UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

El costo social del castigo

Una mirada desde el delito de conservación y financiación de plantaciones

David Leonardo Gutiérrez Ocampo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho
Bogotá, Colombia
2017

El costo social del castigo

Una mirada desde el delito de conservación y financiación de plantaciones

David Leonardo Gutiérrez Ocampo

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho, Sociología y Política Criminal

Director:

Doctor Oscar Parra Vera

Línea de Investigación:

Sociología y Política Criminal

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá, Colombia

2017

Resumen

La política criminal es el conjunto de medidas de política pública que buscan reducir la criminalidad. Una de estas medidas que se utiliza para contrarrestar este fenómeno es el castigo; este pretende ejercer una fuerza disuasiva del delito. No obstante, el mencionado propósito implica unos costos que deben ser identificados al momento de decidir el castigo de una conducta.

El Análisis Económico del Derecho es una herramienta que contribuye en la identificación de los costos sociales en que incurre el Estado al penalizar una acción como la conservación o financiación de plantaciones. Uno de los costos que se pueden identificar es el costo de oportunidad de castigar una acción, es decir, cuanto pierde o gana, social o financieramente, un Estado en el castigo de una conducta que tiene otras opciones que también contribuyen en contrarrestar este tipo de acciones. En el tipo penal específico que se estudia en este trabajo, se identifica el costo de oportunidad de castigar esta acción. En este sentido, se muestra el costo que implica que ingrese una persona a prisión e igualmente el costo que representa para el Estado alejar esta población.

Palabras clave: (Costo social, castigo, Análisis Económico del Derecho, Política Criminal, Conservación o Financiación de Plantaciones).

Abstract

Criminal policy is group of public policy measures which aim to reduce crime. One of these measures used to counter this phenomenon is punishment that seeks to deter illicit activities. However, the aforementioned purpose involves costs which must be identified when deciding the punishment of a conduct. The Economic Analysis of the Law is a tool to assisting in identification of social costs to State when it punishes an action such as the conservation and funding of plantation. The opportunity to punish is one of the cost that can be identified, this meaning, how much a State wins or loses in social an financial terms when it punishment of conduct that has other options that also contribute to deter this type of actions.

Keywords: Social cost, punishment, economic analysis of law, criminal policy, conservation and funding of plantation.

Contenido

Resumen **5**

Abstract **6**

Contenido **7**

Introducción **9**

1. Castigo y Teoría del Análisis Económico del Derecho **11**

1.1 El Castigo. 12

1.1.1 Breve historia occidental del castigo. 13

1.1.2 La idea foucaultiana del castigo. 16

1.1.3 El concepto moderno de prisión para David Garland. 19

1.1.4 El castigo en Colombia según la Corte Constitucional. 21

1.2 Análisis económico del derecho. 26

1.2.1 La economía. 28

1.2.2 El objetivo del Análisis Económico del Derecho. 29

1.2.3 La metodología utilizada en el Análisis Económico del Derecho. 31

1.2.4 La eficiencia en el AED. 33

2. Capítulo 2. El costo social del castigo **35**

2.1 La teoría económica del crimen. 36

2.2 Teoría económica del castigo. 40

2.3 El costo social del castigo. 42

2.4 El costo de oportunidad. 43

2.5 La externalidad del castigo. 45

3. Capítulo 3. El costo social del delito de conservación y financiación de plantaciones. 48

3.1 Política de drogas. 49

3.2 Tratamiento jurisprudencial. 50

3.3 Conservación y financiación de plantaciones. 53

3.3.1 Origen. 53

3.3.2 Motivación de la medida. 58

3.4 La pérdida de oportunidad del Estado colombiano. 62

3.4.1 La sustitución de cultivos ilícitos. 65

3.4.2 Los proyectos productivos. 71

3.5 Medidas penales vs. Medidas administrativas. 76

4. Conclusión. 87

Bibliografía 93

Introducción

Son muchos los trabajos que alrededor del derecho penal y la política criminal rondan nuestro conocimiento actual. Sin embargo, el presente trabajo de grado tiene como gran reto mostrar la existencia de un campo que, para aquellos que hemos estudiado los principales temas que rondan la criminología, ha resultado desconocido durante mucho tiempo. El campo al que me refiero es el del Análisis Económico del Derecho. Para lograr este acercamiento, se planteó como objetivo la identificación del costo social de castigar la conducta de financiación y conservación de plantaciones.

Con fundamento en lo anterior, el primer capítulo que se presenta se encuentra dirigido a la presentación de bases sobre la idea del castigo; para esto, se estudia el desarrollo histórico que se tiene del castigo como institución, y dos posiciones que, a título personal, considero mantienen plena vigencia en la actualidad, la de Foucault y Garland. Adicionalmente, para efectos de comprender el estado actual de la situación y política carcelaria, se presenta el análisis del estado de cosas inconstitucionales declarado en las cárceles de Colombia. De otro lado, en este mismo capítulo se desarrolla y presenta al lector el Análisis Económico del Derecho. Para muchos de nosotros que tenemos formación como abogados, desconocemos la verdadera naturaleza y alcance de la economía como ciencia social, por esto presentamos esta teoría con algunos conceptos que resultan básicos para su comprensión.

Teniendo en cuenta que el universo del análisis económico del derecho no resulta pequeño, se presentan las dos principales teorías y fundamentos que contribuyen a la resolución de nuestro problema, estas son la teoría económica del crimen y la teoría económica del castigo. Con su estudio, identificamos como parte esencial de la misma la figura de los costos sociales, los distintos tipos de costo social y se desarrolla, en especial, el costo de oportunidad como un tipo de costo social. En este sentido, es pertinente aclarar que de este capítulo continuara la existencia de muchas dudas que solo con la remisión al Análisis Económico del Derecho se podrán comprender. Aquí, lo que se trata es de que el lector abra su conocimiento a estas teorías y valore la eficacia y fundamentos de la misma.

De otro lado, en el siguiente capítulo se estudia el contexto del delito de conservación o financiación de plantaciones, su origen y la política de drogas que se ha girado a través de este. Con esto, se pone en contexto al lector para que, después de haber comprendido que es el costo de oportunidad como un tipo de costo social, se pueda fundamentar la identificación de los mismos.

En este contexto tenemos que este trabajo nos presenta tres capítulos de los cuales, en el primero se desarrolla el estado del arte de la investigación, y en los siguientes dos el marco teórico de la misma. Con esto, llegamos a un cuarto capítulo en el que se ofrece la conclusión de estas ideas y del cual se sacan dos tipos de conclusiones, la primera, que el Análisis Económico del Derecho es una herramienta fundamental en la expedición de políticas públicas, y en el segundo, la identificación de esos costos de oportunidad que generó el castigo del tipo penal que es objeto de estudio.

1. Castigo y Teoría del Análisis Económico del Derecho.

El presente capítulo pretende acercar brevemente al lector al concepto e ideas modernas del castigo y a la teoría del análisis económico del derecho. Sobre el primero se trabajan tres puntos: i) la evolución del castigo en la sociedad occidental; ii) los conceptos de Foucault y Garland sobre este; y iii) el castigo reciente en Colombia a la luz de la Corte Constitucional. Con esto, el objetivo se remonta a comprender las causas y razones principales del castigo, así como las consecuencias que tiene la prisión como representación moderna del mismo.

Sobre la segunda parte de este primer capítulo, explico de forma resumida la moderna Teoría del Análisis Económico del Derecho a partir de los postulados de varios de sus principales exponentes como lo son Robert Cooter y Richard Posner. Ellos, nos introducen en un mundo que hasta el momento resulta desconocido para nosotros los abogados el cual es la relación entre la economía y el derecho. Esta teoría básicamente nos presenta las oportunidades de la economía para interpretar el derecho y, sobretodo, para hacer de esta una herramienta más eficiente en la consecución de los objetivos que se propone. Con la información que se presenta en esta, se logra conocer previamente un pequeño contexto de los fundamentos principales de este trabajo.

1.1 El Castigo.

El castigo se ha desarrollado como un concepto de gran relevancia para explicar distintos tipos de fenómeno social. Un tipo de fenómeno social que se explica a través del castigo es el carácter retribucionista que ha caracterizado al ser humano durante su historia, es decir, el deseo inmerso que tiene cada ser humano de hacer que el otro retribuya lo bueno o lo malo de sus acciones a la sociedad o a algunas personas en específico. Lo anterior, puedo atreverme a afirmar, aparece desde una lógica religiosa y cultural que nos viene guiando sobre lo que es bueno y malo.

El castigo, inmerso en la "lógica" social anteriormente descrita, aparece como la sanción impuesta por un ente "superior", por una comunidad o un dios, a quien se le han vulnerado sus preceptos y mandatos establecidos, razón por la cual se hace merecedor de una aflicción, con el ánimo de reprender la conducta no deseada y con el objetivo de indicar, a las demás personas, que podrían involucrarse en la misma o similar falta, las posibles consecuencias a traer.

Como parte de esto podemos observar que históricamente han sido distintos los autores que se han pronunciado sobre la significación del Castigo, entres estos encontramos a Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Hobbes, Locke, Kant, Hegel, Bentham, Stuart Mill y Foucault (Falcón y Tella & Falcón y Tella, 2005). Estos autores, representan distintas posiciones filosóficas y políticas que fueron características de cada una de sus obras; sin embargo, respecto al castigo, tienen en común que han resaltado este fenómeno con un enfoque más allá de lo jurídico, es decir, como lo afirman Falcón y Tella, fundamentados en los estudios de Garland, ven la sanción *"como una materia a contemplar no solo desde el punto de vista jurídico y criminológico, sino como una institución social compleja en su función y significado, que estudiada con el suficiente cuidado y atención refleja una forma de vida que introduce claridad en el análisis del tipo de sociedad en la que se impone y de la gente que se compone"* (Fundamento y finalidad de la sanción: ¿Un derecho a castigar?, 2005, pág. 19).

1.1.1 Breve historia occidental del castigo.

Antes de entrar a profundidad en las ideas modernas de castigo, es pertinente, en aras de delimitar la investigación, señalar que el presente trabajo recoge únicamente la concepción occidental que se tiene de este, desde la edad media. La presente aclaración es válida en tanto considero que los estudios occidentales del castigo, que existen en la actualidad, se basan en una lógica distinta a la de otras culturas en donde, con una mayor caracterización, podemos observar mayores y distintos fundamentos de índole religioso, histórico y cultural para fundamentar el mismo.

Para Rusche & Kircheimer, el desarrollo de la idea moderna de castigo se encuentra ligado a la transformación económica de nuestra sociedad. En este sentido, para el año 1.200, con ocasión al desarrollo económico sostenido de las clases sociales más bajas, comenzó una época en la que los siervos se revelaban contra la clase feudal, circunstancia que amenazaba fuertemente el estatus y la riqueza de esta última, generando un cambio en la forma tradicional en que las clases privilegiadas trataban a sus siervos. Uno de estos cambios aparecía evidente en las formas de tratamiento penal, el cual tenía como objetivo la preservación de la riqueza, en donde, si alguien cometía un delito contra la decencia, la moralidad aceptada, la religión, injuriaba gravemente o mataba a su vecino, se constituía una asamblea de hombres, encargados del juzgamiento del transgresor social, que sancionaban con penas pecuniarias al agresor que debían ser pagadas a favor de la víctima del delito, con el fin de evitar conflictos de sangre (Pena y estructura social, pág. 8). Durante esta época el delito era considerado como un acto de guerra, por lo que, ante la existencia de este y la ausencia de un control central estatal, la sociedad conformaba métodos de arbitramiento especial que ayudaran a solucionar conflictos entre vecinos y así lograr mantener la paz.

Con posterioridad, entrando dentro de la alta edad mediad, existían dos tipos de sanciones, las penas de contienda y las penances; estas se transformaron, en la baja edad media, a métodos más severos que involucraban la aplicación de penas corporales y de muerte

(Rusche & Kirchheimer, 1984, pág. 7). Durante la alta edad media no existía un sistema penal estatal consolidado como tal. En este tiempo existía una especie de derecho que regulaba relaciones entre iguales en status y riqueza con medidas conocidas como la contienda, que era entendida como una venganza particular admitida por las leyes medievales; y la penance, conocida como una pena pecuniaria que tenía que pagarse al injuriado, la cual era impuesta por una autoridad diferente a la judicial.

Fue esta época la que dio comienzo al castigo corporal. Lo anterior, debido a que las penances, al ser sanciones de contenido netamente económico, resultaban difíciles de pagar para las clases sociales más pobres, por lo que se abrió la puerta a formas alternativas de pago de la sanción penal. Siendo este tiempo el comienzo de un sistema penal restrictivo a una clase social. Como ejemplo de lo anterior, Rusche & Kirchheimer (1984) citan el Estatuto de la ciudad de Sion donde se preveía una multa de 20 libras para delitos de agresión, sin embargo, si el causante de la agresión no pudiere pagar la multa, era privado de su libertad en prisión, alimentado con pan y agua, de manera indefinida.

En este contexto, y siguiendo a estos mismos autores, son tres los factores que influyeron en la transformación del derecho penal de la época de su carácter privado a un instrumento de *"dominación social"*. El primero de ellos fue el incremento de la función sancionadora de los señores feudales sobre aquellos que se encontraban bajo su dominio; el segundo fue la extensión del derecho sancionador por parte de las autoridades centrales; y en tercer lugar, son los intereses fiscales ya que estos se constituían como una gran fuente de ingresos para las autoridades.

En la Europa del siglo XV, con lo que para Rusche y Kirchheimer era una especie de capitalización económica del derecho penal, aparecieron una serie de fuertes medidas destinadas a combatir a los miembros de las clases sociales más pobres que, por un lado, no le representaban dinero al erario, y, por otro, significaban una amenaza social para las

clases económicas privilegiadas. Estas circunstancias favorecieron la aparición de las penas corporales en la sociedad tales como la ejecución, mutilación y los azotes[1].

Penas que en el siglo XV eran consideradas una excepción, aplicable únicamente a los delitos más graves, se convirtieron en la regla durante el siglo XVI en donde los jueces, ante la convicción de que algunos detenidos representaban un peligro para la sociedad, imponían la pena de muerte y condenaban a mutilaciones graves. Estas últimas cumplían la función de marcar a quienes habían cometido un delito, de tal manera que eran excluidos de la sociedad y se veían inmersos en otro tipo de sufrimientos como encontrar un nuevo trabajo de tipo honesto. Otra forma de castigo durante esta época, y que resulta no menos común, fue el exilio, el cual, para las clases más bajas, representaba igualmente la muerte en el nuevo lugar donde se encontraba exiliado, mientras que, los miembros de las clases altas que eran exiliados, miraban en esta una oportunidad de expansión de negocios o de estudio (pág. 22).

Con la apertura que dio la baja edad media a la implementación de una serie de castigos corporales, que Foucault denominaría como suplicios en Vigilar y Castigar, se dio comienzo a la instrumentalización de las sanciones penales como formas de aumentar los ingresos económicos mediante la explotación laboral de las personas sometidas a penas de prisión. Ejemplo de lo anterior, son las servidumbres penales de trabajo forzado que, como lo explican Rusche y Kirchheimer, constituyeron no el resultado de consideraciones humanitarias, sino que respondieron a un nuevo sistema de desarrollo económico "*que revelaba el valor potencial de una masa material humana a entera disposición del aparato administrativo* (pág. 25).

[1] No obstante, también era muy común la implementación de técnicas sádicas en la implementación del castigo. Entre estas aparecían como las más comunes "ejecuciones practicadas con cuchillos, hacha y espada, cabezas golpeadas con maderas o cortadas con arados, gente enterrada viva o dejada morir de hambre, clavos martillados en la cabeza, ojos, hombros y rodillas, estrangulaciones y asfixiamientos, desangramientos y desvisceraciones, estiramientos del cuerpo hasta la descuartización, torturas sobre la rueda y con tenazas al rojo vivo cortes del cuerpo en distintas piezas o aserramientos de él con instrumentos de hierro y madera, quemas en la pira y muchas otras formas más de crueldad elaborada" (Rusche & Kirchheimer, 1984).

En la antigüedad, el concepto de castigo tal y como lo entendemos en este trabajo no existía. Según Foucault, antes del siglo XVIII estábamos ante una serie de medidas arbitrarias, tomadas por las autoridades competentes, con el fin de sancionar a los individuos que no cumplían los mandatos establecidos y por ende mandar un fuerte mensaje a los demás miembros de la sociedad, dichas medidas las denomina este autor como un suplicio. Según este mismo, la historia de las prisiones se desarrolló en tres tipos de sociedades: i) las sociedades expulsoras, aquellas que rechazaban a las personas "no soportadas"; ii) las sociedades "asesinadoras, torturadoras o purificadoras que someten al acusado a un tipo de ritual punitivo o purificatorio"; y iii) las sociedades encerradores que aparecen después del siglo XVI y que utilizan la prisión como el eje central de estas (Foucault, 2012, pág. 177).

Debido a los cambios que trajo el proceso de liberalización en el mundo moderno, de la mano con las ideas de la ilustración, se creó a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX la idea de castigo con el objetivo de reemplazar la barbarie del suplicio; lo que se hizo fue darle cierta discreción al arte de hacer sufrir, un "afinamiento de las practicas punitivas", mediante la aplicación de un juego de dolores más sutiles, silenciosos y despojados de su fuerte impacto visual, es decir, se extingue "la sombría fiesta punitiva" a través de la desaparición del espectáculo punitivo y la anulación del dolor (Vigilar y Castigar, 2015). No obstante, el intento de maquillar el suplicio que se vivía con anterioridad, para Foucault, este se mantiene, aunque se pronuncia de maneras distintas mediante la pérdida de un bien o un derecho. En este sentido, el castigo vivió una transformación en sí mismo.

1.1.2 La idea foucaultiana del castigo.

Es un filósofo francés, no un criminólogo, la persona que, en mi opinión, ha realizado el mejor estudio detallado sobre el castigo y las razones sociales que existen para mantener la vigencia del mismo. Me refiero a Michel Foucault quien, para los años 70's, lideraba en Francia, junto con otros grandes pensadores franceses, el Grupo de Información sobre las

Prisiones (Foucault, el poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida., 2012). Su acercamiento con esta histórica institución, y sus ideas sobre el poder, le permitieron presentar con mucha claridad a la sociedad, las razones de la permanencia de una creación tan inhumana como lo es el castigo.

