducta fue “llevar consigo” que hace referencia al porte de estupefacientes, seguido de “Conserve” con 19% de los casos, “transporte” con 13%, “conservar y vender” con 6%, “venta y porte” con 5% (siendo estas las principales adecuaciones encontradas en el análisis); conforme a los hechos observados y consignados en las sentencias, a continuación se realiza una descripción de las 5 situaciones que de manera general se repiten en las sentencias, sin que con esto se pretenda generalizar los casos, sino más bien mostrar una tendencia que contribuya a entender un poco más el fenómeno.

“Llevar Consigo”: al realizar una revisión cualitativa de las sentencias evaluadas, dicha conducta se caracteriza porque el infractor es capturado en flagrancia por la Policía Nacional cuando está realizando labores de requisa o patrullajes, la modalidad que más se repite es que la persona lleve el estupefaciente en algún tipo de envoltura en su ropa o en otros casos dentro de su cuerpo o incluso la infracción se lleva a cabo en el ingreso a una

¹⁰ Introduzca al país, saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre.

penitenciaria o aeropuerto; así mismo para la muestra, el 88% de las personas judicializadas no cuentan con antecedentes penales y el 12% tienen algún tipo de antecedente.

La sustancia que motiva la captura o la judicialización para los casos en que se aplicó la adecuación típica “llevar consigo”, en el 38% de los casos es marihuana, en segundo lugar Cocaína con 34%, cocaína y bazuco con 10.5% y cocaína y marihuana con 6%.

“Transporte”: de manera general las conductas que se asocian a dicha tipicidad se caracterizan por que la persona judicializada es capturada en flagrancia mientras se llevan a cabo operaciones de control en vías intermunicipales, aeropuertos y en la ciudad; la conducta se parece mucho al verbo “llevar consigo”, sin embargo, la limita en gran medida el acervo probatorio que pueda ser recaudado por los agentes de Policía que realizan la captura, pues por los mismos hechos, no es posible determinar con certeza si el estupefaciente será utilizado para la venta, si la persona hace parte de una organización criminal o si se trata de un pequeño traficante. Lo normal es que se utilice algún tipo de medio de transporte, aunque también hay casos en que la persona lo lleva adherido al cuerpo o en su interior, es discrecional del juez determinar si la conducta corresponde al transporte evaluando las evidencias y las situaciones en que se produce la captura.

En el 91% de los casos las personas judicializadas no tienen antecedentes judiciales, las capturas son realizadas en medios de transporte, aeropuertos y vías nacionales. La sustancia por la que más se judicializa es Cocaína con 60%, seguida de Marihuana con 32% y la cantidad de estupefacientes que motiva la judicialización en el 91% de los casos, supera los 200 gramos.

“Conserve”: las diligencias judiciales llevadas a cabo que caracterizan esta conducta tienen la particularidad de tratar situaciones en las que la Policía Nacional y la SIJIN realizan allanamientos a viviendas por información de la comunidad o en cumplimiento de una orden judicial, en la mayoría de casos se encuentran cantidades importantes de estupefacientes en bolsas con posibles indicios de venta pero sin que la evidencia permita que el juez tenga la certeza de que se vaya a llevar a cabo dicha actividad; en el 80% de los casos la persona judicializada no tiene antecedentes judiciales. En el 65% de las sentencias caracterizadas por adecuación típica “conserve” la captura se realiza en por orden judicial

En el 30% de los casos la sustancia que motiva la captura es Cocaína, seguido de Marihuana con 28% y cocaína y marihuana con 21%; en el 80% de los casos la persona judicializada no tiene antecedentes judiciales; y al desagregar por lugar de la captura, en el 88% de los casos ésta se realiza en el lugar de residencia; las capturas son materializadas por la SIJIN en un 55% y por la Policía Nacional en un 28%.

“Conservar y Vender”: dicha conducta de manera general se caracteriza porque las personas judicializadas son capturadas cuando tienen en su poder cantidades representativas de estupefacientes, la mayoría de las veces en empaques grandes con algunas dosis, adicionalmente es comprobable mediante evidencia y diferentes fuentes, que dichos sitios son utilizados para la venta de estupefacientes. Las capturas se realizan

en la mayoría de los casos como producto de una investigación previa que motiva una orden judicial de parte de un juez y de esa manera la SIJIN o la Policía Nacional proceden a realizar el allanamiento. La sustancia por la que se realizan mayor cantidad de procesos para esta modalidad es la cocaína, la diferencia con la conducta “conservar” tiene que ver con el acervo probatorio que permite verificar de parte del investigador o fiscal que la sustancia es utilizada para la venta, es posible caracterizar en esta tipología a los casos de “ollas” de narcomenudeo.

“Venta y Llevar consigo”: esta tipificación se caracteriza porque las circunstancias de captura se dan cuando con información previa o investigación de parte de la Policía judicial, se procede a realizar la captura de una persona indiciada por venta de estupefacientes, las personas capturadas llevan consigo una cantidad de estupefaciente superior a la dosis mínima o son capturadas en flagrancia cuando se está comercializando la sustancia; la distribución de casos muestra que la captura ocurre en un 50% de casos en flagrancia y el otro 50% obedece a una orden judicial. Llama la atención que aproximadamente el 82% de las personas que son judicializadas por esta conducta no presentan antecedentes penales.