Según este autor, el castigo es el resultado de la evolución del suplicio, el cual tiene implícita una relación de poder mediante la economía del cuerpo. Es decir, para Foucault, más que un cambio de actitud en las sanciones hacia el ser humano, surgió un esfuerzo "para ajustar los mecanismos de poder que enmarcan la existencia de los individuos; una adaptación y un afinamiento de los aparatos que se ocupan de su conducta cotidiana…".

En búsqueda de garantizar mecanismos más eficientes y mejor vistos dentro del derecho a sancionar, encontramos la que Foucault denomina como la nueva "economía del poder"; esta trata de hallar una proporción en la repartición del castigo, en palabras del autor: "el verdadero objetivo de la reforma, y esto desde sus formulaciones más generales, es menos fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos que establecer una nueva "economía" del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté ni demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social".

Es decir, que la implementación de esta nueva concepción busca encontrar otra forma para disminuir los costos económicos de castigar aumentando sus consecuencias al hacerlo más regular, más eficaz, más constante y más detallado en sus efectos (Foucault, Vigilar y Castigar, 2015); todo lo anterior con un objetivo de adaptación de las formas de castigo al modelo económico de la sociedad capitalista en aras de garantizar la protección de los bienes de los más pobres y los derechos de la clase burgués (Gómez Jaramillo & Silva García , 2015).

Según estos, el reto es encontrar “para un delito el castigo que conviene, es encontrar la desventaja cuya idea sea tal que anule el atractivo de la idea de una acción reprobable. Arte de las energías que se combaten, arte de las imágenes que se asocian, fabricación de vínculos estables que desafían el tiempo: se trata de constituir parejas de representación de valores opuestos, de instaurar diferencias cuantitativas entre las fuerzas presentes, de establecer un juego de signos-obstáculo que puedan someter movimiento de las fuerzas a una relación de poder” (Vigilar y Castigar, 2015, pág. 121).

Todas estas observaciones son consecuencia del estudio detallado que realiza Foucault a la historia del castigo y, por supuesto, al resultado de la investigación que lideró sobre este tema. En este sentido, en el marco de dicha investigación, en 1972 Foucault habló de la que fue su primera experiencia en una prisión, la visita a la cárcel de Attica. Sobre esta indicó que, más allá de encontrarse con un sitio sucio, hacinado, desordenado, se encontró con un lugar con características distintas a las pensadas. Sin embargo, esta le mostró la que él denominó “una maquina” la cual, en palabras de él, “solo se trata de un extraordinario pase de manos, un mecanismo singularísimo de eliminación circular: la sociedad elimina, al enviarlas a la cárcel, a personas a quienes esta quiebra, aplasta, suprime físicamente; una vez quebradas, la prisión las elimina al liberarlas al devolverlas a la sociedad; en ella, la vida en prisión, el trato que sufrieron en esta, el estado en que salieron, todo se conjuga para hacer que la sociedad, infaliblemente, las vuelva a eliminar y las devuelva a la cárcel, la cual…etc. Attica es una máquina de eliminar”.

Uno de los objetivos que surgen con la prisión es buscar un método mediante el cual se pudiera imponer, a través de la fuerza, una forma de comportamiento. En este sentido, existe detrás de esta institución la motivación de implementación del poder capitalista de una manera más eficiente (Foucault, 2012, pág. 180). De otro lado, la creación de la prisión como principal forma de castigo de la sociedad moderna, mediante su visión panóptica, permite conocer la sociedad entera.

Sin embargo, la prisión, como representación moderna del castigo, “es incapaz de responder a la especificidad de los delitos. Porque carece de efectos sobre el público. Porque es inútil a la sociedad, perjudicial **incluso: es costoso**, mantiene a los condenados en la ociosidad, multiplica sus vicios. Porque el cumplimiento de tal pena es difícil de controlar y se corre el peligro de exponer a los detenidos a la arbitrariedad de los guardianes. Porque el oficio de privar a un hombre de su libertad y de vigilarlo en la prisión es un ejercicio de tiranía (…) la prisión, en resumen, es incompatible con toda esta técnica de la pena-efecto, de la pena-representación, de la pena-función general, de la pena-signo y discurso. Es la oscuridad, la violencia y la sospecha” (Vigilar y Castigar, 2015, pág. 133)**.**

Baratta resume de manera adecuada la posición de Foucault diciendo que para este último el sistema punitivo tiene una función indirecta que se encarga de “afectar una ilegalidad visible para cubrir una oculta”, y otra función directa que se encarga de alimentar “una zona de marginados criminales insertos en un verdadero y propio mecanismo económico (“industria” del crimen) y político (utilización de los criminales con fines eversivos y represivos)” (Barata, 2009, pág. 201). No obstante, lo anterior, el planteamiento de Foucault tiene como critica su orientación históricamente abstracta la cual “en lugar de ser reconducida al desarrollo de las relaciones de producción, esta es directamente ligada a la estrategia de un “poder” que más que los individuos, parece ser para Foucault el verdadero sujeto de la historia” (Barata, 2009).

1.1.3 El concepto moderno de prisión para David Garland.

Dentro de las modernas concepciones del castigo, encontramos una que va más allá de la idea de sanción que causa aflicción en razón a la vulneración de unos parámetros normativos. Ejemplo de esto encontramos la definición de Garland, para quien el castigo es una institución social que logra condensar toda una red de relaciones sociales y significados culturales (Crimen y castigo en la modernidad tardia, 2007, pág. 189).

En su libro sobre Castigo y sociedad moderna (Garland, 2006), señaló:

> *"hoy por hoy el castigo es un aparato para hacer frente a los delincuentes, una entidad administrativa circunscrita, discreta, legal. Sin embargo, también es la expresión del poder del Estado la afirmación de la moralidad colectiva, un vehículo e la expresión emocional, una política social condicionada por motivos económicos, la representación de la sensibilidad vigente y un conjunto de símbolos que despliega un ethos cultural y ayuda a crear una identidad social".*

Así mismo, para (Garland, Crimen y castigo en la modernidad tardia, 2007, pág. 58):

> *El crimen y el castigo son dos aspectos centrales de las sociedades contemporáneas. Todos los países del mundo, sin importar sus formas de gobierno, el tipo de sistema jurídico, la cultura y tradiciones que tengan, cuentan con una red de instituciones, normas, discursos, creencias y prácticas que pretenden sancionar de una u otra forma a quienes son considerados delincuentes, las cuales resultan fundamentales para mantener el orden social".*

Con estas afirmaciones, Garland nos introduce en la que él considera un tipo de institución social como lo es el castigo; esta, afirma, no es un ente unitario sino que resulta ser "un proceso complejo y diferenciado, que incluye sistemas discursivos de autoridad y condena, procedimientos rituales para imponer sentencias, un repertorio de sanciones penales, así como instituciones y agencias encargadas de su administración" (Garland, Crimen y castigo en la modernidad tardia, 2007, pág. 184).

Con estas afirmaciones, nos muestra como resulta claro que el castigo se convirtió en una institución de los Estados por medio del cual busca la instrumentalización de sus propósitos en aquellos que no creen en estos. Es por esto que se observa la intensificación de tipos penales que persiguen a poblaciones en específico y que, adicionalmente, resultan siendo castigados en un moderno mecanismo, como lo es la prisión, que aparta, segrega y excluye de manera eficiente a quien no se quiere a interior de nuestra sociedad.

En Colombia, el nivel de degradación del castigo ha llegado a tal punto que ya no se piensa en el precio del sufrimiento humano puesto que solo se enfocan en el fin pretendido (Ariza & Iturralde, 2011, pág. 6), el cual, para el caso del delito de conservación o financiación de plantaciones, es la lucha por todos los medios contra el narcotráfico.

La justicia penal en Colombia se ha caracterizado por ser una justicia penal de excepción, es decir, la imposición de medidas excepcionales dirigidas a investigar, perseguir y juzgar a quienes los políticos del momento y la población de una nación, con una fuerte influencia de los medios de comunicación, determinan criminales peligrosos (Iturralde, 2010). Esta tesis ha sido promovida en Colombia por el profesor Manuel Iturralde, para quien el sistema penal de excepción ha creado lo que el denomina como “sentido común en materia penal” el cual es el responsable principal de la emisión desmesurada de normas que inundan el sistema penal. Lo anterior, como consecuencia de unos gobiernos que han implementado un modelo económico de corte conservador y neoliberal, que “se caracteriza por una racionalidad autoritaria y economicista que minusvalora las consideraciones políticas y sociales e introduce simultáneamente, en el campo del control penal, los dogmas de responsabilidad individual y la eficiencia de los mercados” (Iturralde, 2010).

1.1.4 El castigo en Colombia según la Corte Constitucional.

Como quiera que la problemática de la situación carcelaria se ha mantenido durante los últimos años, la Corte Constitucional ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario colombiano. La primera declaración de este estado por parte de la Corte se realizó con la sentencia T- 153 (1998), en donde dijo:

> *Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante*

violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

En dicha ocasión se indicó que la principal problemática radicaba en la sobrepoblación carcelaria ya que esta era la generadora de otras circunstancias indignas que se vivían al interior de los establecimientos de reclusión[2], argumento que descarta de plano que la problemática en si misma fuera el modelo de castigo penal. Para solucionar tal problemática se dieron las siguientes recomendaciones: i) diseñar un plan de construcción

[2] T-153 de 1998: "Las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. Con todo, la Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, cual es la de que la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías. En efecto, la ley ordena que los sindicados estén separados de los condenados; que los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, los funcionarios públicos y los indígenas de los demás reclusos, etc.".

y refacción carcelaria e implementarlo; ii) crear un lugar especial para los miembros de la fuerza pública; iii) separar a los sindicados de los condenados; iv) investigar la falta de presencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a las cárceles de Bellavista y la Modelo, en Medellín y Bogotá; v) adoptar medidas de protección urgentes mientras se adoptan las medidas de carácter estructural y permanente; entre otros.

15 años después la Corte reiteró el estado de cosas inconstitucionales en tanto consideraba que, a pesar del esfuerzo notorio por parte del gobierno nacional en la construcción de más establecimientos penitenciarios alrededor del país, entre otras medidas tomadas, las condiciones indignas se mantenían (T-388, 2013). Cuando los magistrados de la Corte revisaron las solicitudes de tutelar los derechos mínimos vitales de la población carcelaria, se encontraron con un mundo de indignantes situaciones que se viven alrededor del sistema penitenciario. Entre estas situaciones hallaron altos índices de inseguridad, un aumento de la criminalidad, graves problemas de hacinamiento, tratos crueles, inhumanos e indignos, afectación del derecho a la salud, etc. De otro lado la sentencia reconoció como sujetos de especial protección constitucional a las mujeres, a los niños y niñas de madres detenidas, a los extranjeros, a las personas con orientaciones sexuales diversas, y a los indígenas y afrodescendientes privados de la libertad. Lo anterior generó la siguiente conclusión:

> *El sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras*

> *palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho.*

En la sentencia T-762 de 2015 se resaltaron las principales conclusiones de la sentencia T-388 de 2013, las cuales son:

> *La política criminal colombiana ha sido desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de Derechos Humanos y supeditada a la política de seguridad nacional; La política criminal colombiana ha abandonado la búsqueda del fin resocializador de la pena, lo que a su vez genera mayor criminalidad, pues ese abandono contribuye a convertir los establecimientos de reclusión, en verdaderas "universidades del delito"; El hacinamiento no es el único problema del sistema penitenciario y carcelario del país. Sin embargo, toda la inversión presupuestal se ha dirigido únicamente a la creación de nuevos cupos carcelarios. Esta estrategia es insuficiente, ya que se abandona la atención de otras problemáticas igual de importantes; Los problemas que enfrenta el Sistema penitenciario y carcelario no son nuevos, pero la política criminal sigue sin resolverlos; Deben atenderse otras problemáticas diferentes al hacinamiento para superar la violación masiva de los derechos de los presos en Colombia como, por ejemplo, la adecuación y puesta en práctica de programas de resocialización, la adecuada prestación de los servicios de salud, la adecuada prestación de los servicios de agua potable, la prevención de enfermedades al interior de los penales, la adecuación de espacios salubres e higiénicos donde los presos puedan alimentarse y satisfacer sus necesidades básicas con dignidad, la garantía de seguridad y vigilancia para los presos, entre otros.*

A diferencia de los 15 años que trascurrieron entre la primera declaratorio de estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario y la segunda, año 1998 al año 2013, entre la segunda y tercer declaratoria transcurrieron dos años. Esta diferencia de tiempo es clave analizarla porque se cumplió la predicción hecha por la Corte en el fallo de 2013 sobre el aumento en el ingreso de tutelas por parte de los reclusos en aras de solicitar el cumplimiento del trato digno al cual tienen derecho. La base central de las 18 tutelas

presentadas, y unificadas, se centra en las condiciones de reclusión[3], las cuales se describen como “inhumanas”, “tortuosas” y “violatorias de la dignidad humana” (T-762, 2015). Según la sentencia, los accionantes solicitaron que se tomaran las siguientes medidas: i) no permitir que ingresen más personas a los centros de reclusión cuando el cupo esté lleno; ii) el traslado de internos a otros establecimientos; iii) mejorar estructuralmente estos lugares; y iv) mejorar la prestación de los servicios de salud, sanitarios, de agua potable y alimentación.

De las pretensiones que se recogen de los accionantes, se concluye que para ellos el problema central continúa siendo el hacinamiento, ya que solicitan dos cosas, la primera es la descongestión de las prisiones y la segunda es el mejorar los servicios prestados. Esta última circunstancia para algunos no será una clara consecuencia del hacinamiento, sin embargo, lo es en tanto los servicios sanitarios, médicos y alimentarios, en la medida en que hubiera menos reclusos podrían llegar, o ser usados, en mejor manera a los detenidos. Según las propias cifras que registran en la sentencia, en los 16 centros de reclusión que tienen una mayor problemática, existe un promedio de hacinamiento del 153.056%, teniendo como máximo a la cárcel modelo de Bucaramanga con un hacinamiento de 332.8% y mínimo el pabellón de hombres de la cárcel “el pedregal” de Medellín, con un 25.4%. En este sentido el Director del Inpec le indicó a la Corte que existe un total de 75.726 cupos carcelarios para 117.000 internos.

Para la Corte existen una serie de problemáticas estructurales en la crisis carcelaria que se han mantenido hasta el día de hoy, estas son: i) la desarticulación de la política criminal

[3] T-762 de 2015: “Las acciones de tutela se centran en temas como (i) el hacinamiento; (ii) las condiciones sépticas e infrahumanas en las cuales se encuentran recluidos, debido principalmente a la deficiente infraestructura y sus efectos en las condiciones sanitarias; (iii) la falta de servicios asistenciales de salud; (iv) la imposibilidad de realizar actividades tendientes a su resocialización, dada la sobrepoblación carcelaria existente; (v) la falta de intimidad en el desarrollo de las visitas conyugales; y (vi) la reclusión conjunta e indistinta de las personas sujetas a medidas de aseguramiento privativas de la libertad y aquellas condenadas”.

y el estado de cosas inconstitucionales, en este sentido la corte resalta que la políticas emitidas por el gobierno no están destinadas a la superación de estos problemas, por el contrario, tienden a generar una serie de medidas basadas en la seguridad que incrementan el número de delitos, de las penas y por ende de la población carcelaria; ii) hacinamiento y otras causas de violación masiva de derechos; iii) reclusión conjunta de personas sindicadas y condenadas; iv) deficiencia en la prestación de los servicios de salud a la población carcelaria; y v) condiciones indignas de salubridad e higiene.

1.2 Análisis económico del derecho.

El análisis económico del derecho (en adelante AED) tuvo por primera vez su aparición en el año 1960 con los artículos The Problem of Social Cost (Coase, 1960), y Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts (Calabresi, 1961); estos artículos abrieron la puerta para que empezaran una serie de investigaciones por parte de abogados y economistas que buscaban utilizar las herramientas y principios de la economía, como ciencia social, al interior del derecho en general; en este sentido, surgieron diversos autores como Gary Becker y Richard Posner, siendo este último quien publicó, en los años 70's, su conocido tratado de análisis económico del derecho, el cual ha marcado un hito como una nueva forma de interpretación y creación del derecho. Esto, junto con el desarrollo que las escuelas de derecho del mundo y la participación de la economía en los más importantes artículos de investigación jurídica (Cooter & Ulen, 2016, pág. 14), han generado la conclusión de que esta representa una nueva metodología que busca dar estatus científico al derecho y, como tal, se ha convertido, en palabras de Bruce Ackerman, profesor de la Escuela de Derecho de Yale, en "el desarrollo más importante del siglo XX en el campo de la investigación jurídica" (Cooter & Ulen, 2016, pág. 15).

En la actualidad, afirma Íñigo (El análisis económico del derecho: ¿método util, o ideología nefasta?, 2006), el AED "forma parte del canon jurídico estadounidense" pero es altamente desconocido en nuestro sistema jurídico europeo-continental. En particular, en el derecho penal, se rechaza esta doctrina en tanto se considera que esta conduce a "penas draconianas y en general a desconocer los derechos de los individuos". Sin embargo, para

el autor, este rechazo es solo consecuencia del desconocimiento; para él, el AED es una herramienta útil que "está en condiciones de aportar útiles propuestas en terrenos en los que el análisis jurídico tradicional ha profundizado insuficientemente". Y es que, como lo refiere Andrés Roemer (Introducción al Análisis Económico del Derecho, 1994, pág. 12) citando a Cooter, "la aceptación de la teoría del análisis económico del derecho se ha facilitado mediante las similitudes estructurales entre la ciencia económica y la jurídica"; como ejemplo menciona la similitud entre el "hombre razonable" dentro del derecho y el "hombre racional" al interior de las ciencias económicas[4].

De acuerdo con lo afirmado por Íñigo, sobre la existencia de un desconocimiento general en la teoría y aplicación del AED, considero necesario realizar en este capítulo un primer acercamiento que permita comprender al lector de este trabajo dicha teoría y, sobre todo, entender lo útil que podría resultar la aplicación de esta en el derecho penal, en especial, para temas como el establecimiento de penas que sean acordes con la necesidad de penalizar o no una conducta. Es de resaltar que la postura que se planteará, se presenta en contraposición a lo señalado por los críticos de esta teoría; lo anterior, en tanto demostraré que el AED, utilizado de manera correcta, no es sólo un inflador de penas y tipos penales, por el contrario, nos puede servir como esa herramienta que objetivamente verifique la eficacia y eficiencia del derecho penal.

Siguiendo esta línea, procederemos a exponer muy resumidamente, en un orden lógico, la teoría del análisis económico del derecho, indicando lo siguiente: i) el objetivo de esta teoría; ii) la metodología planteada; y iii) los métodos de interpretación y ayuda dentro del derecho penal. Con el desarrollo de los anteriores puntos, pretendo introducir al lector a una idea que, para los abogados, nos resulta difícil de comprender, pero que puede ser muy útil en la comprensión del derecho penal y, sobre todo, ante lo invasor y peligroso que resulta este, entender cuándo debe este ingresar al campo de las relaciones humanas.

---

[4] Sigue señalando Roomer en este punto: "la búsqueda que hace la ley para una división justa en los costos de los accidentes no es diferente de la preocupación del economista por la asignación eficiente de riesgo".

1.2.1 La economía.

La economía, tiene distintas acepciones, la más conocida es aquella que indica que es el estudio del modo como la sociedad gestiona sus recursos escasos (Mankiw, 2012, pág. 32); sin embargo, quisiera resaltar la cita que realiza Gregory Mankiw en el prólogo que presenta a los estudiantes sobre su libro de principios de economía, en esta, citando a Alfred Marshall, al que denomina como el gran economista del siglo XIX, cita “la economía es el estudio de la humanidad en sus quehaceres cotidianos” (2012, pág. 14).

La economía, es comprendida como un área de las ciencias sociales que se encarga del estudio y comprensión de la conducta humana en algunas áreas de su vida (valle, pág. 27). No obstante, son muchas las acepciones que existen sobre esta ciencia social, ejemplo, citando a Dorbusch, se dice que es “el estudio de la forma en que la sociedad decide qué se va a producir, como y para quien” (Moya, 2012, pág. 24). No obstante, este concepto fue evolucionando al siguiente: “la economía es la ciencia social que estudia las elecciones que los individuos, las empresas, los gobiernos y las sociedades completas hacen para encarar la escasez” (Moya, 2012, pág. 25).

Para los efectos del AED tenemos que este se basa en los principios de la teoría microeconómica (Cooter & Ulen, 2016, pág. 27). Según este autor, la microeconomía contribuye a resolver dilemas tales como ¿Deberá comprar esa grabadora digital que tanto le gusta o un traje elegante para su entrevista de trabajo? ¿Deberá salir de viaje con algunos amigos este fin de semana o quedarse a estudiar en casa? Entre otros ejemplos. Si bien la microeconomía hace parte de esta ciencia social extraordinariamente compleja, en especial por las dificultades que para algunos abogados nos generan las matemáticas.

La microeconomía parte de la comprensión de la existencia de ciertos supuestos como la maximización, el equilibrio y la eficiencia (Cooter & Ulen, 2016, pág. 29). En este sentido

indican que los consumidores (o las personas en general) son maximizadoras de utilidad lo que ellos definen como la felicidad o satisfacción. Lo anterior, basados en el modelo de que las personas son racionales y el individuo como ser racional busca su utilidad, es decir su felicidad o satisfacción. Por otro lado, tenemos el concepto de equilibrio que indica un "patrón de interacción que persiste a menos que sea perturbado por fuerzas externas (…) por regla general, los economistas suponen que las interacciones tienden hacia un equilibrio"; en este sentido, es el deseo maximizador del hombre lo que genera el equilibrio (Cooter & Ulen, 2016, pág. 30); la eficiencia

1.2.2 El objetivo del Análisis Económico del Derecho.

Para Posner (2013, pág. 57), el objetivo del AED es utilizar la que él considera como una poderosa herramienta de análisis de cuestiones legales, la economía, con el fin de conectar los principios económicos con problemas jurídicos concretos, bajo el supuesto de que el derecho común se explica mejor como un sistema para la maximización de las riquezas de la sociedad. Para entender la forma en que puede ser utilizada esta teoría, vale la pena traer a colación uno de los muchos ejemplos que este utiliza:

> *Aunque el economista no puede decir a la sociedad si debe tratar de limitar el robo, si puede mostrar que sería ineficiente permitir un robo ilimitado; así, puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuanto de un valor -la eficiencia- debe sacrificarse para alcanzar otro. O bien, tomando como dada una meta de limitación del robo el economista debe ser capaz de demostrar que los medios por los cuales ha tratado la sociedad de alcanzar dicha meta son ineficientes; que la sociedad podría obtener mayor prevención, a un costo menor, empleando métodos diferentes. Si los métodos más eficientes no perjudicaran a otros valores, aquellos serian socialmente deseables, aunque la eficiencia ocupara un lugar bajo en el tótem de los valores sociales.*

De otro lado, para Robert Cooter y Thomas Ulen, la economía se ha convertido en un punto esencial de nuestra cotidianidad que, por ende, ha cambiado la naturaleza del derecho en general, las instituciones legales y la practica misma del derecho (Derecho y economía, 2016, pág. 14). Para estos autores, la economía contribuye en el pronóstico de los efectos legales sobre el comportamiento, de una manera científica, distinta a como lo hace el derecho en general; es decir, "la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes" (Derecho y economía, 2016, pág. 16).

En este sentido, podemos interpretar que la economía tiene su gran contribución en el derecho en ofrecerle herramientas a este último con el fin de determinar, científicamente, "la respuesta de los individuos… para hacer revisar, derogar e interpretar las leyes" (Cooter & Ulen, 2016, pág. 16). Es decir, estamos ante una estrategia de corrección del derecho que permita conocer, en un primer momento, en el caso del derecho penal, a quién se dirige la política criminal, sobre la eficiencia en el resultado de sus medidas de política pública.

Cooter & Ulen se plantean la siguiente pregunta: ¿Por qué deben estudiar economía los abogados? En una respuesta práctica, podemos interpretar que para ellos la economía le ofrece al derecho una metodología lógica de análisis empírico de la cual ha carecido durante su historia. Aplicar la economía en el derecho permite generar un cierto grado de certeza sobre la eficiencia de las instituciones legales que nos regulan. Es así como afirman que "el derecho necesita la economía para comprender sus consecuencias en el comportamiento" (pág. 25).

Hay un tema final por resaltar y es el análisis económico del derecho como instrumento de política pública. Andrés Roemer (Introducción al Análisis Económico del Derecho, 1994, pág. 104) se pregunta: ¿Cuáles son los planteamientos sustantivos, novedosos, que el análisis económico del derecho ofrece a las políticas públicas? Su respuesta fue: "El planteamiento central es que los conceptos económicos básicos, como maximización de

costos, costos de las transacciones, organizaciones, intereses especiales, derechos de la propiedad, equilibrio y eficiencia son también fundamentales para entender y explicar la ley"; es decir, partimos de la base que las leyes son generadoras de políticas públicas y que, entre tanto, pueden ser medibles en su eficiencia y eficacia tal y como lo han hecho en los Estados Unidos con el sistema penal (Cooter & Ulen, 2016, pág. 15), en tanto el AED se utiliza como herramienta que brinda información empírica en el análisis de políticas públicas, en el camino en el que la interpreta Roth (Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: ¿de la razón científica al arte retórico?, 2008, julio - diciembre), al medir los resultados de las mismas y la pertinencia de la generación de políticas públicas.

De estos argumentos podemos indicar una primera conclusión sobre el AED. Es esta teoría la herramienta que necesita el derecho para medir la eficiencia de normas o políticas públicas que se encuentren vigentes al interior de nuestra sociedad y de aquellas que se encuentran pendientes de promulgar. Por lo anterior, podemos entender que el castigo, al ser un tema de política pública, y en especial de política criminal, puede utilizar el AED para comprender los niveles de aplicación de este, las circunstancias de intervención y la idoneidad de los castigos a aplicar. Como se verá en el siguiente capítulo, esta es una poderosa herramienta que, adaptada a nuestro modelo moderno, puede ayudarnos a identificar si una acción impuesta por parte de la autoridad estatal corresponde a la necesidad de intervención.

1.2.3 La metodología utilizada en el Análisis Económico del Derecho.

Es pertinente indicar que la metodología en el AED tiene dos aspectos, uno general y común al derecho, y otro particular que recoge métodos teóricos económicos en el análisis de la propiedad, de la responsabilidad en los ilícitos culposos, del proceso legal, del derecho comercial, y, por supuesto también del delito y el castigo, entre otros. En el presente capítulo desarrollaré brevemente ese aspecto general común al derecho que surge desde las ciencias económicas, y, finalmente, un acercamiento en el siguiente punto

a la teoría económica del crimen, como se le conoce a esta rama del AED en el derecho penal.

Para empezar, esta teoría, de manera general como lo señalé, tal y como ha sido planteada, recoge dos aspectos, uno normativo y otro positivo. El primero se ocupa de cuestiones prescriptivas, es decir, de aquello que puede llegar a considerarse como el deber ser, y se distingue en normativas éticas y normativas técnicas. El positivo, por su parte, intenta explicar, mediante la utilización de supuestos como la racionalidad de los individuos, la forma cómo responderán las personas a quienes se dirige una norma (Gimeno, 2006), o, como diría Posner, es "el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores"; lo anterior, es, en palabras de Roemer (1994, pág. 13), la distinción entre explicar el mundo tal cual es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor.

Frente al aspecto normativo del AED, tenemos que este es comprendido de dos formas: proyectivo y crítico. El primero, según Pierluigi (El análisis económico del derecho, 2013, págs. 27-28), se enfoca en las estrategias necesarias para alcanzar la eficiencia de las normas y de las instituciones jurídicas; para lograrlo, se utilizan métodos comparativos que permitan establecer consecuencias de una medidas frente a los fines que esta pretende lograr, esto con el objetivo de que sean los fines propuestos aquellos que se puedan cumplir. Según esta perspectiva, también explicada por Pierluigi, los dos fines que se buscan son el de la justicia y el de la eficiencia; según este mismo autor, para Calabresi la justicia es el fin último que se persigue por medio del derecho el cual no puede entrar en negociación con la eficiencia; y para Posner, la eficiencia es el fin prioritario, en tanto considera que la justicia se contrapone a la eficiencia.

De otro lado, el aspecto positivo del AED es definido por Pierluigi como una forma "descriptiva" del derecho a partir de la lógica económica, de los efectos y de las causas económicas. Sobre el primero se dice que recoge la interpretación real sobre cómo funcionan las normas en seres humanos que tienen como característica principal un

comportamiento racional. En el segundo, ante la escasez de recursos, mide los efectos reales de las normas, es decir, establece el costo de las acciones como, por ejemplo, el costo de castigar. Y el último que, textualmente, es explicado para ayudar en “la identificación de las causas económicas de los cambios en los principios e instituciones jurídicas”, es decir, en la evolución social (Chiassoni, 2013, págs. 28 - 30).

En este sentido, tenemos que el modelo metodológico que nos dará luz para la presente investigación parte del AED positivo. A través de esta metodología abordaremos la interpretación del costo social del castigo. Es importante resaltar que, como base fundamental del análisis positivo, tenemos la conocida como teoría de la elección racional. Dicha teoría será expuesta con detenimiento en el siguiente capítulo.

1.2.4 La eficiencia en el AED.

Es pertinente informar al lector sobre el concepto de eficiencia que se maneja al interior del Análisis Económico del Derecho fundamentado en la economía. La eficiencia, es fundamento esencial de la economía y que implica que todas las decisiones que se tomen en términos económicos deben ser lo más eficiente posibles y no lo más conveniente. En este sentido, Andres Roemer, citando a Jules L. Coleman, relaciona las diferentes definiciones que giran en torno a este concepto (Roemer, 1994, pág. 26):

> *La economía, así como quienes proponen el análisis económico de la ley, emplean por lo menos cuatro nociones de eficiencia, a saber: 1) la eficiencia productiva; 2) la optimalidad de Pareto; 3) la superioridad de Pareto; y 4) la eficiencia de Kaldor-Hixks. De constituir un criterio de eficiencia adecuado, la maximización de la riqueza de Posner aumentaría el total, por lo menos a cinco nociones.*

Como se lee, existen 5 criterios de identificación de la eficiencia, sin embargo, son los primeros cuatros los que se han trabajado constantemente al interior del AED. Sobre los primeros tres podemos decir que estos hacen parte de la eficiencia en términos de Pareto, los cuales, en cualquier caso, implican un análisis de superioridad en las decisiones

enfrentadas, donde existirá siempre un perdedor y un ganador; en este sentido continua Roemer (Roemer, 1994, pág. 27):

> *Comencemos con las definiciones ordinarias de las tres nociones de eficiencia: la superioridad de Pareto, la optimalidad de Parte y la eficiencia de Kaldor-Hicks. Las tres nociones implican la clasificación de un estado de cosas. Un estado de cosas, P, es superior en términos de Pareto a otro estado, Q, si y solo si el mover se P a Q no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos mejore (…). Un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore.*
>
> *(…)*
>
> *Para hacer frente a este problema, Kaldor-Hicks-Scitovsky desarrollaron la idea de la compensación potencial. Un estado de cosas P, es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado, Q, si después de moverse de Q a P los ganadores pueden compensar a los perdedores.*

Lo anterior implica que el primer grupo, desde la óptica de Pareto, considera que la eficiencia es el mejor de los resultados para un individuo; de otro lado, con Kaldor-Hicks la eficiencia aparece cuando del cumulo de opciones se escoge la mejor opción que deje abierta la posibilidad de beneficiar en algo a las demás que se excluyen. Esto quiere decir que la eficiencia es un criterio objetivo que contribuye a la valoración de distintas opciones para escoger aquella que más satisfaga el objetivo previsto sin dejar opciones a perdidas absolutas. Frente al AED podemos decir que los estudios sobre este indican que el método de Kaldor-Hicks es el adecuado al momento de decidir.

2. Capítulo 2. El costo social del castigo

Una vez establecido e identificado algunos fundamentos principales y esenciales del castigo y del análisis económico del derecho, se hace necesario introducirnos en una de las áreas que conoce este último. Es por lo anterior, que el presente capítulo plantea abordar el análisis del costo social del castigo desde la teoría económica del crimen. Con esto, el lector tendrá los insumos necesarios para conectar en el tercer capítulo las ideas que se afirmarán en la conclusión.

Como base de este capítulo, tenemos que al interior del derecho penal tradicional se estudia lo siguiente: i) la intención criminal, es decir aquellas conductas dolosas que conocemos generan un daño; ii) el daño público y prosecución pública, lo que significa que una conducta es delito al generar consecuencias al público; iii) la norma probatoria, debido a que quien tiene la carga de la prueba, los fiscales, tienen un mayor exigencia probatoria; y iv) el castigo, mediante la imposición de sanciones que impliquen la perdida de la libertad, la restricción relativa de la libertad y/o las multas (Cooter & Ulen, 2016).

Sin embargo, para la teoría que se procede a exponer, este sistema del derecho penal tradicional presenta una serie de dificultades que lo hacen ineficiente al momento de castigar y que, en ocasiones, genera costos sociales que afectan a la sociedad. Según Cooter (pág. 623) este modelo de derecho tradicional "no ofrece ningún modelo que pueda predecir el comportamiento penal ni propone una meta clara para el derecho penal", es decir, se castiga por castigar. Para subsanar lo anterior, se mostrará como es la Teoría Económica del delito y el Castigo la que entre a llenar los vacíos que existen en el derecho penal tradicional a través de una propuesta más clara que permite dar insumos a la política criminal, de un país, minimizando el costo social de los delitos (pág. 623). En el presente capítulo desarrollaré el concepto de la teoría económica del crimen dentro del Análisis Económico del Derecho; igualmente, dentro de este mismo, el concepto existente sobre el costo social, y que tipos de costos existen; finalizando, con el desarrollo del costo de oportunidad como un tipo de costo social que se escogerá para trabajar en el siguiente capítulo.

2.1 La teoría económica del crimen.

En gran medida, tenemos al derecho penal como un instrumento de la regulación del comportamiento humano, el cual, básicamente, tiene como objetivo el establecimiento como delito de aquellas conductas que "merecen" un reproche social y la respectiva sanción de esta. En ese sentido, aquellos que hemos tenido un acercamiento con el derecho penal, hemos podido observar distintos temas que resaltan al interior de este como el fin de la pena, el cual, como lo ha explicado la dogmática penal, puede ser general o especial; sin embargo, en este mismo marco, siempre nos preguntamos sobre la eficiencia o eficacia de cada una de estas medidas sin llegar a comprobar las mismas. Existe una presunción de eficiencia y eficacia que, aunque discutible por muchos, no nos hemos atrevido a medir.

Ante la anterior problemática, tenemos en este punto la posibilidad de explicar dos cosas: i) lo que nos ofrece la economía para hacer medibles la eficiencia y la eficacia de, ejemplo, el fin de la pena; y ii) refutar, con argumentos, las razones de política que se usan al interior de los Estados para afirmar la "garantía" del derecho penal como instrumento de poder de

control de las personas. Para no irnos muy lejos, pretendo en los siguientes párrafos ilustrar al lector sobre las herramientas que existen para lograr lo primero y sobre la importancia de lograr esto para controlar lo segundo.

Para Cooter cualquier teoría del delito debe estar encaminada a determinar dos cosas: i) cuales actos deben ser castigados, es decir los criterios de creación del delito; y ii) cual es la medida de castigo de dichos actos, o como textualmente lo afirma hace referencia a la "calibración" del castigo (Cooter & Ulen, 2016, pág. 615)[5]. Según este mismo autor, la teoría económica del delito y el castigo realiza esto, y aún más (pág. 623), mediante la utilización de modelos económicos que permiten que las decisiones tomadas al interior de la política criminal gocen de mayor eficiencia que las del derecho tradicional, ya que se logra identificar el punto óptimo del castigo y del delito. La pregunta que surge en ese caso es ¿cómo logra la teoría económica del crimen lo que hace el derecho penal y tradicional y más? Según Cooter, mediante la predicción del comportamiento delictivo fundamentada en la teoría de la elección racional y a través de la minimización de los costos sociales.