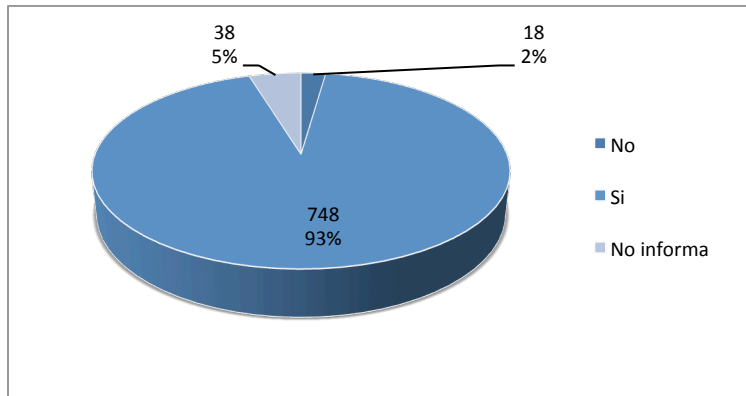
De la anterior información se pueden inferir las siguientes conclusiones:

- La mayoría de procesos observados se realizan por llevar consigo, y la evidencia no es suficiente para afirmar que la persona comercialice el estupefaciente, además se tratan de pequeñas cantidades. Los esfuerzos por parte de la Policía parecen estar enfocados en la búsqueda de casos en la calle en los que se producen capturas por conductas en flagrancia mediante requisas.
- Las diferentes conductas y modalidades hacen bastante complicado encasillar la conducta en uno de los verbos incluidos en la definición del delito.
- Las conductas relacionadas con conservación o almacenamiento de estupefacientes, en la mayoría de las ocasiones tienen una investigación previa y se ejecutan mediante allanamientos y orden judicial.

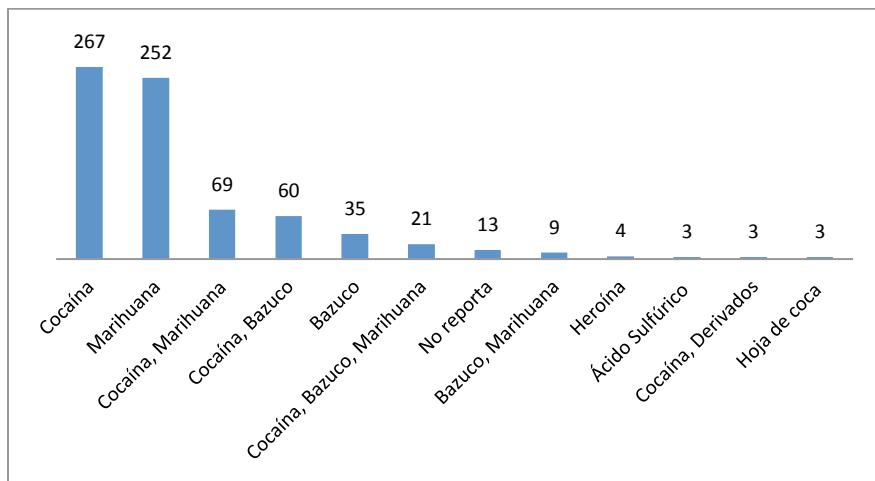
b. Tipo de droga por la cual fue judicializado el infractor

De acuerdo con el análisis de sentencias realizado, es importante analizar si el capturado portaba algún tipo de sustancia consigo en el momento de su captura. De las 804 sentencias analizadas, el 93% de las personas capturadas (748) portaban alguna sustancia, el 2% (18) no portaba y no se tiene información del 5% (38) restante.

Gráfica #. ¿Se le encontró algún tipo de sustancia al procesado en el momento de la captura?



Sustancias encontradas en el momento de la captura



En esta gráfica se encuentran las sustancias más relevantes que se encontraron en el momento de la captura de acuerdo con las 804 sentencias analizadas. Como se observa, la Cocaína es la sustancia con la que mayor número de personas se encuentra con un 35.7% dentro del total de las personas, le sigue la marihuana con un 33.7% (252) y la combinación de cocaína y marihuana se encuentra en el tercer lugar con un 9.2% (69 personas). Al realizar un análisis de las personas que portaban cocaína y cocaína y otro tipo de sustancias, se obtiene que en más de la mitad de las sentencias analizadas 57,1%, la sustancia que se encuentra en el momento de la captura es la cocaína.

Al realizar el mismo análisis con marihuana, se obtienen que el porcentaje de personas que portaban marihuana y marihuana y otro tipo de sustancia, es de 47.6%, lo que indica que de la muestra tomada de 804 sentencias, a la mayor parte de personas en el momento de su captura, se les encontró cocaína y marihuana, siendo estas sustancias las que tienen un mayor impacto en este tipo de sentencias.

c. Subrogados penales.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-679 de 1998, ha definido los subrogados penales como aquellas “medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los

individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador”.

El Código Penal colombiano, consagra los siguientes subrogados penales: (i) Suspensión de la Ejecución de la pena; (ii) Prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; (iii) Reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave; y (iv) Libertad condicional¹¹. A continuación se realizará una breve descripción de cada uno de ellos.

- a. Suspensión de la ejecución de la pena:** Este subrogado se encuentra consagrado en el artículo 63 del Código Penal¹², en donde se establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad se puede suspender por un término de 2 a 5 años, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, relacionados con el quantum de la pena (no superior a 4 años), el tipo de delito cometido, la carencia de antecedentes penales, personales y familiares, y la necesidad de la pena.
- b. Prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión:** Se encuentra consagrado en el artículo 38 del CP, en donde se establece que la privación de la libertad se puede cumplir en el lugar de residencia del condenado o en el que el Juez determine. Aunque el ciudadano sigue privado de la libertad, este subrogado permite que la pena privativa de la libertad impuesta se cumpla por fuera de la prisión. Los requisitos de procedencia se encuentran contemplados en el artículo 38B del CP y dependen del quantum de la pena mínima prevista en la ley, el tipo de delito cometido por el condenado, el contexto familiar y social del condenado y la constitución de una caución con el fin de garantizar las obligaciones impuestas por el juez.
- c. Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave:** Se encuentra contemplado en el artículo 68 del CP, en donde se establece que el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o en centro hospitalario en caso de una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal.
- d. Libertad condicional:** Se encuentra contemplado en el artículo 64 del CP, que establece que el Juez puede permitir al condenado recobrar la libertad antes del cumplimiento de la totalidad de la condena, previo cumplimiento de determinadas condiciones. La procedencia se encuentra atada a ciertos requisitos, relacionados con el cumplimiento de cierto quantum de la pena (3/5 partes) y situaciones de naturaleza personal como el buen comportamiento en el centro de reclusión y el arraigo familiar o social.