La teoría de la elección racional, a simples rasgos, se fundamenta en los siguientes supuestos: primero en la existencia de una acción racional y segundo en la existencia de una meta que se pretende cumplir con dicha acción (Cristiano, 2006, pág. 137). Sobre lo primero, se indica que la acción racional es la deliberada elección del mejor medio para alcanzar una meta o logro de forma igualmente deliberada; y sobre lo segundo se indica que no es cualquier meta la que se busca sino aquella que aparece a partir de unas preferencias ordenadas (Cristiano, 2006, pág. 137). Así mismo, otras corrientes señalan que la acción racional "se explica en función de las decisiones de toma del individuo, a saber, que tratará de maximizar su beneficio" (Aguiar & de Francisco, 2007, pág. 65). Es importante destacar que esta es una teoría que tiene sus fundamentos en la economía, en especial en la microeconomía, la cual establece el supuesto de que los actores del mercado, es decir nosotros, nos comportamos de la manera en que mejor podemos

[5] "Sostenemos que la teoría económica ofrece respuestas más convincentes y precisas para estos dos interrogantes generales" (Cooter & Ulen, 2016, pág. 615).

satisfacer nuestras necesidades y deseos. Dicha teoría ha sido objeto de constante discusión en las distintas ciencias sociales.

Son distintos los autores que han venido trabajando la teoría de la elección racional, no obstante, fue Gary Becker, premio nobel de economía, quien publicó finalizados los años 60's su trabajo sobre Crime and Punishment: an economic approach (Becker, 1974). En este plantea el modelo teórico económico y social más destacado que se ha publicado hasta el momento y el cual explica el análisis del punto óptimo del crimen y del castigo; para muchos su análisis es la continuidad del trabajo que, sobre el utilitarismo, había desarrollado Jeremy Bentham. Para llegar a esta explicación, Becker realiza un acercamiento a los costos de prevención del crimen, los costos de capturar un delincuente, el número de delitos y el castigo.

Los principales supuestos de esta teoría son: i) "el criminal es un agente maximizador"; esto en tanto los criminales tratan de maximizar sus ganancias evaluando los riesgos, ingresos y costos; ii) es una teoría útil en tanto analiza la conducta criminal como una conducta racional; no obstante, para algunos, no todos los delitos podrían analizarse desde esta mirada. iii) sirve de manera especial a los delitos que tienen en "el ánimo de lucro un papel preponderante". iv) "la evaluación acerca de delinquir depende en gran parte del acceso a cierta clase de recursos criminales"; es decir, la facilidad que tengan las personas a las herramientas o circunstancias propensas al delito. y v) entrenamiento que de una capacidad técnica y emocional que permita reducir el riesgo de captura (Becker, 1974).

En específico, para Becker existe un enfrentamiento entre el individuo racional, al momento de cometer un crimen, y la consecuencia que se desprende por la violación de los mandatos de ley. Este dilema, alimentado por la severidad del castigo, la probabilidad de captura, y las ganancias esperadas frente a estos últimos, incluyendo otros factores como el posible reproche social, es el que permiten que, un individuo, en su racionalidad particular, tome la decisión de delinquir o no. Esto se comprende, igualmente, por lo siguiente (Jasso Fuentes, 2017, pág. 2):

> *La esencia del tema descansa en el supuesto de que los delincuentes responden a incentivos, positivos y negativos, y que el volumen de delincuentes reales en la población está influenciada por la asignación de recursos privados y públicos, la aplicación de la ley y otros medios de prevención del crimen. para proporcionar una aproximación acerca de la compleja realidad del crimen, no es necesario que todos aquellos que cometen delitos específicos respondan a incentivos (ni aun apelando a la conciencia del individuo); es suficiente que un número significativo de delincuentes se mantengan al margen. Por la misma razón, la teoría no excluye en principio ninguna categoría o crimen, o ninguna clase de incentivos. De hecho, los economistas han aplicado este enfoque a una gran cantidad de actividades ilegítimas de evasión fiscal y violaciones de las leyes de salario mínimo, auto-robo, secuestro de vuelos, y el asesinato.*

Por otra parte, nos encontramos la minimización de los costos sociales. Los cuales desarrollaré en un tercer apartado de este capítulo por estrategia de conducción argumentativa.

En conclusión, la teoría económica del crimen permite, con su metodología, comprender cuál es la forma como piensan las personas racionales frente al dilema en que se encuentran al momento de realizar una acción que ha sido categorizada como delito y asó establecer cuál es su punto óptimo de disuasión. Si bien en el presente trabajo no lo haremos, la forma de medición de estos factores es a través de la matemática básica y modelo estadísticos que utilizan frecuentemente los economistas y que permiten mostrar probabilidades, hipótesis y funciones del actuar criminal. Es la teoría económica del crimen la que nos abre la puerta a la teoría económica del castigo, la cual trata de responder a temas similares, pero de consecuencias distintas.

2.2 Teoría económica del castigo.

La Teoría Económica del Castigo es la utilización de herramientas metodológicas inspiradas en la economía con el objetivo de identificar la racionalidad del castigo. En este sentido, procederemos a explicar brevemente esta teoría a partir de los estudios de Richard Posner y Robert Cooter, entre otros.

Según Cooter, la Teoría Económica del Castigo busca responder las preguntas de ¿qué castigar? y ¿Cómo castigar? Para lo cual se debe distinguir entre el daño que ocasiona el delito y el costo de prevenirlo con el objetivo de lograr que las leyes disminuyan el costo del delito y de su prevención identificando “la cantidad optima del delito” (Derecho y economía, 2016, págs. 616 - 617). De lo anterior se concluye que se debe castigar todo acto que, al tratarse como delito, reduzca su costo social, generando que la severidad o medida de castigo deba nivelarse para disminuir los costos sociales del mismo (pág. 617). Para este autor existen dos escenarios básicos a analizar sobre lo que se debe o no castigar, uno frente a los delitos considerados como ilícitos culposos y otro en los conocidos como dolosos.

Frente al primero, podemos identificar las siguientes reflexiones. Según el AED cuando existen daños no intencionales aparece la figura de la compensación; esta indica la creación de fórmulas que permitan de una u otra forma compensar el daño, sin embargo, esta figura no se podría aplicar en aquellos casos donde nos encontramos frente a situaciones no compensables, sobre todo cuando no existe una conciencia del costo de generar un daño. Es en estos casos donde se justifica la aparición del derecho penal. En este punto el Estado entra a luchar contra la indiferencia de delinquir creyendo que todo se puede compensar y “en lugar de fijarle un precio al delito” convierte el castigo como la fórmula de disuasión de conductas socialmente reprochables (Cooter & Ulen, 2016, pág. 624). En otras palabras, el castigo dentro del AED es la fórmula que utiliza una sociedad, representada en el Estado, para regular el comportamiento de hombres que no miden el costo de sus acciones.

Según continúa explicando Cooter, su argumento se justifica en tres ideas: i) no existe una compensación perfecta, es decir no es posible medir el ideal del costo de una acción; ii) el Estado con sus leyes busca generar garantías para proteger los derechos de las víctimas frente a posibles victimarios que consideren tener un derecho mayor frente a estas; y iii) textualmente indica que “el castigo es a menudo necesario para la disuasión” (2016, pág. 625). Todo lo anterior es sumada una estrategia para que las personas se convenzan de los costos de sus acciones; dichos costos, al ser medidos más allá de factores monetarios permite internalizar con mayor facilidad el respeto que cada ciudadano tenga frente a su accionar logrando así la disuasión del delito. No obstante, si existen conductas que pueden ser objeto de internalización y no de disuasión, estas podrán lograrse con métodos distintos del castigo.

En el caso de los segundos, en los que yo resumo como aquellos cometidos dolosamente, Cooter se refiere a conductas cometidas en el marco de la racionalidad de los individuos que se caracteriza por el conocimiento de lo que significa un comportamiento “amoral” y su deseo de realizar o no este. Según este autor, es una “persona racional amoral” aquella que cuidadosamente determina los medios para alcanzar fines ilegales sin ninguna restricción por la culpa o la moral internalizada” (Cooter & Ulen, 2016, pág. 627). Esta teoría tiene como supuesto adicional frente a la racionalidad del autor que un individuo que “toma decisiones racionales toma en consideración la probabilidad del castigo cuando contempla cometer un delito” (2016, pág. 628).

Según esta teoría que estamos presentando, las acciones de un hombre racional se miden a partir del beneficio marginal que recibirá el delincuente y del costo marginal del castigo para el delincuente. Cuando estamos frente a un equilibrio, es decir, en donde una unidad más de delincuencia no aumente el costo marginal de mi castigo, el delincuente ha encontrado su punto perfecto para delinquir. Ese costo marginal de delinquir es el castigo. Realizar este análisis, según los economistas, permite concluir que la teoría económica del castigo nos ayuda a responder la siguiente pregunta: ¿En que medida responden las tasas

delictivas a los aumentos del castigo esperado? En otras palabras ¿qué tan eficiente resulta un castigo como acción al interior de una política criminal?

2.3 El costo social del castigo.

Retomando la argumentación iniciada en la primera parte de este trabajo sobre la Teoría Económica del Crimen, y resaltando que el presente trabajo busca demostrar la importancia que tiene en la promulgación de una política pública criminal la identificación de los costos sociales, procederé a analizar las principales características del costo social.

El costo social es una metodología que ha venido siendo trabajada desde el análisis económico del derecho y la teoría económica del crimen y del castigo con el objetivo de identificar cuáles son las consecuencias sociales que tiene la implementación de normas que regulan el comportamiento y actividades del ser humano. Básicamente "El hilo conductor del análisis económico se centra en los costos sociales, cuya medida simple es igual al monto del costo del daño causado por el delito y su prevención" (Cooter & Ulen, 2016, pág. 617).

Para Cooter, existen dos tipos básicos de costos sociales, el primero corresponde al "daño neto causado por el delito" y el segundo a los recursos gastados en su prevención" (Cooter & Ulen, 2016, pág. 641); en este sentido, es la cantidad optima del delito o su disuasión la que equilibra los costos señalados (pág. 641). Para comprender esto (Cooter & Ulen, 2016) utiliza el siguiente ejemplo:

> *"Jaime Flores es condenado por ataque peligroso por haber golpeado y roto la nariz a José Pérez. Como castigo, el juez puede imponerle una multa elevada o una reclusión carcelaria corta. Si el juez cree que ambos castigos disuadirían en la misma medida el delito en el futuro ¿Cuál castigo debería usar el juez?*

Bajo estos dos supuestos, este autor esboza la siguiente hipótesis: “el derecho penal debe minimizar el costo social del delito, el que es igual a la suma del daño que causa y el costo de su prevención” (Cooter & Ulen, 2016, pág. 641). Esta hipótesis plantea el ideal del objetivo del derecho penal, es decir lograr que este intervenga para regular las relaciones sociales solamente en aquellos casos donde exista un equilibrio entre el valor dado a la acción que se pretende reprochar con el resultado de la suma del costo del daño que se pueda causar con el costo de su prevención. Esta fórmula le indicaría al Estado dos cosas, cuando castigar y qué castigar. Es importante manifestar lo siguiente, dentro del planteamiento de esta hipótesis se establece la aparición de factores externos que indican nuevos tipos de costos sociales que se pueden medir, como, por ejemplo, el costo de oportunidad de una acción, que será explicado más adelante.

En el modelo presentado por Becker, tenemos la identificación de “una función de costo neto o daño sufrido por la sociedad, que no es más la diferencia entre el mal social causado por el crimen y el valor social de la ganancia que los criminales obtienen con sus actos” (Ciocchini).

Asì mismo, tenemos que para Posner (Posner, 2013, págs. 349 -350), existen unas sanciones de tipo penal que resultan optimas en tanto “los costos incluyen diversos gastos pecuniarios (para comprar armas de fuego, herramientas de ladrones, máscaras, etc.), los costos de oportunidad del tiempo del delincuente y los costos esperados del castigo penal”. De esto podemos resaltar que el análisis de los costos resulta relevante para comprender el actuar del potencial criminal y para, como consecuencia de esto, organizar medidas eficientes que propugnen o garanticen que se cumpla el objetivo del derecho penal.

2.4 El costo de oportunidad.

Tal y como lo afirmamos, el costo social no es solamente el costo del daño que causa y el delito y el costo de prevenirlo. Existe un tipo de costo social adicional y es el costo de oportunidad; para Mankiw, como las personas se enfrentan constantemente a disyuntivas,

es decir, el enfrentamiento entre dos opciones al momento de tomar una decisión, tienen que renunciar a una para poder tomar la otra, y, esa renuncia, representa el costo de oportunidad de algo para obtenerlo (Principios de economía, 2012, pág. 4). En otras palabras el costo de oportunidad se da cuando: “el uso de un recurso con el fin de satisfacer una necesidad implica que se tiene que renunciar a otras necesidades que tienen que ser cubiertas con los mismos recursos” (Resico, pág. 37).

Para comprender mejor el costo de oportunidad como una forma de costo social citemos lo afirmado por Cooter (Derecho y economía, 2016, pág. 642):

> *Cuando el análisis requiere mayor complejidad, podemos refinar y expandir los tipos de los costos sociales. Para ilustrar las actividades delictivas desvían los esfuerzos de los delincuentes, de las actividades legales de las ilegales, lo que impone un costo de oportunidad. Por ejemplo, un contador que se dedique a desviar los fondos que se le confían tendrá menos tiempo para ocuparse de su actividad contable legítima. Además, mientras esté en prisión, un contador no podrá auditar los libros de sus clientes. El costo de oportunidad del delito entre los contadores puede ser suficientemente grande para afectar a la disuasión optima del abuso de confianza.*

En este sentido, podemos observar que la mayoría de las acciones tienen un costo de oportunidad determinado. En el caso del castigo, este costo de oportunidad resulta analizable desde dos puntos de vista, la perdida de oportunidad del Estado al castigar a alguien, y la perdida de oportunidad del individuo al delinquir. Este trabajo pretende centrarse específicamente en la primera, lo anterior, toda vez que la segunda ha sido mayormente estudiada desde diferentes perspectivas como la sociología, la criminología e incluso por parte de los estudiosos del derecho penal.

Conforme lo anterior, podemos decir lo siguiente: existen dos costos de oportunidad claros que tiene un Estado al momento de castigar un individuo. El primer costo de oportunidad es referente a cuanto pierdo como Estado al separar de la sociedad a una persona que puede ser económica o socialmente productiva para los fines de la comunidad; y el segundo es el costo de oportunidad de castigar a una persona que podría llevar una resocialización efectiva mediante mecanismos o políticas distintas a la prisión.

En este sentido, el siguiente capítulo realizará el análisis del costo de oportunidad, como costo social, de castigar con pena de prisión el delito de conservación o financiación de plantaciones para efectos de explicar por medio de un ejemplo las utilidades de identificación del costo de oportunidad de una acción en materia de política criminal e, igualmente, demostrar la hipótesis planteada en la presente investigación. No obstante, antes de pasar al siguiente capítulo, se hace necesario conocer el concepto de la externalidad en materia económica y poder observar como el costo de oportunidad de castigar una acción puede ser igualmente una externalidad de tipo negativa.

2.5 La externalidad del castigo.

En el marco de la microeconomía, los economistas han identificado un concepto que resulta esencial en la identificación de las consecuencias de las fallas de los mercados, este concepto es el de las externalidades. Según Mankiw (2012) una externalidad es un efecto de la acción de una persona frente a un tercero a quien no se le compensa dicho efecto. Las externalidades se dividen en negativas, cuando se genera un efecto que perjudicial para un tercero, y son positivas, cuando el efecto generado ocasiona beneficio a un tercero (pág. 196).

Este concepto no es aplicable únicamente al campo de los mercados. Según los fundamentos económicos, al ser sociales, muchas acciones tienen como consecuencia una externalidad las cuales pueden ser contables financieramente o identificables socialmente. En este sentido, podemos decir que existe interés dentro de la sociedad para

establecer las consecuencias que genera determinada acción. No determinar dichas consecuencias puede generar una alteración en el equilibrio que pretende maximizar el cumplimiento de un propósito (pág. 196).

Un ejemplo que utiliza Mankiw es el siguiente:

> *"el costo para la sociedad de producir aluminio es mayor que el costo para los productores de aluminio. Por casa unidad de aluminio producida, el costo social incluye los costos privados de los productores de aluminio, más los costos de aquellos que están siendo afectados adversamente por la contaminación"* (pág. 198).

Cuando un productor de aluminio, para continuar con el ejemplo, no establece el costo social de la producción de este y no lo incluye en el valor de venta de este, se hace necesaria la intervención por parte del Gobierno quien identificará el mecanismo por medio del cual cobrará dicho costo social. Ejemplo: el cobro de impuestos dirigidos a la producción de aluminio es un mecanismo para obtener una compensación frente a la externalidad negativa que implica dicha producción[6].

[6] Mankiw lo explica mejor así: Una forma sería gravar a los productores de aluminio por cada tonelada de aluminio vendida. El impuesto desplazaría la curva de la oferta de aluminio hacia arriba en proporción con el monto del impuesto. Si el impuesto reflejara con certeza el costo externo de los contaminantes vertidos en la atmósfera, la nueva curva de la oferta coincidiría con la curva de costo social. En el nuevo equilibrio del mercado, los productores de aluminio producirían la cantidad socialmente óptima de aluminio. Al uso de un impuesto como el descrito se le conoce como internalizar la externalidad porque da a los compradores y vendedores del mercado un incentivo para considerar los efectos externos de sus acciones. Los productores de aluminio, en esencia, tomarían en cuenta los costos de contaminar al decidir cuánto aluminio ofrecer, ya que el impuesto los obliga a pagar estos costos externos. De la misma manera, debido a que el precio de mercado reflejaría el impuesto en los productores, los consumidores de aluminio tendrían un incentivo para

Según este ejemplo, y siguiendo lo explicado por Mankiw, existen dos tipos de soluciones gubernamentales frente a la existencia de las externalidades negativas. Una a través de políticas de “orden y control” que regulan el comportamiento de las personas; y dos mediante la generación de incentivos para que los responsables de las externalidades establezcan mecanismos de compensación frente a estos (pág. 202). Como otro ejemplo citamos el siguiente: es un delito verter sustancias químicas venenosas en el sistema de abastecimiento de agua. En este caso, los costos externos para la sociedad exceden por mucho los beneficios para el que contramina. Por tanto, el gobierno instituye una política de orden y control que prohíbe estos actos (Mankiw, 2012, pág. 203).

Siguiendo lo explicado, es posible que identifiquemos como una externalidad negativa las consecuencias que trae el delito en la sociedad. En tal sentido, con el propósito de mantener el equilibrio, los gobiernos entran a intervenir el comportamiento humano mediante el derecho penal. Es decir, la intervención del derecho penal en una conducta es la que genera un equilibrio entre el beneficio de un crimen y el costo social que implica este. No obstante, lo anterior, el Gobierno podrá encontrarse frente a circunstancias donde la intervención desmedida del derecho penal en distintos comportamientos genere un costo social mayor que el generado por la externalidad.

usar una menor cantidad. La política se basa en uno de los Diez principios de la economía: las personas responden a los incentivos.” (pág. 198).

3. Capítulo 3. El costo social del delito de conservación y financiación de plantaciones.

Como se pudo observar del estudio realizado en el capítulo 2, el análisis económico del derecho, a través de la teoría económica del crimen y del castigo, nos permite comprender, observar, estudiar y evaluar las consecuencias de una política criminal. Una de estas consecuencias las podemos identificar a través de los costos sociales que generan las acciones estatales en el marco de su potestad para dirigir este tipo de política pública. En el presente capítulo, trabajaremos una de las formas de costo social que ya fueron presentadas, el costo de oportunidad, en aplicación con el delito de conservación y financiación de plantaciones.

Es importante aclarar, conforme a lo señalado en el capítulo 2, que el estudio a realizar en este capítulo abordará el costo de oportunidad de castigar la conducta denominada de conservación y financiación de plantaciones; en este sentido, abordaremos el tema de la política de drogas en Colombia, las razones que dieron inicio o justificaron la tipificación de esta conducta, el desarrollo de este tipo, la forma de castigo de este tipo y así concluir cuales son los costos identificados.

3.1 Política de drogas.

La política de drogas, de aquellas denominadas psicoactivas, va enfocada a cumplir los siguientes objetivos en materia de prevención del consumo (Cruz, 2009, pág. 15):

- Reducir la cantidad de personas que usan una droga particular.
- Reducir la proporción de usuarios que caen en malos hábitos.
- Reducir el tiempo durante el cual se mantienen esos hábitos.
- Reducir el daño, a usuarios y no usuarios, que proviene del uso causal y problemático de drogas.
- **Reducir el daño creado tanto por el narcotráfico como por los organismos gubernamentales que buscan combatirlo.**

Los primeros objetivos anteriormente descritos han tratado de cumplirse mediante la implementación de políticas públicas que contribuyan a desincentivar el consumo y la producción de la droga mediante políticas que establezcan alternatividad social en el desarrollo económico de las comunidades más vulnerables (Cruz, 2009), y en especial de aquellos que han dedicado su vida a las plantaciones.

Esto lo tratan de realizar los gobiernos mediante medidas destinadas a la prevención, a la concientización y a la educación sobre los efectos nocivos que tiene el consumo de drogas en el ser humano. No obstante, la generación de la lucha contra el narcotráfico, es decir, el enfrentamiento estatal contra los “criminales” encargados de la producción, transporte y distribución de las drogas, produjo en los años 80’s la intervención del derecho penal como mecanismo idóneo dentro de esta política para combatir este fenómeno social.

La política de drogas en materia penal, se ha definido, según García Villegas, como el conjunto de reglas que se aplican de acuerdo a las circunstancias estratégicas de la partida, o del juego que se esté llevando a cabo, y no como un conjunto de normas de obligatorio cumplimiento (Villegas, 2016, pág. 167). Es decir, el derecho penal se ha convertido, más allá de su misma lógica, en un medio para atacar un fenómeno difícil de

combatir desde la política social de un Estado y, como continúa afirmando García Villegas, “según esto los postulados del Estado liberal quedan fuera de foco: no es la ley penal la que determina los parámetros dentro de los cuales se debe mover la política penal; es más bien la política penal la que comanda la aplicación y el alcance la de ley penal”.

Según lo anterior, las normas penales han pasado de cumplir un objetivo claro de la política criminal, a ser un instrumento de represión y control, utilizado en la política de drogas. Esta práctica corresponde a una dinámica de tipo político y otra de tipo simbólico, por un lado, y por otro a una de corte represivo y bélico, dice García Villegas (La eficaciía simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina, 2016):

La eficacia simbólica no se reduce a aquellos casos en los cuales la norma pierde por completo su eficacia instrumental o esta se desvirtúa con la realización de otros objetivos no declarados. Lo simbólico aparece como una estrategia más general, a partir de la cual se utiliza la aplicación de las normas para el logro de diferentes objetivos, uno de los cuales puede ser el propiamente jurídico.

Como parte del juego de la simbología del derecho penal, Colombia adoptó, dentro de su política antidrogas y de lucha contra el narcotráfico, la penalización del cultivo de plantaciones de drogas sembradas por los campesinos colombianos, como parte de su estrategia de atacar todos los puntos de la cadena, consumidores, productores y pequeños expendedores, bajo la idea de la generación de un desincentivo social y económico en la producción de drogas.

3.2 Tratamiento jurisprudencial.

Son distintas las problemáticas que existen alrededor del problema de las drogas ilícitas y la lucha contra estas, en particular, el mayor problema que podemos identificar se encuentra en que dicha lucha conlleva, en algunos casos, la transgresión de normas de

carácter fundamental que han sido planteadas en nuestra constitución. En este punto, presentaré una pequeña pero importante línea que ha tenido la Corte Constitucional colombiana en materia de política de drogas.

En una demanda de inconstitucionalidad del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Congreso de la República, 1986), la Corte Constitucional desarrolló parte de su jurisprudencia frente a la capacidad y potestad legislativa que tiene el legislador frente a políticas que influyan en el tráfico de drogas. En dicha ocasión, la Corte se preguntó lo siguiente: ¿La decisión del legislador de tipificar el tráfico de estupefacientes, como un mecanismo de política criminal orientado a la prevención y represión de este tipo de comportamientos, independientemente del alcance particular de cada una de las reglas de derecho promulgadas, puede ser objeto de confrontación con el Texto Superior para determinar legitimidad o ilegitimidad? (C-420, 2002). En respuesta a dicho interrogante, la Corte, en primer lugar, aclaró que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en política criminal y cuenta con un margen de libertad para configurar normativamente dicha política; y, en segundo lugar desarrolló su línea sobre los retos del Estado, no sólo frente a la salud pública sino también frente a la seguridad misma de este, que requiere de una política criminal que de directrices con el derecho penal para combatir una problemática como el narcotráfico, en este sentido indicó lo siguiente:

> *Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.*

Con esta sentencia, observamos como la Corte Constitucional ya concluia la necesidad de atarcar las diferentes líneas de producción del narcotráfico a través de la política criminal; aquí no se observan argumentos que den fe de la eficacia que tiene tipificar conductas

para perseguir el narcotráfico, por el contrario, como casi siempre, se dio por sentado que el derecho penal es el idóneo para lucha contra esta problemática que considero de índole social.

Dicha posición fue reiterada nuevamente por la Corte ese mismo año. En una demanda de unos artículos del código penal vigente, entre los cuales se encuentra el que está siendo objeto de estudio en esta tesis, se evidencia que la honorable Corte no hace distinción entre los diferentes tipos penales que exsiten sobre el narcotráfico, para ella todos pertenecen a una misma bolsa que se encuentra justificada en la necesidad de regular el tràfico de estupefacientes asì como en la libertad legislativa que tiene el Congreso de la Repùblica en intervenir en la política criminal mediante la regulación normativa de acciones que considera merecen algún tipo de reproche; en este sentido se lee lo siguiente (C-689, 2002):

> *La Corte estima que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el entendimiento que sustenta las consideraciones del actor, y que se reduce a exigir al legislador, encargado de determinar la política criminal, el respeto a una supuesta igualdad entre el narcotraficante y el comerciante de alcohol o de tabaco, no es aceptable, puesto que el legislador no puede ver limitados o desconocidos los ámbitos de su accionar legítimo. Todo lo contrario, la Carta otorga competencia al Congreso de la República para reconocer las diferentes situaciones de hecho y de derecho, y para establecer supuestos normativos generales conformados con ellas[12]; por eso no es dable al juez constitucional reprochar los fundamentos de la política criminal, elevados a rango legal. En consecuencia, acceder a un juicio de igualdad, en relación con la penalización del narcotráfico, sería invadir por parte de la Corte, una competencia constitucional propia del Congreso de la República, que se reitera, está señalada expresamente por la propia Carta al Legislador para que éste, en el marco de su potestad de configuración, pueda diseñar el sistema penal con arreglo a la política criminal que se la ha encomendado.*

En este sentido, es claro que en Colombia no hemos distinguido las diferentes cadenas que participan en el tráfico de drogas, para nosotros, y quizás para el mundo entero, la

responsabilidad del consumo se encuentra en el cultivo, producción y comercialización de sustancias; este argumento es fácilmente comprobable cuando nos encontramos con el reproche del mundo consumidor al aumento, en un país con una gran desigualdad económica, de los denominados cultivos ilícitos.

3.3 Conservación y financiación de plantaciones.

El legislador colombiano consideró que debía penalizar el tráfico de estupefacientes para proteger el bien jurídico de la Salud Pública, a través de los delitos de i) *Conservación o financiación de plantaciones, ii)Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, iii) *Destinación ilícita de muebles o inmuebles*, iv) *Estímulo al uso ilícito*, v) *Suministro o formulación ilegal, vi) Suministro o formulación ilegal a deportistas*, vii) *Suministro a menor*, viii) *Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos Porte de sustancias y ix) Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje* (Congreso de la República, 2000). En este apartado, y conforme a la delimitación propia de la investigación, se estudiará el delito de Conservación o financiación de plantaciones.

3.3.1 Origen.

La idea primaria de crear un ordenamiento jurídico para las sustancias psicoactivas fue una iniciativa de los Estados Unidos que data de comienzos del siglo XX. Así, en 1909, doce países preocupados por el alto consumo de Opio en China se reunieron en Shanghái para conformar la Comisión Internacional sobre el Opio con el fin de discutir, por primera vez, la posibilidad de imponer controles inter nacionales al comercio de opio, y se determinó que se limitaría su uso a fines médicos y de control de sus derivados nocivos. "*No hubo entonces ningún intento de aplicar el derecho penal al respecto"* (Amira Armenta & Martín Jelsma, 2015).

Estados Unidos consideró que esto no era una herramienta objetiva para erradicar la producción, distribución y consumo de drogas, y aun cuando no recibió inicialmente el apoyo de las potencias europeas (Francia, Gran Bretaña, Portugal, Países Bajos), quienes tenían en sus territorios de ultramar rentables monopolios de drogas (opio, morfina, heroína y cocaína) para el mercado farmacéutico de Europa, al finalizar la segunda Guerra Mundial el clima político de su victoria "*posibilitó la globalización de los ideales prohibicionistas antidrogas"* (Amira Armenta & Martín Jelsma, 2015).

En 1961 la Organización de Naciones Unidas- ONU- por iniciativa de Estados Unidos, realizó la primera convención para el control de las drogas ilícitas, cuyo objetivo era "la eliminación del consumo de opio en 15 años y el de coca y marihuana en 25 años" (Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2011) . La convención estableció cuatro listas de sustancias controladas e implementó un proceso que permite incluir nuevas sustancias. La hoja de coca se ubicó en la Lista N° I, y la del cannabis (cannabis y su resina y los extractos y tinturas del cannabis) en las Lista I y IV. La Lista I contiene las sustancias consideradas como más adictivas y más perjudiciales.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el apartado relativo al "tráfico de estupefacientes y otras infracciones", como capítulo contenido en los Delitos contra la Salud Pública nace con la ley 599 de 2000. La normativa penal anterior, es decir el Decreto ley 100 de 1980 solo consideraba atentatorios del bien jurídico Salud Pública i) la Violación de medidas sanitarias, ii) la propagación de epidemias, iii) la contaminación de aguas y iv) la corrupción de alimentos y medicinas (Ministerio de Justicia, 1980). Las infracciones relativas al tráfico de estupefacientes se verificaban en aumento de las penas de los delitos de favorecimiento (Art 176 Dto100/98) y del delito de concierto para delinquir (At 186 Dto100/98), asimismo en el cuerpo del delito de Lavado de Activos (Art 247 A-1 Dto100/98) de la siguiente manera:

El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento

ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefaciente o sustancias sicotrópicas, le dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por ese solo hecho, en pena de prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales (Ministerio de Justicia, 1980).

De lo primero que el delito de "Conservación o financiación de plantaciones", objeto de análisis en esta ocasión, solo se verifique como tipo independiente en el Artículo 375 del código penal actual (ley 599 de 2000). En los últimos años ha tenido modificaciones relativas, principalmente, al cuantum punitivo, como con el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004, donde se aumentó la pena a imponer en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo[7]. También con el artículo 12 de la ley 1787 de 2016, publicada en el Diario Oficial No. 49.926 de 6 de julio, se adicionó un inciso que anula la punición de la conducta en casos específicos. De este modo, se tiene un tipo penal en los siguientes términos:

"ARTICULO 375. CONSERVACION O FINANCIACION DE PLANTACIONES. 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

[7] ARTÍCULO 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2o. de la presente ley**Fuente especificada no válida.**.

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.

<Inciso adicionado por el artículo 12 del Ley 1787 de 2016. Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias" (Congreso de la República, 2000).

Como vemos, existe la aparición del derecho penal como fórmula para el combate del narcotráfico y uno de estos ejemplos es el tipo penal que aquí nos encontramos estudiando. Sin embargo, podemos preguntarnos sobre la razón por la cual se aborda la política de drogas con derecho penal. En este sentido, podemos afirmar que el contexto en el cual aparece el derecho penal como elemento de lucha contra el narcotráfico surge, como lo dice Guisado Camacho, dentro de una crisis de legitimación. La problemática del narcotráfico, tal y como es mostrada por los medios de comunicación, pareciera indicar que genera estruendosos inconvenientes de índole social. Tal circunstancia se refleja en las diferentes noticias que presentan a pequeños consumidores y expendedores como grandes narcotraficantes, teniendo un objetivo "moralista" y es llamar la atención del público en general sobre el gran problema social que representa la droga y este tipo de poblaciones. Existe además de lo anterior, una función sobre "la exaltación de las prácticas represivas y la eficiencia de la autoridad", es decir, la labor de los medios de comunicación que contribuyen a magnificar de manera fantasiosa los supuestos resultados de las autoridades en materia de lucha contra las drogas (Guizado, 1988).

Guizado se plante la siguiente pregunta: ¿Cómo pensar, entonces, que nos hallamos frente a una crisis, como se sostiene a diario? Para responder a esta pregunta él explica los distintos tipos de crisis que existen la política, la de Estado, la hegemónica, y la de legitimación. Es en esta última donde, para él, surge la utilización del derecho penal como medida de combate de las drogas ilícitas. Según este autor la crisis de la legitimación se encuentra en la relación existente entre la autoridad y las clases dominadas y "se concreta en la ruptura de los vínculos ideológicos garantes de la legitimidad de tal autoridad. Como en las anteriores, su agudeza es variable, y se manifiesta en el incesante balance entre el predominio de lo que Althusser denomina aparatos represivos y aparatos ideológicos del Estado, entre la dominación sustentada sobre la fuerza de las armas y la sutil de la aceptación de la autoridad" (Guizado, 1988, pág. 31)

Como bien se indica con anterioridad, una muestra de la crisis de legitimación del Estado, es la manera como este aplica el derecho penal para reprimir aquellas clases sociales que, ante su vulnerabilidad han tenido que dedicarse, para su propio sustento, a la siembra de plantaciones de matas consideradas materia prima de drogas psicoactivas. Sobre la crisis de la legitimación, indica el autor:

> *En el terreno de la legitimación hay ciertamente también elementos que sustentarían la hipótesis de crisis: de hecho, aunque la corrupción y la represión, tiendan a apuntalar al Estado, su fortalecimiento no deja de ser conflictivo, en la medida en que estas son bases deleznables de un régimen político cualquiera. Todo Estado demanda un mínimo de legitimidades y consenso para que pueda actuar como autoridad y no tenga que activar constante exclusivamente su monopolio sobre la fuerza.*
>
> *De hecho, el creciente recurso a la militarización y a* ***legislación de corte represivo*** *evidencian como en Colombia tales bases consensuales se debilitan inexorablemente y la obediencia se convierte en un problema de temor y desorganización de los sectores populares reprimidos y desafectos al régimen, y cuyo descontento busca expresiones no necesariamente coherentes e insertas en una lucha política organizada y eficiente* (Guizado, 1988).

3.3.2 Motivación de la medida.

Este tipo penal apareció como consecuencia de la política de drogas que surgió en los años 80's en la denominada guerra contra el narcotráfico. Fue el Estatuto Nacional de Estupefacientes el que estableció lo que se entendería por plantación y cuál era el concepto de cultivo. Sobre el primero se indicó que la plantación es "la pluralidad de plantas en un número superior a 20 de las que puedan extraerse las drogas que causen dependencia"; y sobre cultivo se dijo que era la actividad destinada al desarrollo de una plantación (Congreso de la República, 1986).

Además de los lineamientos internacionales, fue presuntamente la necesidad de hacer frente a las estructuras criminales y judicializar a sus integrantes lo que llevó a su tipificación (Senado de la República, 1999). El Derecho penal se expresó nuevamente como única medida de control, ante un flagelo inminente, así lo expresó incluso el Ministerio de Justicia y del Derecho en sentencia C 689 de 2002 diciendo:

"El narcotráfico comporta una serie de aspectos económicos, sociales, políticos, estructurales, ambientales y regionales que generan graves impactos para el país, dentro de los que se cuentan innumerables violaciones de derechos consagrados en la Carta Política como la vida, la salud, el trabajo y la integridad personal. Por ello la importancia de mantener vigente la represión de las conductas delictivas relacionadas con el narcotráfico, el cultivo de plantaciones ilícitas, la destinación ilícita de bienes inmuebles para almacenar o elaborar droga, el suministro de drogas a menores, pues se trata de uno de los principales instrumentos con que cuenta el Estado para repudiar y combatir el fenómeno de las drogas" (C-689, 2002).