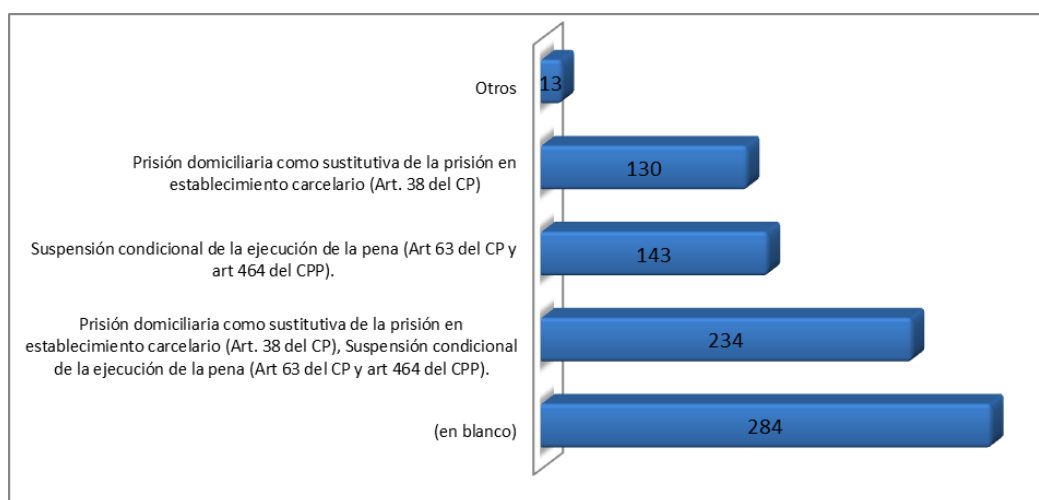
¹¹ El artículo 107 de la Ley 1709 de 2014 derogó expresamente el sistema de vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión.

¹² Reformado recientemente a través del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014

Las obligaciones impuestas por el juez al condenado, derivadas de la concesión de la libertad condicional y la suspensión de la ejecución de la pena son semejantes¹³. El momento procesal en el cual son decretadas marca la diferencia entre ambas figuras. La suspensión de la ejecución de la pena debe decretarse por el juez al momento de imponer la pena privativa de la libertad (sentencia), es decir antes de que el ciudadano sea llevado a prisión; mientras que la libertad condicional se concede cuando ya existe una condena cumpliéndose en prisión.

A continuación, se presentan unos resultados preliminares de acuerdo con el análisis de sentencias realizado que permite evidenciar algunas tendencias en la judicialización en cuanto a subrogados penales se refiere.

Gráfica #. Medidas solicitadas por abogados defensores



Los subrogados penales solicitados con mayor frecuencia por los abogados defensores, es la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y la suspensión condicional de la ejecución de la pena con 234 casos realizados de manera conjunta con 29% del total. La suspensión condicional de la ejecución de la pena fue solicitada en 143 casos (17,8%), seguida de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en 130 casos (16,2%).

Como se observa, existe una tendencia a solicitar la suspensión condicional de la ejecución de la pena; frente a esto es importante mencionar que para conceder este beneficio la ley fijaba como requisito que la pena impuesta de prisión no excediera los 3 años¹⁴ y la pena mínima de los delitos previstos en el artículo 375 y 376 es de 5.3 años; sin embargo, esta solicitud se puede realizar porque en el proceso de judicialización se reciben diferentes beneficios de rebaja de pena por colaboración, aceptación de cargos o por otras razones,

¹³ (i) Asistir a los requerimientos que establezcan por parte de las autoridades. (ii). En el caso de salidas del país, solicitar autorización del juez. (iii). Reparar la totalidad de los daños causados por el delito, salvo que se demuestre que el condenado es insolvente.(iv).Informar cualquier cambio de residencia.(v).Observar buena conducta mientras se está en el periodo de libertad condicional. (vi)Todas estas obligaciones deben estar garantizadas mediante caución.

¹⁴ Antes de la reforma de la Ley 1709 de 2014 eran 3 años, en la actualidad son 4 años.

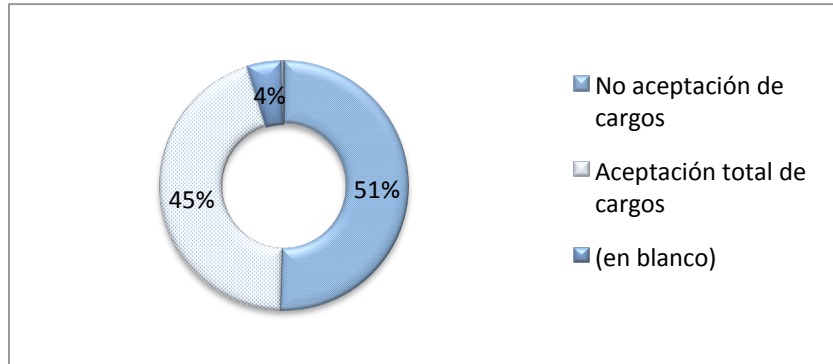
que permiten reducir la pena de manera considerable a partir del mínimo previsto en el tipo penal. En efecto, en el siguiente cuadro se aprecian algunos beneficios aplicados por los operadores judiciales:

Código Penal (Ley 599 de 2000)	Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)	
<p>“Artículo 56: El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”</p>	<p>Aceptación de cargos en la audiencia de formulación. (Art 351).</p> <p>Preacuerdos desde la acusación hasta el momento del interrogatorio en el juicio oral sobre la aceptación de la responsabilidad. (Artículo 352)</p>	<p>Reducción de la pena</p> <p>Hasta la mitad de la pena imponible.</p> <p>Reducción en 1/3 de la pena imponible</p>
	<p>Aceptación o preacuerdos en casos de flagrancia.</p>	<p>Reducción en 1/4 de la pena imponible</p>
	<p>Aceptación de cargos en la audiencia preparatoria del juicio.(numeral 5 artículo 356)</p>	<p>Reducción en 1/3 de la pena imponible</p>
	<p>Aceptación de culpabilidad en la audiencia final de juicio.</p>	<p>Reducción en 1/6 de la pena imponible</p>

Como caso particular, se encuentra la sentencia de septiembre de 2005 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales (Radicado N° 17001-61-06-799-2011-81867-00), por medio de la cual se procesó a un ciudadano por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por “llevar consigo” 18 gramos, 500 miligramos de cocaína. El procesado en principio era acreedor de la pena prevista en el inciso 2 del artículo 376 (64-108 meses), no obstante el juzgado tuvo en cuenta la aceptación de cargos y las circunstancias de profunda marginalidad e impuso una pena de 5 meses y 10 días de prisión, situación que dio origen a la aplicación del subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena.

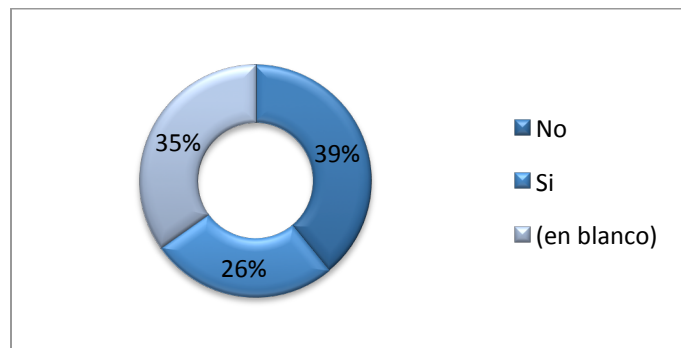
La tendencia en solicitar la prisión domiciliaria como sustitutiva de prisión, encuentra su explicación en que sus requisitos representan mayor flexibilidad que los de la suspensión de la ejecución de la condena, específicamente en lo relacionado con el quantum mínimo de la pena.

Grafico #. Celebración de preacuerdos y negociaciones



El análisis de sentencias realizado, arroja algunas tendencias en cuanto a la celebración de preacuerdos y negociaciones. De acuerdo con los datos recolectados de las 804 sentencias, 406 procesados no aceptaron cargos (51%), 360 aceptaron totalmente (45%), y 35 sentencias no contienen expresamente dicha información, razón por la cual se puede inferir que dichos casos no fueron objeto de aplicación de dicha figura.

Gráfica #. Concesión de subrogados penales



Para los años en los que se profirieron las sentencias objeto de análisis (2011 - 2014), la tendencia estuvo dirigida hacia la no concesión de subrogados penales. De las 804 sentencias analizadas, en 314 casos no se concedieron (39%), 210 fueron concedidos (26%) y en 280 casos (35%) no se cuenta con la información. La tendencia hacia la no concesión de subrogados penales, puede obedecer a los diferentes requisitos consagrados en la normatividad para acceder a estos beneficios.

4. Alternativas al encarcelamiento

4.1 Concepto de alternativas al encarcelamiento

Este documento toma la definición del Informe Técnico sobre Alternativas al Encarcelamiento para Delitos Relacionados con Drogas, en donde se establece que las alternativas al encarcelamiento son “Todas aquellas medidas (que pueden ser tanto reformas jurídicas como también estrategias, programas o políticas) que buscan: i) Reducir el procedimiento penal ii) Limitar el uso del encarcelamiento como retribución penal o como sanción, o iii) disminuir el tiempo efectivo de privación de libertad en el caso de encarcelamiento para individuos que hayan cometido delitos relacionados con las drogas”¹⁵.

De acuerdo con este documento, las alternativas al encarcelamiento en sus diferentes enfoques, permiten a los estados cumplir con acuerdos internacionales:¹⁶

- Son compatibles con el régimen internacional de fiscalización de drogas, ya que este permite cierta flexibilidad frente a la persecución penal de conductas relacionadas con el consumo, producción, porte y tráfico de drogas.
- Permiten el cumplimiento del mandato del Artículo 38 de la Convención de 1961, puesto que buscan brindar tratamiento, rehabilitación y reintegración social a los consumidores que abusan de drogas.
- Implican la promoción y protección de los derechos humanos al proponer soluciones efectivas.
- Conllevan la adopción de medidas diferenciadas que tienen en cuenta factores como la edad, la raza, el sexo y el género.
- Contribuyen al intercambio de experiencias entre países con el fin de que puedan ser exploradas y aplicadas en otros estados.

4.2 Características principales de las alternativas al encarcelamiento.

Las alternativas al encarcelamiento se pueden caracterizar desde el punto de vista de su naturaleza, ámbito y sujetos de aplicación¹⁷:

□ Naturaleza de la medida

Las alternativas al encarcelamiento pueden ser de naturaleza **administrativa** o **legislativa**. Las medidas administrativas pretenden evitar que el infractor sea llevado al Sistema de Justicia Penal a través de acciones de desviación temprana hacia programas especiales que operan como alternativa a las sanciones privativas de la libertad.

De manera resumida, las medidas a aplicar, pueden estar fundamentadas sobre los siguientes principios, según la flexibilidad de la normatividad y procedimientos nacionales.

¹⁵ Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas y Ministerio de Justicia y del Derecho. Informe Técnico para Alternativas al Encarcelamiento para Delitos Relacionados con Drogas, 2015, p 19-20. Disponible en: <http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/alternativas-encarcelamiento/informe-tecnico-alternativas-encarcelamiento-delitos-relacionados-drogas.pdf>

¹⁶ Ibídem, p 21.