Siguiendo esa línea, desde los años 80's, se ha mantenido la represión como la supuesta medida más efectiva contra las drogas; estas medidas se han aplicado desde dos frentes, uno desde el ala militar y otro desde el lado penal. El primer frente se caracteriza por ejercer una lucha armada contra grupos narcotraficantes y mafias pequeñas, el segundo se ha dirigido especialmente a consumidores, pequeños productores y pequeños distribuidores.

La utilización del derecho penal en la lucha contra las drogas surge ante el abandono estatal en la aplicación de otras políticas, y, como lo dice Nadelmann, ante la presión económica norteamericana que busca la represión del consumidor y del plantador. Para García Villegas, citando al profesor Iturralde, esta última es una herramienta propia de la legislación de excepción (Villegas, 2016, pág. 154); García cuenta que, con el objetivo de mostrar la ineficacia del derecho con todas las normas promulgadas en la guerra contra el narcotráfico durante todo el tiempo de esta, a finales del año 1985 aún no había sido posible capturar o "llevar a la justicia, a ningún traficante líder, solamente se consigue aprender a 3.600 "pequeños traficantes o expendedores", algo que se ha repetido durante toda la historia, y algo en lo que confluyen distintos estudiosos de la política de drogas sobre el gran fracaso de esta.

Sin embargo aún el Ministerio Público colombiano sostiene que "*la tipificación de los delitos de narcotráfico y conexos se justifica constitucionalmente porque se trata de actividades de industria y comercio que lesionan derechos individuales y colectivos y que ponen en peligro la existencia de la sociedad y del Estado"* (Ministerio Público, 2002).

Fue la violencia generalizada que vivió el país, y la atribución al narcotráfico como la principal causa de esta, la que generó la expedición de normativas para tratar de atacar dicho problema, desconociendo con dicha represión poco congruente con la realidad del país, que:

Un Estado democrático fundado en los derechos humanos debe evitar los desbordamientos punitivos. Ni la idea del Estado social de derecho (CP art. 1º) ni los deberes de justicia y solidaridad que ésta impone (CP art. 2º), ni el reconocimiento de los deberes de las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, implican una fuga hacia el derecho penal". Por el contrario, este tipo de Estado se funda en una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues si el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y la garantía y protección de los derechos humanos puede ser alcanzada por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal. (Comision Asesora de Politica Criminal, 2012, pág. 19).

Y adicionalmente que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer. La legitimación de la descripción típica de las conductas sólo se da cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. (C-636, 2009).

Aunque de la descripción abstracta del tipo se desprende un sujeto activo indeterminado, es fácil entender que, en la práctica, la punición de este tipo penal se manifiesta con mayor intensidad en las zonas rurales del país, pues es donde se cuenta con los espacios propicios para cultivar, y por tratarse de las franjas más aisladas de la presencia y control Estatal. En consonancia con lo anterior, los acreedores de sanción penal serán aquellas personas rurales cuyos proyectos de vida giren en torno a la siembra, es decir los campesinos. De este modo, aun cuando el tipo penal no cualifique el sujeto activo, debe decirse que el impacto directo de esta punición recae en cabeza de algunos determinables dedicados al cultivo de la tierra, en la mayoría de los casos, para subsistir.

En este sentido, vale la pena preguntarnos el por qué hemos realizado la anterior afirmación. Según estudios actuales acerca de la lucha y control de la política de drogas la estrategia ha consistido siempre en la liquidación de la oferta de estos narcóticos ilícitos (Collins, pág. 9). Entre las estrategias que se identifican encontramos las siguientes: la intervención militar, fumigación aérea, medios de subsistencia alternativos, patrullaje de fronteras y criminalización del consumo (Collins, pág. 10). Así mismo, dicha estrategia de ataque, principalmente a la oferta que, al consumo, genera unos impactos económicos que generan un aumento en los precios de la droga, generando un incentivo perverso para la aparición de mayor oferta, es decir, la política de drogas de ataque a la oferta genera un efecto rebote de aumento de oferta. Esto nos muestra cómo, al ser la conservación o financiación de plantaciones un paso importante en la cadena de producción, nuestros campesinos empiezan a ser parte de dicha oferta que el Estado trata de acabar con distintas medidas, incluso con el derecho penal.

La repartición de la población colombiana aparece en forma muy desigual desde comienzos de los años 50's. Está muy concentrada en la región andina y muy esparcida en otras partes, 54.4% de la población está diseminada y aislada, por falta de vías de comunicaciones, y por su parte el 2.4 de la población ocupa el 54.9% de la superficie total, de manera que la casi totalidad de los habitantes se encuentran en la zona de los departamentos montañosos (Ramirez Perez, 1959):

Censo de Vivienda de 1951:

Lugar de habitación	**No. de habitantes**	**Proporción**
Capitales de departamentos	2.496.277	20.6%
Cabeceras de municipios	2.877.525	23.8%
Caseríos	153.742	1.2%
Otras localidades	6.583.716	54.4%
Total	12.111.260	100.0%

Se deduce de las anteriores cifras que el 55,6% de la población colombiana vive en caseríos o dispersa en el campo, a veces hasta en las selvas. Así pues, más de la mitad de los habitantes se han dedicado al ejercicio de actividades agrícolas. Debe agregarse a esa cifra la totalidad de los pobladores de las cabeceras de los Municipios con menos de 1.500 habitantes. De esta manera podría estimarse la población rural en ¾ de la colombiana (Ramirez Perez, 1959).

El hecho de que gran porcentaje de la población colombiana sea rural, y que de las principales actividades productivas nacionales provengan del campo y su cultivo, pues el 70% de los alimentos que se producen en el país vienen de pequeños campesinos, además que el 60% del empleo rural sea informal, el 83% de la población rural esté en el régimen subsidiado de salud, el 55% de los campesinos pobres nunca hayan recibido asistencia técnica, el 11% no tenga vivienda y el 16% la tenga en mal estado (Semana, 2012) hace que esta punición, en la práctica limitada a este grupo poblacional, configure una problemática importante, que requiere acciones distintas al derecho penal.

El narcotráfico en Colombia se puede considerar exitoso porque: i) se han movilizado altas cantidades de cocaína alrededor del mundo; ii) han generado altos niveles de recurso financieros; iii) y han desarrollado poder político en el nivel nacional y territorial colombiano (Beltrán, 2014, pág. 54). De otro lado, algunos problemas que ha traído este fenómeno son: i) problemas con la tasa de cambio; ii) aumento del nivel de violencia; y iii) aumento de los costos en los gastos de seguridad. De lo anterior, Beltrán concluye que en Colombia existe un entorno generoso que permite comprender "el éxito y la diversidad de organizaciones" alrededor del narcotráfico, en donde organizaciones ilegales se benefician del entorno hostil que tienen aquellas que son legales. De León comprende el concepto de generosidad de entorno como una marca de las organizaciones narcotraficantes que son entes racionales que maximizan sus ganancias y minimizan los riesgos, significando lo anterior que estas organizaciones ilegales tienen comportamientos estratégicos como los de las empresas legales. (Beltrán, 2014, pág. 57)

Parece entonces que es necesario un control Estatal a dicho cultivo delictual. Sin embargo, el tipo penal en cuestión, ha desconocido una lógica fundamental del contexto colombiano y es que los cultivos ilícitos tienen dos modalidades, una con el propósito de contribuir a la subsistencia de los campesinos, indígenas y colonos, quienes encuentran en estas plantaciones una manera de encontrar ingresos que contribuyan al sostenimiento económico de sus familias; y otra que es la existencia de cultivos comerciales utilizados por grupos narcotraficantes, guerrillas y paramilitares que se encuentran conectados a redes de comercialización y distribución (De Amezquita & De Granada, 2007).

3.4 La pérdida de oportunidad del Estado colombiano.

En el presente acápite se busca resaltar como un Estado como el colombiano, pierde múltiples opciones de desarrollo, progreso y superación de la pobreza cuando decide utilizar mecanismos tradicionales de persecución y lucha contra el narcotráfico, desde esferas penales que persiguen a todos aquellos que no tienen más opciones de generación de ingresos y que sufren del abandono institucional, por su lejanía o exclusión de los centros de producción económico como las ciudades, mercados y hasta de vías de acceso.

La conservación y financiación de plantaciones, es un tipo penal que, como bien ha quedado señalado, se encuentra dirigido a un grupo poblacional especial, los campesinos. En este entendido, *¿cómo se entiende la pérdida de oportunidad estatal por perseguir penalmente al cultivador de plantaciones ilícitas?*, aunque en principio pareciera ser un mecanismo para atacar la conducta-delito-, perseguir de esta manera el tráfico de estupefacientes y contemplarlo como una estrategia de lucha contra el narcotráfico, redunda en una medida regresiva y que mantiene marginados a los campesinos de un país como Colombia que sufre del abandono estatal en muchas regiones.

Las oportunidades de identificar, sustituir y llevar el Estado-desde la institucionalidad- a las principales regiones marginadas en Colombia, que se ven afectadas por la propagación de cultivos ilícitos, se pierden por el hecho de considerar que se desestimula una conducta mediante un proceso penal, a sabiendas que son acciones que se materializan a partir de la necesidad personal de generación de ingresos-sobrevivencia- y no por el *telos* de traficar estupefacientes, “poverty or prison” (Crosby, 2010).

Aunque éstas afirmaciones podrían adecuarse de manera lógica en cualquier otro delito, en el entendido que la gran parte de conductas típicas se cometen por grupos poblacionales que de una u otra manera se encuentran en algún grado de exclusión (Santos, 2004)y ven la criminalidad como una opción de vida. En Colombia la situación es especial con este tipo penal, ya que el problema agrario y campesino ha sido el principal foco de conflicto armado en el país, como consecuencia de la ausencia de instituciones que consoliden aspectos como seguridad, salud, educación, infraestructura y las condiciones generales que propicien el desarrollo de comunidades en muchas de las regiones del territorio (Hernandez Calderon, 2017).

El problema agrario es una dificultad multidimensional en Colombia, que entre otros, abarca el problema de propiedad, uso, tenencia y distribución de tierras, que resulta siendo el centro de desarrollo de vida de las comunidades campesinas. Lo anterior, porque la

tierra es el recurso vital de los habitantes rurales y en donde se desarrollan sus “derechos económicos, sociales y culturales (alimentación, vivienda, trabajo, vida cultural)” (Monsalve, 2000)

Problemáticas en torno a los monocultivos y desarrollo del proyecto de vida del campesinado, están presentes en varios países de Latinoamérica, especialmente por los cultivadores que tratan de defender derechos y medios de subsistencia (Santos, 2014), pero que al manifestarse como una “intrasociedad que compone el Estado va a tener sus propias dinámicas y propósitos, que en la mayoría de los casos impiden llegar a consensos sociales generales*”* (García Lozano, 2013, pág. 34)*,* y que en el caso de los sembradores de coca hacen que se cause una oposición entre las medidas administrativas y las penales para su superación, generando un efecto contraste “producto de la asimetría de las intrasociedades que no permite la creación de un consenso social general y uniforme*”* (García Lozano, 2013, pág. 35)*.*

Este tipo de situaciones que le causan al campesino condiciones de marginalidad y que prevalezcan intereses económicos superiores al del reconocimiento de actividades que por años desarrollan, facilitan los despojos o “robos de tierras” (Tenthoff, 2013) que acrecientan la pobreza extrema en el sector rural colombiano y la creación de fuerzas insurgentes (Posada, 1985).

Es precisamente a la luz de este cumulo de circunstancias, que el Acuerdo Final para la Construcción de una Paz estable y Duradera, celebrado entre el Gobierno Nacional de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP, contempló medidas que no se limitan tan solo a la desarticulación o desmovilización del grupo armado, sino que se estructura de tal manera que busca transformar o refundar el Estado, a partir de puntos como la Reforma Rural Integral que abarcan compromisos sobre acceso, restitución, uso integral y formalización de la tierra; los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET); Planes Nacionales que buscan cerrar la brecha entre el campo y la ciudad; infraestructura

y adecuación de tierras; desarrollo social; generación de ingresos y estímulos a la producción agropecuaria; entre otros (Gobierno Nacional de Colombia y FARC-EP, 2016).

De igual manera, se reconoció como uno de los puntos acordados la solución del problema de las drogas ilícitas, en donde quedó contemplado la implementación de Planes Integrales de Sustitución y Desarrollo Alternativo como parte de un Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, el cual está integrado con la Reforma Rural Integral y bajo enfoques diferenciales de acuerdo a las condiciones de cada territorio (Gobierno Nacional de Colombia y FARC-EP, 2016).

Es por lo anterior, que a continuación y posterior al análisis penal que antecedió este acápite, que se hará un análisis del desarrollo normativo y de las condiciones administrativas que han rodeado la evolución de una nueva propuesta de sustitución de cultivos ilícitos en el campo colombiano, las entidades que se encargan de esta labor institucional y los beneficios que se oponen a las consecuencias derivadas de un proceso penal.

3.4.1 La sustitución de cultivos ilícitos.

El Gobierno de Colombia el 22 de septiembre de 2015, creó el Plan Integral de Sustitución de Cultivos, como consecuencia de que el país para la fecha se mantenía como el principal productor de coca en el mundo, “según Naciones Unidas, a 2014 el país tenía 69.000 hectáreas de coca sembradas. Son casi 100.000 hectáreas menos que en 2000, pero lo cierto es que en los últimos dos años los resultados no han sido satisfactorios” (MInisterio de Justicia, 2015).

Sin embargo, los frentes que trabajaba esta estrategia resultaban un poco contradictorios, a saber:

- Inversión social: provisión de servicios públicos domiciliarios y garantías de acceso a la salud y educación.
- Sustitución: estabilización socio-económica; acuerdos de confianza colectivos; intervención de territorios y no por familias; acuerdos de erradicación; comercializadoras sociales rurales para impulsar la circulación de productos; asistencia técnica y apoyo financiero; e incentivos de formalización de la propiedad.
- Interdicción: planes estratégicos de seguridad; acciones contra narcotraficantes; y destrucción de laboratorios e insumos.
- Investigación y judicialización: política criminal para eslabones medios y superiores; capturas en toda la cadena de narcotráfico con condenas; justicia rápida para delitos menores; estatuto penal para adolescentes; y denuncia eficiente de los delitos relacionados con narcotráfico.
- Consumo y reforma institucional: prevención, reducción de riesgos y tratamientos. (MInisterio de Justicia, 2015).

Sus puntos problemáticos redundan en que: **(i)** si se habla de un plan de sustitución de cultivos ilícitos, se deben integrar componentes que estimulen rutas claras de proyectos productivos alternativos, ya que está diseñada sobre todo como si fuese un plan de erradicación; **(ii)** cualquier estimulo a la sustitución queda reducido al miedo del cultivador si en el plan existen contradicciones como priorización de la política criminal para eslabones medios y altos, pero hay una disposición sobre capturas en todos los niveles de la cadena de narcotráfico y exista todavía el delito con la única garantía de un acuerdo colectivo-y no personal- y se fortalezca un sistema de denuncias para delitos relacionados con el narcotráfico; **(iii)** cualquier inversión productiva en territorios queda reducida a recursos perdidos si no se tiene primero la focalización y estructura de comercialización, por lo que un plan de sustitución debe ser posterior a la intervención territorial, ya que en la práctica la acogida de estas ofertas no se da por parte de todos los habitantes de un territorio dedicados a esta práctica de manera generalizada; **(iv)** el diseño del Plan se estructura de manera que se criminaliza la actividad y no se reconozca la problemática de fondo, con disposiciones tales como consumo e interdicción; y **(v)** es un programa de sustitución territorial y no por familias o asociaciones, lo que hace que se pierda claridad respecto de los beneficios personales que como cultivador se obtienen-lo que desestimula la sustitución-.

Abarcar varios temas en un plan de sustitución, en lugar de focalizar una oferta institucional clara, da como resultado poca acogida y redunde nuevamente en investigaciones en el marco de procesos penales. Tal y como aconteció con la estrategia de sustitución y erradicación manual forzosa que antecedió este plan mencionado y que incluso era mucho más desestimulante, en el sentido que los cultivadores eran vinculados mediante ***tercerización*** a empresas privadas que administraban los recursos asignados a los proyectos (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 2008) eliminando la posibilidad de autonomía y generación de ingresos mediante proyectos productivos propios de los campesinos.

Estas críticas se ven reflejadas en los resultados del monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos de 2015 y 2016, en donde se muestra que el crecimiento de cultivos ilícitos está en aumento y son constantes los territorios en donde se lleva a cabo la actividad, lo que quiere decir que no se logró desestimular la actividad y los cultivadores de los principales territorios afectados no han encontrado salidas alternas, aunque cada vez se concentran más los cultivos en regiones.

Informe de 2015:

> “La cifra de cultivos de coca en Colombia sufrió un importante incremento al pasar de 69.000 ha en 2014 a 96.000 ha en 2015; un 39% de incremento”. (UNODC; Gobierno de Colombia, 2016).

Informe de 2016:

> “La cifra de cultivos de coca en Colombia sufrió un importante incremento al pasar de 96.000 ha en 2015 a 146.000 ha en 2016; un 52% de incremento” (UNODC; Gobierno de Colombia, 2017).

En este último informe sobre el año 2016, presentado en Julio de 2017, se establecieron los cuatro principales factores que han estimulado el aumento de los cultivos ilícitos, a saber:

1. En la búsqueda de generación de confianza con las comunidades, algunas de ellas tienen una percepción de reducción en el riesgo asociado con la actividad ilícita debido a la suspensión de la aspersión aérea y la posibilidad de evitar la erradicación forzosa mediante bloqueos a la fuerza pública. Adicionalmente, se introdujeron términos como “cultivos de uso ilícito” en lugar de “cultivos ilícitos”; algunas comunidades interpretaron esto como una “autorización” para sembrar coca dado que lo ilegal era el uso y no el cultivo.

2. Un incremento de las expectativas para recibir beneficios como “contraprestación” por la sustitución de los cultivos de coca ,en particular asociados con las expectativas derivadas del punto 4 del acuerdo de Paz.