¹⁷ Ibídem

- a) **Despenalización.** Comprende un conjunto de acciones legislativas tendientes a modificar leyes con el fin que conductas catalogadas como delitos dejen de serlo.
- b) **Proporcionalidad.** Está dirigida a un conjunto de acciones legislativas tendientes a crear normas jurídicas que permitan una ecuación entre la gravedad de la conducta del infractor relacionado con el uso de drogas y la sanción penal de la que se hace acreedor. Bajo esta óptica, se puede afirmar que entre mayor sea la vulneración del bien jurídico afectado con la conducta, igual correspondencia debería ostentar la pena con la que será castigado.
- c) **Desjudicialización.** Es un conjunto de acciones administrativas que se manifiestan a través de programas o estrategias que buscan evitar que el infractor entre al sistema judicial para ser procesado y juzgado conforme a las normas penales.
- d) **Desprisonalización.** Se refleja en un conjunto de acciones que buscan la salida de prisión de aquellos infractores que han sido condenados, con la intención de reducir la población carcelaria y contribuir de manera directa a bajar los índices de hacinamiento.
- e) **Diferenciación.** Son acciones con las que se busca modificar las normas y las políticas existentes en materia criminal, en procura de proponer una criminalización diferenciada y equilibrada que permita distinguir cada uno de los factores que componen el delito, es decir, conductas, sustancias, cantidades y tipos de consumo, y a partir de ahí proponer normas, implementar castigos más razonados y proporcionados atendiendo a la gravedad del comportamiento.

□ **Ámbito de aplicación**

Las alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas se pueden aplicar en cada una de las etapas del procedimiento penal, es decir antes del juicio, al momento de la sentencia y durante la ejecución de la pena. Desde este punto de vista las medidas pueden ser¹⁸:

- a) **Preprocesales.** Se trata de aquellas alternativas al encarcelamiento que se aplican de manera previa a la investigación o al juicio penal, es decir, están dirigidas a evitar que el infractor de delitos relacionados con drogas no entre al Sistema Judicial. Este tipo de alternativa es el resultado de acciones de descriminalización y de despenalización.
- b) **Procesales.** Estas son aplicadas durante el procedimiento judicial adelantado para investigar y juzgar al infractor de delitos relacionados con drogas, con el fin de evitar el encarcelamiento o que éste guarde proporcionalidad con la conducta

¹⁸ Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas y Ministerio de Justicia y del Derecho. *Informe Técnico para Alternativas al Encarcelamiento para Delitos Relacionados con Drogas*, 2015, p 25-36.

cometida. Se enmarcan dentro de las acciones de despenalización, proporcionalidad y diferenciación.

- c) **Posprocesales.** Son aquellas alternativas que operan luego de la sentencia judicial, con el fin que la privación de libertad no tenga una duración larga y que la persona sea objeto de estrategias de integración social. Este tipo de alternativas se relacionan con acciones de excarcelación.

□ **Sujetos de aplicación**

Los órganos o autoridades que pueden implementar esta clase de medidas pueden ser¹⁹:

- Poder Judicial
- Fiscales
- Policía
- Autoridades administrativas

Los infractores a los que debe beneficiar o impactar estas medidas, son los que dentro del esquema de producción de delitos relacionados con drogas ocupan el eslabón más débil dentro de la cadena del tráfico de drogas: consumidores, pequeños cultivadores y las personas que porten pequeñas cantidades ya sean menores de edad o adultos y, que por lo general obedecen a grupos poblacionales que por sus condiciones socioeconómicas y bajos niveles educativos, son vulnerables socialmente²⁰.

4.3 Acciones del gobierno colombiano para dimensionar las alternativas al encarcelamiento y su implementación

A nivel internacional, Colombia viene liderando procesos que permiten atender la problemática de las drogas desde una perspectiva de derechos humanos y salud pública; bajo esta nueva visión, las alternativas al encarcelamiento para los delitos de menor gravedad relacionados con drogas, tienen un papel fundamental dentro de las propuestas que el Estado ha realizado en escenarios internacionales. Los avances a nivel internacional en el tema de alternativas al encarcelamiento, se pueden resumir de la siguiente manera:

- Los países miembros de la Organización de Estados Americanos –OEA-, adoptaron la **Estrategia Hemisférica sobre Drogas y su Plan de Acción 2011** en donde se acordó en el objetivo no. 7, lo siguiente:

¹⁹ Giacomello, Corina. *Propuesta de alternativas a la persecución penal y al encarcelamiento por delitos de drogas en América Latina*. Documento informativo del Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC), 2014, p 2. En <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=2748>.

²⁰ Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). “Alternativas al Encarcelamiento de los Delitos Relacionados con Drogas”, 2014, p 3.

“Explorar los medios para ofrecer tratamiento, rehabilitación y reinserción social a los infractores de la ley penal dependientes de drogas, como medida alternativa a su prosecución penal o privación de libertad.