3. Una reducción general de los esfuerzos en desarrollo alternativo en todo el país debido a la transición a una estrategia centrada en la eliminación del cultivo a una estrategia centrada en la transformación del territorio.

4. Si bien el precio de la hoja se redujo en 2016 frente 2015, este se mantiene en un nivel alto, que pasó de COP$2.014/kg que se pagaban en 2013, cuando se inició el incremento de los cultivos de coca, a COP$2.900/kg en 2016. (UNODC; Gobierno de Colombia, 2017).

A pesar de estos cuatro puntos que se señalaron, como factores de estimulo o causas del crecimiento de los cultivos ilícitos, valga la pena señalar que respecto del primer punto, el tipo penal solamente ha sufrido modificaciones en materia de quantum punitivo, pero su

redacción inicial se mantiene constante, en este entendido, la principal prohibición que se da en el ámbito penal no causa estas confusiones de destinación del cultivo, sino que se agota con la mera actividad (confusión que sí se presenta con el Decreto Ley 896 pero que surge hasta mayo de 2017); el incremento de expectativas de recibir beneficios, es una medida que indiscutiblemente debe estar acompañada del Estado y brindar todos los medios posibles para su materialización; la transformación del territorio en lugar de la eliminación del cultivo, es un punto que se da como causa del Acuerdo Final de paz, ya que se busca una Reforma Rural Integral.

Respecto del aumento de precios de la hoja, resulta siendo una causa que se mantiene a lo largo de los años, pero que al compararse los costos que implica el cultivo, redundan en plantaciones que no generan ganancias sobre dimensionadas al campesino y que incluso el resultado económico para el cultivador en ciertos casos resulta siendo el mismo que el de un proyecto productivo corriente.

> En general, puede verse que los campesinos cocaleros obtienen ingresos que no son significativamente más altos que los de algunos campesinos medianos exitosos (excepto los medianos, quienes tienden a ser empresarios), además, en los ingresos de los cocaleros no se están contabilizando todos los costos no monetarios que implica asumir una actividad ilegal en zonas de alto conflicto, ni el costo monetario de los “impuestos” que deben pagar a los grupos armados. Otro estudio que hiciera esta contabilidad podría llegar quizás a la conclusión de que los ingresos de los cocaleros no superan a los de algunos productores campesinos de productos lícitos de la región andina del país. Ahora bien, no sobra advertir, aunque suene obvio, que los sistemas de producción campesinos lícitos que tienen ingresos equiparables a los de los cocaleros, no son de ninguna manera transplantables a las zonas donde se produce la coca, en donde éste cultivo (la coca) parece ser la única opción agrícola que genera buenos resultados. (Elba Torres, 2000)

Recientemente el Decreto Ley 896 de 2017, creó el Programa Nacional Integral de Sustitución de uso Ilícito-PNIS-, que nace en cumplimiento del punto 4 del Acuerdo Final para la Construcción de una Paz estable y duradera, entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, en donde se crean medidas en cabeza de la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos adscrita a la Alta Consejería Presidencial para el Postconflicto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que buscan intervenir en Zonas priorizadas en el marco de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial, densidad de cultivos de uso ilícito y de población, parques Nacionales Naturales y comunidades que se hayan acogido al tratamiento penal diferencial (Gobierno Nacional, 2017)

Este Plan, incluye medidas a realizar atenciones que requieren intervención inmediata, obras de infraestructura rápida, componentes de sostenibilidad y recuperación ambiental, formalización de la propiedad, intervención especial para zonas apartadas y de baja concentración poblacional y un cronograma (Gobierno Nacional, 2017)

Se hace entonces destacable de este Decreto, que se reconoce la necesidad de intervenciones inmediatas de diferentes instituciones, para que así se pueda ofrecer un verdadero tránsito a la sustitución de cultivos lícitos mediante proyectos productivos que generen ingresos a los campesinos, con circuitos cortos de comercialización, infraestructura y vías de acceso.

Por primera vez, se reconoce que las medidas de sustitución de cultivos ilícitos debe hacer parte de una política de desarrollo rural y para ello se resalta la necesidad de una política pública integral y sostenible para estos procedimientos; aunque se resalta nuevamente la intervención mediante enfoque territorial, la oferta institucional que existe permite que las familias o asociaciones, puedan ser beneficiarios de cofinanciación de proyectos productivos; asimismo se busca privilegiar la sustitución voluntaria y articular las actividades de erradicación forzada; de igual manera se destaca el papel fundamental de las comunidades para lograr la garantía de cumplimiento, las cuales requerirán una

protección especial (DeJusticia; CCJ; CEJ; Universidad Externado de Colombia; Universidad de los Andes, 2017)

En este sentido, es hasta mayo de 2017, casi treinta años después de identificado el problema en Colombia, que el Gobierno Nacional dimensionó de manera integral el fenómeno, respecto de las dicotomías que se presentan entre la normatividad penal vigente y las realidad o necesidad del campesinado colombiano que se ve gravemente afectado por este tipo de medidas, que como bien quedó señalado en el apartado del análisis de la estructura típica del delito, atiende más al cumplimiento de compromisos internacionales que a la verdadera comprensión de la problemática interna de un país como Colombia que es eminentemente rural y con escases de presencia en muchos de los territorios.

A la luz de este contexto, es que nos enfrentamos con el contraste entre la persecución penal de la conducta del campesino que es simplemente cultivador y las políticas de sustitución de cultivos. Sin embargo, antes de abarcar de fondo el análisis de este fenómeno de lo que pierde el Estado con la sanción punitiva, se hará una breve exposición del desarrollo que ha tenido la reestructuración del sector agrícola en Colombia, a partir de los incentivos de implementación de proyectos productivos.

3.4.2 Los proyectos productivos.

Actualmente la oferta institucional del Gobierno en materia de proyectos productivos, es una de las más altas de la historia, con múltiples enfoques y diseñada de tal manera que incluso pueda realizarse un seguimiento o continuidad de las iniciativas de manera escalonada, que abarcan diferentes tipos de condiciones socioeconómicas para la atención personalizada de familias en condición de vulnerabilidad.

En esta perspectiva, se encuentran las siguientes entidades:

ENTIDAD	PROYECTO	DESCRIPCIÓN	NORMATIVIDAD
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (DPS)- DECRETO 2559 DE 2015	**IRACA**	Comunidades indígenas y afrocolombianos en situación de pobreza extrema para la implementación de proyectos productivos comunitarios de generación de ingresos.	Resolución 2890 de 2016
	FEST	Estabilización socio-económica de los hogares víctimas de desplazamiento forzado, retornados o reubicados mediante proyectos productivos	
	EMPRENDIMIENTO	Mi negocio: para la implementación de proyectos productivos y empleabilidad: contratación en trabajo formal temporal.	
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS (UARIV)- ARTÍCULO 166 LEY 1448 DE 2011-	**PROYECTOS TERRITORIALES PARA LA VIDA Y LA RECONCILIACIÓN**	Las entidades territoriales pueden presentar la solicitud de cofinanciación de proyectos productivos a la UARIV, quienes evaluaran conforme a la caracterización de la población beneficiaria y el	Resolución 0318 del 16 de mayo de 2014 Resolución 1117 del 21 de diciembre de 2015 Resolución 081 del 08 de febrero de 2017

DECRETO 4802 DE 2011		numero de personas vinculadas la admisión de la solicitud.	
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS (URT) – ARTÍCULO 103 LEY 1448 DE 2011- DECRETO 4801 DE 2011	**PROYECTOS PRODUCTIVOS EN TIERRAS DESPOJADAS**	-Cuando en el territorio restituido o a restituir no se haya probado la buena fe del poseedor de la tierra y se encuentre un proyecto productivo en curso, en este momento la URT asumirá el control del proyecto y destinará el producido a programas de reparación colectiva para víctimas	Resolución Nº926 del 21 de octubre de 2013
		-Después de restituida la tierra y con el fin de incentivar la consolidación de los derechos sobre el predio, se financian proyectos productivos en favor de la víctima y en el terreno asignado por la URT.	
		Artículo 18 (5): “Impartir los lineamientos para la estructuración de los proyectos de reactivación económica, proyectos de infraestructura	

AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO (ART)- DECRETO 2366 DE 2015	**DIRECCIÓN DE ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS** **SUBDIRECCIÓN DE PROYECTOS PRODUCTIVOS**	rural, proyectos productivos y proyectos ambientales y forestales, identificados en los planes de intervención territorial". Artículo 21 (5): *"Estructurar, con base en los lineamientos, parámetros y criterios técnicos aprobados por la Agencia, los proyectos productivos de las zonas rurales de conflicto priorizadas, para que éstas se integren de manera sostenible al desarrollo del país".*	DECRETO 2366 DE 2015
AGENCIA DE DESARROLLO RURAL (ADR)- DECRETO 2364 DE 2015	**PROYECTOS INTEGRALES DE DESARROLLO AGROPECUARIO Y RURAL CON ENFOQUE TERRITORIAL**	Cofinanciación de proyectos agroindustriales en el sector rural, dirigido a asociaciones con vínculo jurídico con la tierra en donde se implementa la iniciativa.	Acuerdo 007 de 2016 y Reglamento del Acuerdo

	IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA RURAL INTEGRAL	Acompañar los programas de tierras ejecutados por la Agencia Nacional de Tierras (ANT), para la incorporación de proyectos productivos sostenibles social y ambientalmente	Decreto 902 de 2017
MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE	**PROGRAMA BOSQUES DE PAZ**	Modelo de gestión sostenible de los territorios, que buscan integrar la conservación de la biodiversidad con **proyectos productivos** en beneficio de las comunidades organizadas.	Resolución 0470 de 2017
AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS (ANT) – DECRETO 2363 DE 2015	**SUBSIDIO INTEGRAL DE REFORMA AGRARIA**	Cubrir hasta el cien por ciento (100%) del valor de la tierra y/o de los requerimientos financieros para el establecimiento del proyecto productivo agropecuario, según las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios.	Artículo 101 de la Ley 1753 de 2015

Aunque de las entidades descritas anteriormente, específicamente sobre el tema de sustitución de cultivos ilícitos se ha encargado el DPS mientras la ART entraba en funcionamiento (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, 2016), quien es la entidad que actualmente se encarga de manera especifica de los proyectos productivos en el marco de sustitución de cultivos, es menester resaltar que como se encuentra diseñada la normatividad, después de erradicado el cultivo los campesinos podrían acceder a cualquier tipo de oferta que se encuentra actualmente y que hace parte de la Reforma Rural Integral.

Sin embargo, es necesario que se haga una difusión y acompañamiento técnico en todo el procedimiento de sustitución por parte de las diferentes entidades, de tal manera que se logre la comunicación de la oferta y que otras agencias/ministerios puedan continuar con el trabajo que realice la ART en materia de proyectos productivos, para que así se logre la escalabilidad y sostenibilidad de la economía campesina.

3.5 Medidas penales vs. Medidas administrativas.

Haciendo la distinción entre las medidas que toma el gobierno para atacar, por un lado, el tráfico de drogas y el terrorismo, el cual es un problema más criminal, y por otro, el consumo de drogas, siendo este un problema de salud pública y social, se puede concluir, según distintas cifras, estudios e investigaciones, como los realizados por la oficina de investigaciones sociojurídicas y de prevención del delito, del ministerio de justicia, entre otros, que es obvio el fracaso de las políticas que atacan la primera problemática enunciada mientras que el tratamiento de la segunda política es más exitoso.

No obstante, dicho éxito puede comprender un fracaso en tanto no ataca de manera eficaz la fuente real de la violencia en Colombia, tal y como lo cita de la oficina de investigaciones el profesor García (Villegas, 2016, pág. 157).

> (…) las medidas excepcionales expedidas por el gobierno nacional con base en las facultades extraordinarias previstas en el artículo 121 de la Constitución Nacional […] no han alcanzado dos de los objetivos perseguidos. Uno, el restablecimiento del orden público y su conservación, y dos, la disminución de la ocurrencia de comportamientos delictivos, considerado altamente lesivos para el sistema institucional y político colombiano.

Las cifras, muestran como la legislación penal se agravó contra la población consumidora lo que se ha convertido con el tiempo en una fuerte problemática por el encarcelamiento masivo de los consumidores, indica García Villegas citando Uprimny quien mostró como el 17% de la población carcelaria colombiana para el año 2012 se encontraban presos por narcotráfico, específicamente por una conducta menor de tráfico y porte de estupefacientes (Villegas, 2016, pág. 160). Resumiendo lo anterior el autor dice:

> El sentido de la política criminal contra el narcotráfico para por etapas de ampliación y de reducción: primero, el discurso político convierte a los jefes de los carteles en enemigos puntuales de la sociedad; luego la motivación y la regulación de los decretos expedidos amplia el espectro de los implicados hasta comprender una enorme variedad de comportamiento y, por último, la aplicación de las normas se dirige de manera preferencial contra los consumidores y contra los pequeños traficantes de barrio.

Existe una marcada ineficacia instrumental, es decir, la norma no está generando el supuesto objetivo para el cual fue promulgada, por lo que políticas como la lucha contra las drogas no deben ser analizadas o creadas desde el punto de vista “estrictamente instrumental”. Ya que su fracaso, como sucede en este caso, se refleja en los enormes costes y sus pocos resultados, algo que bien estudiado indica el fracaso que muestra la realidad (Villegas, 2016, pág. 161). Para García Villegas: *Solo un análisis que tenga en cuenta los beneficios simbólicos, en términos de comunicación y gobernabilidad política, de la lucha contra el narcotráfico puede explicar su razón de ser y su persistencia (a pesar de los resultados).*

Desde un punto de vista netamente jurídico existe una importancia simbólica de la legislación penal contra las drogas, muestra la desproporción que denuncian entre el daño social y las penas. Algo que se muestra en diferentes estudios que indican como, por ejemplo, violar a una mujer es menos grave que contrabandear con cocaína. Lo anterior, es fiel muestra de lo que se conoce hoy en día como populismo punitivo, en donde suceden

dos cosas, la primera servir como mecanismo de control de un tipo particular de ciudadanos, ejemplo los más pobres, y segundo "sirve de aparato simbólico de construcción de un enemigo colectivo contra el cual se pretende unir a la población en torno a sus gobernantes". Resumiendo, indica García:

> (…) La justicia penal se convirtió en un campo de batalla privilegiado para luchar con la mafia. Los gobiernos de la época vieron en el derecho penal no solo una herramienta útil y a la mano para luchar contra sus enemigos mafiosos (aunque con una eficacia muy limitada) sino también un instrumento útil para, como dice Manuel Iturralde, "conseguir la aprobación de un público desconfiado y de unos medios de comunicación que denostaban del gobierno de Barco por su falta de resultados y de liderazgo político."

Para García Villegas los decretos expedidos lograron hacer más de lo que podían hacer, en donde se mostró claramente el fenómeno de la eficacia simbólica, las cuales se representan de dos formas, una que él denomina originaria y otra derivada; la primera que tenía el objetivo de recoger los beneficios políticos de la promulgación; y la segunda, la aplicación de los decretos cuyo resultado era distinto al objetivo de su promulgación.

En el estudio realizado por este, se observa como efecto de la primera representación, que la promulgación de algunas normas surgía para mostrar al pueblo que el gobierno realmente hacía algo frente al fenómeno del narcotráfico, pero, realmente, los cambios de fondo entre unos y otros decreto no existían, la argumentación y objetivos solían ser la misma.

En el segundo efecto de representación simbólica de las normas, García Villegas encontró normas aplicadas que terminaron, en su ejecución o implementación, desviando el objetivo de su promulgación, con la realización de acciones para el cumplimiento de otros objetivos. Ejemplo de esto fue la persecución penal de los consumidores y pequeños expendedores,

quienes, a diferencia de las mafias que son segmentos particulares de la burguesía y dueños de los medios de producción y/o distribución de mercancías del proceso productivo, obedeciendo a una lógica netamente capitalista (Guizado, 1988, pág. 26)han sido perseguidos por el derecho penal, sin mirar el trasfondo social de tal persecución.

Al comprender que “el valor de la droga depende del riesgo de captura y no del costo de oportunidad de la inversión o la remuneración de los factores”, como lo indica la evidencia que muestra que existe un mayor riesgo en el proceso de transporte que en el de producción, el valor se agrega cuando se eluden a las autoridades. “el proceso de producción y transporte exige la coordinación de actividades ilegales relacionadas como conseguir productos químicos en mercados ilegales, promover la siembra de coca, construir laboratorios clandestinos y fomentar redes para el lavado de activos (Beltrán, 2014, pág. 59). Además de lo anterior, el autor encontró que en Colombia existen ciertas ventajas que ofrece el entorno institucional y que permite la aparición de un entorno generoso con las siguientes características: i) mano de obra entrenada para usar la violencia; ii) altos niveles de corrupción pública; y iii) ineficiencia en la administración de justicia.

Frente al primer entorno de generosidad, basta con conocer la historia de violencia colombiana que ha formado un “know how” criminal como violento que ha permitido a las organizaciones ilegales obtener un mayor y mejor control sobre sus actividades. De otro lado, el autor utiliza la perspectiva de los recursos críticos para indicar que en Colombia existe una población dispuesta a asumir un alto riesgo a un bajo costo, circunstancia que favorece a las organizaciones criminales.

En el segundo caso, se observa que las instituciones estatales destinadas para prevenir la acción ilegal han sido fuertemente intervenidas por el narcotráfico, quienes, mediante la financiación de campañas políticas y el ofrecimiento de sobornos valiosos a miembros de la fuerza pública, han logrado permear la institucionalidad con el objetivo de facilitar su accionar financiero y reducir las posibilidades de captura.

En el tercer caso de entorno generoso, teniendo en cuenta que la impunidad se puede ver como un incentivo generoso, ya que, como se explica desde la teoría económica del crimen, “si la probabilidad de captura asociada a la comisión de un delito es baja, entonces hay un incentivo perverso que explica la comisión de nuevos delitos”; la ineficiencia en la administración de justicia, además, puede ser explicada por el aumento de casos de narcotráfico que ha venido a congestionar el sistema y retrasa pronunciamientos sobre casos que tienen una mayor tasa de éxito (Beltrán, 2014, pág. 70).