Acciones

a) Considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias con miras a permitir alternativas a la prosecución penal o privación de libertad a los infractores de la ley penal dependientes de drogas.

b) Promover el estudio de otros programas que faciliten el tratamiento, la recuperación y la reinserción social de infractores de la ley penal dependientes de drogas”

- En el Informe **“El Problema de las Drogas en las Américas”** elaborado por la OEA, por mandato de la VI Cumbre de las Américas, celebrada en Cartagena, en el 2012, se identificaron una serie de desafíos en la aplicación de las leyes de drogas, entre los que se destacan el aumento de la población carcelaria por delitos relacionados con drogas y el hacinamiento que esto genera; la falta de acceso a tratamiento y a los servicios sociales por parte de los usuarios dependientes de drogas, así como la vulnerabilidad y los riesgos a los que están expuestos determinados grupos sociales como los jóvenes, las mujeres y la población de escasos recursos²¹.
- En la **Declaración de Antigua - Guatemala “Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas”**, adoptada en junio de 2013, se alentó a los estados miembros *“... a que continúen fortaleciendo sus acciones y políticas, incluyendo un enfoque de género según corresponda, tendientes a reducir el hacinamiento carcelario, con la promoción del mayor acceso a la justicia para todos, respetando la proporcionalidad entre el daño y la pena y el apoyo de alternativas al encarcelamiento, cuando corresponda, particularmente mediante el aumento del acceso a la rehabilitación, el cuidado integral de la salud y los programas de reintegración social...”*
- En el Quincuagésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones de la CICAD realizado en el mes de diciembre de 2013 en Bogotá, el gobierno colombiano propuso la creación de un grupo de trabajo que identificara alternativas al tratamiento penitenciario para los delitos relacionados con drogas. Esta propuesta fue aprobada en el Quincuagésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la CICAD realizado en el mes de mayo de 2014 en Washington.
- El Grupo de Trabajo estuvo conformado por expertos de los Estados Miembros que contaron con el apoyo de un **Grupo de Soporte Técnico (GST)**. El Gobierno de Colombia se encargó de la coordinación del grupo y el Ministerio de Justicia y del

²¹ Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) y Ministerio de Justicia y del Derecho. Informe Técnico sobre Alternativas al Encarcelamiento para Delitos Relacionados con Drogas, 2015. Pág. 11

Derecho ejerció su Secretaría Técnica. En el desarrollo de esta labor, se realizaron dos encuentros, el primero en Antigua - Guatemala, en junio de 2014 y el segundo en Cartagena – Colombia en octubre de 2014, en donde se compartió un borrador del Informe Técnico y los países asistentes tuvieron la oportunidad de ampliar el debate sobre el tema.

- Como resultado de este trabajo, el GST presentó el **Informe Técnico sobre Alternativas al Encarcelamiento para Delitos Relacionados con Drogas** en el Quincuagésimo Séptimo periodo de sesiones de la CICAD, en abril de 2015. El documento es un referente para que los Estados Miembros tengan posibilidades de explorar e implementar políticas alternas al tratamiento penal. En el documento y anexos, se identificaron más de 41 alternativas a la persecución penal para los delitos relacionados con drogas.

Adicional al liderazgo internacional que actualmente ejerce Colombia en el tema de alternativas al encarcelamiento; para el contexto colombiano, el gobierno adelanta una serie de actividades que están enmarcadas en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018 en el aparte de *Seguridad, justicia y democracia*, que en su objetivo 5 *“Enfrentar el problema de las drogas desde una perspectiva integral y equilibrada”* establece: *“Diseñar e implementar alternativas al encarcelamiento para los eslabones más débiles de la cadena de drogas”*. En este marco, las actividades adelantadas son:

- **Viabilidad de la implementación de Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD).** Los TTD representan uno de los modelos más conocidos de alternativas al encarcelamiento que están siendo adoptados por varios países de la región. Dichos tribunales agrupan un conjunto de modalidades para desviar a los usuarios de drogas de la prisión y reclusión y dirigirlos hacia esquemas de tratamiento y rehabilitación bajo la supervisión judicial, partiendo de la noción según la cual el consumo se entiende como un problema de salud y no de seguridad pública.

En este contexto, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la CICAD (OEA), con apoyo de UNODC, realizaron un taller de alto nivel con la participación de expertos internacionales y nacionales, operadores judiciales, entidades gubernamentales y académicos, con amplio conocimiento en el ámbito judicial y sanitario, con el objetivo de contribuir a la comprensión de la noción de los Tribunales de Tratamiento de Drogas y debatir acerca de su naturaleza, ventajas, debilidades y la posibilidad de que dicho modelo sea aplicado en Colombia. El evento indagó sobre la experiencia obtenida por otros países en el proceso de diseño, implementación y práctica de los tribunales, y a partir de ahí se abordaron las perspectivas judiciales y sanitarias que permitan establecer la viabilidad de su aplicación en Colombia.

Asimismo, la CICAD – OEA contrató dos expertos con el fin de determinar la viabilidad jurídica y sanitaria de implementar los TTD en Colombia. Este estudio será presentado al gobierno colombiano y pretende, entre otras cosas, determinar la viabilidad de

implementar este modelo en el contexto colombiano tanto a nivel jurídico como sanitario, así como, definir los perfiles de los posibles beneficiarios y de los operadores judiciales que harían parte de estos tribunales.

- **Diagnóstico participativo sobre las Alternativas al encarcelamiento para los delitos de menor gravedad relacionados con las drogas.** La CICAD – OEA en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho, realizará un diagnóstico participativo del contexto colombiano a nivel institucional, jurídico, cultural y político, que permita establecer las alternativas al encarcelamiento que existen en el país y las posibles alternativas que se puedan implementar para los delitos de menor gravedad relacionados con drogas. Para ello, se utilizarán diferentes herramientas metodológicas dirigidas al sector público, ONG, rama judicial, población privada de la libertad, organizaciones internacionales y de cooperación internacional, opinión pública y sociedad civil.

- **Análisis de los aspectos procesales y patrones de judicialización por el delito de tráfico de drogas en Colombia y de la proporcionalidad en las penas impuestas.** El Ministerio de Justicia y del Derecho lidera una investigación con el objetivo de analizar los aspectos procesales y patrones de judicialización por el delito de tráfico de drogas en Colombia y la proporcionalidad en las penas impuestas por los jueces de la Jurisdicción Penal. El objetivo del estudio es proponer, con base en evidencia, recomendaciones de política pública e identificar la tendencia en la aplicación de las alternativas al encarcelamiento disponibles en el ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, se revisan las sentencias por tráfico de drogas proferidas por diferentes autoridades judiciales del país, con la intención de obtener información relacionada con las características de los procesados, contexto de los hechos, el tipo de casos (con énfasis en la cantidad de drogas por la que se procesa a los condenados), aspectos de la actividad procesal y la duración y condiciones de la ejecución de la pena, entre otros.

4.4 Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Frente a las alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas, es relevante realizar un análisis de las posibles figuras jurídicas que están consagradas en el sistema penal colombiano y que coinciden con esta noción de alternativas al encarcelamiento.

De acuerdo con el artículo 34 del Código Penal, las penas pueden ser principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos.

- Las penas *principales* (art. 35 CP) son la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos;
- Las penas *sustitutivas*, buscan reemplazar las penas principales, previo cumplimiento de algunos requisitos; el artículo 36 del CP, establece la prisión

domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido como sustitutivo de la multa.

- Las penas *accesorias* (art. 52 CP), se convierten en respuestas punibles secundarias a la conducta cometida (inhabilitación de derechos y funciones públicas, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, entre otras)²².

La pena privativa de la libertad y la multa, poseen unos mecanismos sustitutivos denominados subrogados penales, que coinciden con el concepto de alternativas al encarcelamiento. A su vez, existen instituciones jurídicas y mecanismos procesales aplicables a todos los delitos previstos en el Código Penal, que permiten una dosificación punitiva y en algunos casos la interrupción, renuncia o suspensión de la acción penal y que también responden a la misma lógica de alternativas al encarcelamiento.

No obstante, esto no significa que la normatividad consagre de manera puntual alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas, especialmente para aquellos de menor gravedad. A pesar de esto, es pertinente analizar cada una de las instituciones y mecanismos jurídicos existentes con el fin de identificar su aplicabilidad en los delitos relacionados con drogas, especialmente, el delito de Conservación o financiación de plantaciones (Art.375) y el de Tráfico, Fabricación o porte de estupefacientes (Art.376).

□ **Mecanismos procesales**

a. Principio de oportunidad: Consagrado en el artículo 321 del C.P.P., persigue el objetivo de racionalizar el derecho penal con el fin de orientar y concentrar los esfuerzos judiciales en las infracciones penales de mayor relevancia para el Estado. El efecto principal de su aplicación, trae como consecuencia la renuncia de la acción penal en aquellos casos en los que, si bien existe suficiente mérito para la acusación por razones fácticas y jurídicas, razones de oportunidad y política criminal hacen recomendable la declinación de la investigación²³. Según el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, la aplicación del principio de oportunidad es causal de libertad, por lo que se puede establecer que se trata de una alternativa al encarcelamiento.

El párrafo 1 del artículo 324 del C.P.P. dispone que dicho principio puede aplicarse a los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, de acuerdo con las causales 4 y 5, las cuales contemplan las hipótesis de colaboración eficaz y testimonio siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. Estas causales han sido diseñadas con el fin de desarticular bandas de delincuencia organizada; sin embargo, se pierde el objetivo primordial del principio de oportunidad que

²² González Amado Iván. La Punibilidad. En lecciones de Derecho Penal-Parte General. 2 ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

²³ Avella Franco, Pedro Oriol. Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. En: <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>

es racionalizar el uso del derecho penal. Los beneficios aplicables a los infractores de la ley penal que colaboren con la justicia, deben ser reducción de la condena o pena por colaboración, delación o aceptación de la responsabilidad.

Sumado a la dificultad anterior, la aplicabilidad de las causales 4 y 5, genera dudas en cuanto a la utilidad del principio de oportunidad. Estudios académicos²⁴ han demostrado que las condenas por delitos de drogas están imponiéndose a los eslabones más débiles de la cadena del narcotráfico, es decir, a aquellos infractores menores o no violentos y con situaciones socioeconómicas precarias aprovechadas por organizaciones criminales. Estas personas no pueden acceder a un principio de oportunidad, porque no poseen información para la desarticulación de bandas criminales o porque aun teniendo dicha información, no son capaces de brindarla por los riesgos que esto representa para su seguridad.

b. Medidas de aseguramiento: Se trata de actos jurisdiccionales sobre bienes o personas *“cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial”*²⁵. Este tipo de medidas afecta o merma la libertad personal de los ciudadanos procesados por delitos de drogas, desde esta perspectiva las alternativas al encarcelamiento proporcionan otro tipo de respuesta estatal.

El artículo 307 del C.P.P. consagra las medidas de aseguramiento, estas pueden ser privativas y no privativas de la libertad. Dentro de las primeras, podemos enunciar la detención preventiva en establecimiento de reclusión y la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento. Dentro de las segundas, identificamos los mecanismos de vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, presentación periódica ante el juez o ante la autoridad que él designe, observar buena conducta individual, familiar y social, y la prohibición de salir del país, de concurrir a determinadas reuniones o lugares, de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa y la de una caución real.

La detención preventiva incide de manera directa en el aumento de la población carcelaria en la categoría de sindicados por delitos relacionados con drogas.

c. Preacuerdos y negociaciones: Se encuentran consagrados en el art. 348 y siguientes del CPP. La aceptación total o parcial de cargos, tiene como finalidad específica la rebaja de la pena, la cual dependerá de la fase del proceso en la cual el infractor realice la negociación con la Fiscalía General de la Nación.

²⁴ Colectivo de Estudios y Derecho, CEDD. Mitigando la adicción punitiva: alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas. En: http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Sergio_v07.pdf.

²⁵ C-774/2001

Para los delitos relacionados con drogas no existe restricción para llevar a cabo estos preacuerdos y negociaciones, no obstante, el párrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 contempla una beneficio menor para las personas capturadas en flagrancia, lo que impacta a los delitos de drogas, por cuanto la mayoría de capturas que realiza la Policía por los artículos 375 y 376 del Código Penal, se realizan en dicha condición.

Aunque no se puede establecer que esta sea una alternativa al encarcelamiento en un sentido estricto, los preacuerdos y negociaciones permiten disminuir el tiempo real de privación de la libertad para los individuos que hayan cometido delitos relacionados con drogas.

□ **Subrogados Penales**

Se puede considerar que los subrogados penales coinciden con la noción de alternativas al encarcelamiento, porque limitan o disminuyen el uso de la privación de la libertad. Específicamente para los delitos relacionados con drogas, la Ley 1709 de 2014, presentó algunos cambios para la aplicación de estos subrogados penales. Para el delito de conservación o financiación de plantaciones y el de tráfico, porte o fabricación de estupefacientes, la pena mínima es de 5.3 años, situación que indica que la **suspensión de la ejecución de la pena** no es aplicable a los artículos 375 y 376 del Código Penal. Sin embargo, existen instituciones jurídicas que conceden beneficios de rebaja de pena lo que a la larga sí permite la aplicación de este subrogado.

Por otra parte, según el artículo 68 A del Código Penal, los beneficios y subrogados penales tales como, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión o cualquier otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados en la ley, no podrán concederse para aquellos condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones. La inclusión de este artículo 68A al Código Penal, con la ley 1709 de 2014 representa una restricción considerable en el uso de estos subrogados penales para delitos relacionados con drogas, lo que en el mediano y largo plazo, se puede ver representado en un aumento en la privación de la libertad para este tipo de delitos.

Sin embargo, algunos subrogados no están restringidos para delitos relacionados con drogas. Es el caso puntual de la **prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión** en centro de reclusión (también es aplicable como sustitutiva de la medida de aseguramiento de detención preventiva), que según el artículo 38 G del Código Penal, procede para el delito de cultivo y conservación de plantaciones ilícitas previsto en el artículo 375 y para el inciso 2 del artículo 376 (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes).

Así mismo, **la libertad condicional** no tiene restricción alguna para ser aplicada a dichos delitos. Merece una reseña especial la situación especial de las mujeres en condición de madre cabeza de familia consagrada en la Ley 750 de 2002, puesto que permite la ejecución de la pena en el lugar de residencia o en el lugar señalado por el juez en caso de

que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, sin restricción alguna para los delitos relacionados con drogas.

□ **Fundamentos reales modificadores de los límites de las penas.**

Estos fundamentos, tienen el efecto de variar el mínimo o el máximo de la pena, de acuerdo con circunstancias específicas definidas en la Ley que le dan una característica especial al hecho delictivo y por ende una sanción distinta. Aunque no se consideren como una alternativa al encarcelamiento, se aplica una cantidad de pena diferente que puede significar en algunos casos la limitación del uso del encarcelamiento a raíz de la disminución de la cantidad de la misma. Es decir, estos fundamentos al permitir que las sanciones penales se tasan por debajo del límite mínimo de las penas previstas, crean el escenario propicio para la aplicación de alguna alternativa a la privación de la libertad de las previstas en nuestra legislación. Un ejemplo de ello es el subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la condena, cuyo requisito principal es que la pena no exceda de 4 años; aunque la pena mínima de prisión prevista para los delitos de drogas está en 5.3 años, los fundamentos reales y algunos beneficios procesales como la aceptación de cargos, permiten reducir la pena por debajo de esos 5.3 años, lo que permite la aplicación de este subrogado.

Dentro del Código Penal, existen muchos fundamentos modificadores de los límites de penas, entre los más comunes aplicables a los delitos de drogas se pueden mencionar el consagrado en el art. 56 del CP, en donde se establece que “el que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”. Este artículo, es utilizado con frecuencia por los operadores judiciales al momento de tasar las penas.

Retos y desafíos

- Responder a los delitos de menor gravedad relacionados con drogas desde una perspectiva de salud y de derechos humanos, lo que supone la aplicación de alternativas diferenciales que evalúen las diferentes motivaciones del infractor y que permitan que los eslabones débiles de la cadena del narcotráfico, puedan acceder a servicios sociales y de ser necesario a servicios de tratamiento, .
- Enfrentar adecuadamente el consumo de droga asociado con la comisión de delitos, por medio de estrategias diferentes que provean tratamiento o alternativas no penales a personas que hayan cometido delitos en procura de proveerse de la sustancia, o los que se cometen bajo el influjo de algún estupefaciente, buscando la superación de su adicción.

Documento preliminar – Marzo de 2016

- Identificar alternativas al tratamiento penal y penitenciario que respondan al contexto colombiano y que se adapten a la realidad legal, social, cultural y política del país, así como a las particularidades de los diferentes eslabones de la cadena de drogas y a la gravedad de los delitos cometidos, teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos y las competencias institucionales del Estado.
- Fortalecer la capacidad de análisis y monitoreo de la aplicación de las leyes de drogas y generar conocimiento que permita la identificación de la tipología del delito, el tipo de droga, cantidades, composición y demás particularidades que influyan en la aplicación de medidas judiciales o alternativas, actuando de manera coherente con el sistema de justicia y de salud.
- Enfrentar los fenómenos criminales derivados del narcotráfico mediante una política criminal racional y eficaz que busque desarticular las estructuras de criminalidad organizada y que esté dirigida a eslabones intermedios y superiores de la cadena.
- Fortalecer la investigación y judicialización a los eslabones medios y superiores de la cadena de drogas con el fin de impactar la criminalidad y optimizar los recursos públicos para combatir la delincuencia organizada.
- Generar estrategias coordinadas y articuladas entre las diferentes instituciones que ejerzan funciones relacionadas con alternativas al encarcelamiento.
- Reducir los impactos derivados de la privación de la libertad, el hacinamiento y las violaciones a los derechos humanos asociadas al mismo.



Calle 53 No. 13 - 27- Bogotá D.C., Colombia

PBX (+57)(1) 444 31 00 (ext. 1760)

WWW.ODC.GOV.CO