Tal contexto, podría permitir que el legislador y el ejecutivo, ambos responsables de la implementación de políticas públicas en materia de lucha contra las drogas, hicieran un detallado estudio de lo que representa el costo social de penalizar, en un país con unas condiciones sociales y económicas deplorables, la acción de cultivar plantaciones destinadas a ser convertidas en drogas psicoactivas, hubieran descartado esta opción en un comienzo. El costo social en este caso, debe ser analizado de la siguiente manera, primero preguntándose sobre quien recae la obligatoriedad de escoger entre una de dos opciones, es decir, entre dar un tratamiento social y económico a las poblaciones campesinas más vulnerables que encuentran en el cultivo de este tipo de plantaciones su sustento de vida, o generar medidas de corte represivo, entre las cuales se encuentran las del derecho penal y policivo. Segundo, una vez contestada la respuesta interior, identificar a que estaría renunciando quien toma la decisión al escoger una y no la otra opción.

Ante la posible respuesta, que será tratada a profundidad en el desarrollo de este trabajo, podríamos decir que quien debe tomar decisión es el Estado representado en sus ramas ejecutivas y legislativas, que el costo de escoger medidas represivas contra esta población vulnerable por tener la actividad económica de por ejemplo plantaciones de matas de coca, pueden ser las mismas del costo social del castigo.

Un ejemplo de un costo social de castigo es por ejemplo el aprendizaje criminal, el cual se refiere al cambio de comportamiento de las organizaciones infractoras de la ley penal en su relación con el Estado; y también a la “capacidad de los criminales para aumentar la probabilidad de éxito del negocio” (Beltrán, 2014, pág. 37). El autor explica entonces el proceso de aprendizaje criminal así (Beltrán, 2014, pág. 49):

> Primero: el aprendizaje criminal tiene varias dimensiones. Una en el nivel individual, otra en el nivel organizacional. Son los individuos los que cometen los delitos y son los que reciben la capacitación delictiva. Pero son las organizaciones las que promueven el aprendizaje y las que consolidad la actividad criminal en términos sociales. Segundo, el aprendizaje tiene una dimensión de largo plazo que induce el aprendizaje organizacional en la interacción con el Estado. […] en síntesis, el narcotráfico en Colombia desarrolla una capacidad distintiva relacionada con el uso selectivo -y a veces también indiscriminado- de la violencia. Estas capacidades distintivas se basan en un uso más eficiente de los recursos humanos, organizacionales y financieros. Este uso de la violencia de los narcotraficantes se observa en el desarrollo de unas rutinas de planeación y ejecución de homicidios y otra clase de delitos.

Algo que podría llegarse a concluir, es que el ejecutivo y el legislativo se han dado cuenta de que existe un costo social alto en la implementación del derecho penal o de medidas policivas en la lucha contra la producción de droga, sin embargo, y especialmente en el caso de los cultivadores de plantaciones existe un costo financiero más alto en la implementación de medidas sociales que permitan, entre otras cosas, la sustitución de cultivos ilícitos.

García Villegas explica que las medidas tomadas por el gobierno, tenían unas grandes “ventajas”, entre ellas, que no tenían mayor costo, es decir, la promulgación de una norma resultaba más económica que el tratamiento social o la entrega de créditos a los campesinos para la sustitución de cultivos ilícitos (Villegas, 2016, pág. 171); y dichas medidas generan una imagen de la capacidad del Estado para sancionar a los mayores culpables de la violencia, aunado que estos decretos no produjeron controversia por la

suposición de que tenían componentes técnicos que justificaban la necesidad de las medidas.

En Colombia podríamos afirmar que el costo social de tomar medidas penales contra las personas que están detrás de la siembra de plantaciones de cultivos ilícitos, puede aparecer, como ya se afirmó, dentro del costo social del castigo, y qué es el costo social del castigo, no es más que las consecuencias que trae llevar a las personas a prisión. Vicky Pryce (Prisonomics: Behind bars in Britain's Failing Prisons, 2013), después de haber pasado seis meses en prisión, aprovechó sus conocimientos en economía para estudiar los costos sociales que representa esta institución.

Según sus estudios, las alternativas a la prisión, por lo menos en Inglaterra, pueden llegar a ser más económicas, financieramente hablando. Según ella, la inversión en educación, en políticas sociales, etc., si se estudian, no en el corto plazo, pueden generar mejores alternativas en la reducción de la criminalidad que la misma prisión. Entonces, según lo anterior, el profesor Villegas se encuentra equivocado, no lo sabemos en este momento, pero podría atreverme en afirmar que en Colombia nuestros políticos, como en otras partes del mundo, consideran la prisión y el derecho penal como una medida que en el corto plazo resulta ser más eficiente que la implementación de costosas políticas sociales.

A partir de lo anterior, y bastado el análisis estructural del tipo penal de conservación o financiación de plantaciones y las medidas administrativas para lograr la sustitución de los cultivos ilícitos, se pasa a evidenciar como el efecto contraste que se presenta en estas medidas, generan dicotomías que redundan en una pérdida de oportunidad del Estado.

Para ello se citan algunos de los efectos que generan estas medidas, como síntesis de la investigación:

MEDIDAS PENALES	MEDIDAS ADMINISTRATIVAS
-Afirmación del poder punitivo del Estado.	-Afirmación de la presencia institucional en las regiones del Estado.
-Segregación, exclusión y criminalización del campesino que cultiva como opción de vida.	-Inclusión, reconocimiento y descentralización del Estado Social de Derecho para el campesino.
-Marginalidad y mayor desconocimiento sobre la situación de los campesinos cultivadores en las regiones afectadas.	-Conocimiento profuso de las regiones que se ven afectadas por el narcotráfico.
-Supresión del campesino cultivador de la actividad ilícita.	-Sustitución de la actividad ilícita del campesino por proyectos productivos lícitos.
-Fungibilidad del campesino cultivador.	-Identificación y reconocimiento de los territorios.
-Gastos de investigación y persecución penal.	-Gastos de infraestructura y financiación de desarrollo productivo.

Aunque hablar de efectos, redunda en un ámbito multidisciplinar y multidimensional, los anteriores resultan siendo los principales, que han sido identificados y reconocidos a lo largo del estudio documental de la presente investigación, y que resultan siendo suficientes para comprender *¿cómo se entiende la pérdida de oportunidad estatal por perseguir penalmente al cultivador de plantaciones ilícitas?* . Pregunta anterior que se responde en dos vías:

- *Pérdida de oportunidad de lucha contra el narcotráfico mediante la inhabilitación de los territorios destinados a los cultivos de destinación ilícita.*

En el entendido que el campesino cultivador siempre será fungible en estos casos, con el hecho de que se realice la persecución penal en contra del sujeto activo de la conducta, no se logra una lucha efectiva contra el narcotráfico, sino simplemente se atenta contra los agricultores de una región que sufren los legados de este tipo de criminalidad.

La experiencia que se ha tenido respecto de la normatividad que busca perseguir a los cultivadores en Colombia, es dudosamente efectiva, en el sentido que como quedó expuesto, el crecimiento de las plantaciones ha estado en aumento constante en los últimos años.

De igual manera, es menester señalar que con la penalización del cultivador, no se desarticula o inhabilita el territorio destinado a la siembra de este tipo de plantaciones, tampoco se remplaza la actividad de los demás agricultores y terminan siendo terrenos potencialmente fuentes de extracción de ilícitos, ya que la disposición productiva continúa.

En este entendido, con la persecución penal se ataca el fenómeno pero no el motivo generador, es decir, está destinado a una causa próxima y fungible, pero no a la razón final.

- *Pérdida de oportunidad de desarrollo de las regiones, reconocimiento del territorio e implementación de la Reforma Rural Integral.*

El mayor impacto que genera la persecución penal de esta conducta, es la limitación de la posibilidad efectiva para los campesinos de que puedan obtener nuevas fuentes generadoras de ingresos, a partir de apoyos administrativos.

Pero esta consecuencia, no solamente redunda en perjuicio de los cultivadores, sino de la misma efectividad y presencia del Estado, ya que como quedó señalado es una opción democratizadora del campo colombiano, de descentralización de la oferta institucional, de identificación de los cultivos ilícitos y su inhabilitación mediante la erradicación y sustitución por nuevas plantaciones, que generen la necesidad de infraestructura, canales de comercialización y prestación de servicios públicos domiciliarios.

Con la llegada del comercio, la historia nos muestra que se lleva desarrollo a las regiones, en este entendido, con la persecución penal en lugar del incentivo de creación de proyectos productivos se deja de lado la oportunidad que tiene el Estado de generar empleo e ingresos en las regiones abandonadas del país.

Por todo lo dicho anteriormente y en el marco del cumplimiento del acuerdo Final de Paz con la guerrilla de las FARC-EP, si se quiere transformar el campo colombiano, se requiere entonces de intervenciones priorizadas en terrenos que históricamente han estado marginados y que tan solo han encontrado los cultivos de esta naturaleza como una opción de vida.

La renovación de la agricultura y el campo colombiano, deberá iniciar por la sustitución de estos cultivos que permitan mediante proyectos productivos, generar competitividad, escalabilidad y desarrollo en las regiones. Pero, si se busca continuar con la persecución penal, será una oportunidad más para considerar a Colombia como un Estado fallido.

4. Conclusión.

El Análisis Económico del Derecho es una teoría novedosa que consiste en la utilización de herramientas propias de la economía en la interpretación de fenómenos jurídicos y/o sociales. Así mismo, esta herramienta se encuentra basada en métodos que permiten dotar de argumentos la promulgación de políticas públicas que tienen consecuencias sociales como la política criminal. La experiencia, y en particular el caso traído a colación dentro del presente trabajo, nos ha mostrado una realidad que mucho se ha denunciado pero que no se ha solucionado. Esta realidad a la que hago referencia es la generación y formulación de políticas públicas por parte de órganos burocráticos sin sustento científico.

En particular, en el caso colombiano, tenemos la situación evidente de promulgación de normas que pretenden generar un efecto disuasivo de algunas conductas a un costo demasiado alto. Un ejemplo de esto lo hemos analizado frente al delito conservación o financiación de plantaciones. En esta situación tenemos evidente la generación de una política criminal con “soluciones” normativas que pretenden general la disuasión de acciones de personas que en su mayoría se enfrentan a un dilema de beneficios y sanciones.

Como se pudo observar en el capítulo 3, la hoy ampliamente criticada política de drogas (Mejia & Restrepo), se ha caracterizado en la persecución de quien se encuentra del lado de la oferta. Más allá de los perversos perjuicios que se pueden llegar a identificar con la aplicación de esta política, tenemos la dificultad, por lo menos en los países principalmente productores como Colombia, sobre cual es la forma más adecuada e idónea en que se combatirá la primera parte de la cadena de producción de la droga, los campesinos “cocaleros”. Desde los años 80’s, sin explicación clara alguna, se escogió al derecho penal

como el encargado de contrarrestar el fenómeno del narcotráfico incluyendo la lucha contra la población que siembra las plantaciones que dan vida a la droga. Lo anterior, como parte de la libertad legislativa que en materia de política criminal tiene el congreso de Colombia.

En un país donde, según información del DANE (Ministerio de Cultura), para el año 2005 el 25% de la población colombiana vivía en áreas rurales, que, adicionalmente, basa su sustento en la agricultura, la ganadería, la caza y la pesca, resulta complejo la expedición de normas que condenen la siembra especifica de algún tipo de plantación. No obstante, dicha complejidad, en el marco de la libertad legislativa, no fue observada en su momento por el legislador, procediendo a expedir leyes que castigaran la siembra de cultivos ilícitos.

Como lo hemos argumentado, dicha decisión fue arbitraria y no contó con un fuerte sustento argumentativo. ¿Por qué? Tal y como se encuentra nuestro derecho penal tradicional, nosotros los abogados carecemos de herramientas que nos permitan, desde la realidad, justificar una medida que se considerará tendrá un resultado eficiente. En este sentido, surge la posibilidad de utilizar las herramientas del Análisis Económico del Derecho, en especial su teoría del crimen, para lograr hacer del castigo una decisión racional y no un simple capricho.

Dentro del Análisis Económico del Derecho, como se explicó en el capítulo 2, tenemos la teoría económica del crimen y del castigo. Allí explicamos cómo los economistas, y algunos abogados, han utilizado la teoría de la elección racional y el principio de minimización de costos para estudiar distintos tipos penales. En específico, hemos desarrollado este segundo tema. Sobre este podemos concluir que identificamos dos tipos de costos, uno financiero y otro social. El primero es la identificación de aquellos costos monetarios que surgen por la existencia misma del sistema, ejemplo, cuanto le cuesta al Estado mantener privada de la libertad a una persona. Sobre el segundo, que fue el ampliamente desarrollado, identificamos la posición de Cooter (Cooter & Ulen, 2016), quien afirma que el costo social existe principalmente en dos aspectos, el primero en la identificación del costo del daño que genera el delito a la víctima, y el segundo, en el costo de prevenir ese daño. No obstante, se resaltó que existen otros costos de tipo social que son igual de

importantes al momento de la promulgación de una política pública, como el costo de oportunidad.

El costo de oportunidad, es el costo de renuncia a una acción por elegir otra acción. En el capítulo dos mostramos algunos ejemplos para comprender que el costo de oportunidad en materia de teoría económica del crimen puede ser, desde la visión de quien castiga, es decir el Estado, la ganancia o pérdida de privar de la libertad a una persona, en particular por las condiciones mismas del castigo que no ofrece, hasta el momento, formulas eficientes de resocialización; o la ganancia o pérdida del Estado cuando, por haber castigado, aparta del camino a una persona que reacciona mejor ante la solicitud de cambio con la existencia de medidas de orden distinto a las señaladas con el derecho penal.

Con lo anterior, brevemente se reseñó la política de drogas existente alrededor del delito de conservación o financiación de plantaciones. De esta reseña podemos concluir que se evidencia un fuerte fracaso en la política de drogas (Mejia & Restrepo) al no haber logrado, a hoy, el objetivo que hace 30 años se planteó. Como parte de este fracaso tenemos que Colombia aún continúa siendo uno de los mayores productores de hoja de coca del mundo, sin que se note una resultado eficiente para terminar con dicho título, y lo somos por las circunstancias económicas, políticas, sociales y geográficas, que permiten y facilitan la proliferación de este tipo de cultivos.

Utilizar el análisis económico del derecho y la teoría del crimen racional para el establecimiento de una política criminal coherente, eficiente y optima, puede ser una gran herramienta para lograr que regresemos a los debates sobre otras formas de luchar contra la criminalidad tales como: programas sociales, acceso a la educación, empleo y recreación, y, sobre todo para el caso de los delitos relacionados con el tráficos de drogas ilícitas, unas condiciones mínimas de existencia y de equidad en la distribución del ingreso (Ariza & Iturralde, 2011, pág. 6). Sobre todo, si tenemos en cuenta que no son solo los

incentivos económicos los que contribuyen en la generación del delito, sino que también las restricciones y las actitudes sociales hacía las actividades ilegales y la fortaleza o debilidad de cada ser humano, resultan siendo factores determinantes en las circunstancias que contribuyen a que algunas personas se inclinen por el delito (Thoumi, 2002).

Según Cooter, “meter a alguien a la cárcel rara vez tiene sentido, hasta que el Estado agote primero su capacidad para cobrar una multa al delincuente” (Cooter & Ulen, 2016, pág. 647); en otras palabras, para el caso que nos asiste, podríamos afirmar que meter a alguien a la cárcel no tiene sentido cuando el Estado no ha agotado su capacidad de reacción con medidas distintas al derecho penal. En este sentido, no tiene sentido penalizar, y por ende castigar con prisión, la conducta del delito de conservación y financiación de plantaciones, la cual, tal y como se observó, es cometido por una población en específico que, la mayoría de las veces, responde a los únicos incentivos de mercado que tiene la sociedad y el Estado en sus lugares de origen.

Como se lee del primer capítulo, el castigo trae inmersa una lógica que resulta incomprensible; adicionalmente, su método moderno, es decir la prisión, se convierte en una herramienta que aísla ciudadanos del resto de la sociedad y los lanza a un mundo desconocido que, por lo menos en el caso colombiano, tiene unas características de degradación única del concepto y fin del ser humano. Por lo tanto, un tipo de costo de oportunidad que tenemos al castigar la conducta de conservación y financiación de plantaciones, es la pérdida de un ser humano no degradado y productivo para la sociedad.

Aunado a lo anterior, tenemos un segundo costo de oportunidad que es imprescindible destacar, el costo de oportunidad de participar en los proyectos de la administración. En Colombia, como se vio en el Capítulo 3, se han desarrollado una serie de políticas públicas en torno a la sustitución de cultivos ilícitos que van enfocadas a generar incentivos entre los campesinos cultivadores; sin embargo, penalizar la conducta en discusión, genera la perdida de oportunidad del Estado de garantizar el acceso efectivo de la población campesina a cada uno de sus programas de sustitución. Al sacarlos de estos programas

por el envío a prisión, se genera también un incentivo perverso entre esta población, y es, como ya lo señalamos, la probabilidad de inmiscuir a alguien en un mundo de aprendizaje criminal que siempre fue desconocido.

Para Cooter, el encarcelamiento es la fórmula de la restricción de quiebra para los delincuentes que no tienen como pagar sus multas. Es decir, es la herramienta que le queda al Estado para excluir a quienes ya, por su condición económica, resultan marginados frente a la sociedad.

Finalmente, como conclusión general, el Análisis Económico del Derecho es la herramienta que puede ayudarnos a establecer para qué el derecho penal y por qué debemos castigar. Si se utilizara esta herramienta como una metodología adicional al interior de la política criminal, los Estados maximizarían sus resultados al hacer más eficiente sus propósitos y dejarían de mostrarse, como lo ven los criminólogos, como quienes utilizan el derecho penal para marginal al ya marginado.

Bibliografía

T-153 (Corte Constitucional Colombiana 1998).

Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. (2008). *Informe Ejecutivo Encuentro Nacional Del Programa Presidencial Contra Cultivos Ilícitos (PCI).* Bogotá: UNODOC.

Aguiar, F., & de Francisco, A. (2007). Siete tesis sobre racionalidad, identidad y acción colectiva. *Revista internacional de Sociología*, 63 - 86.

Amira Armenta & Martín Jelsma. (7 de octubre de 2015). *TNI.* Obtenido de Las convenciones de drogas de la ONU: https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu#box1

Ariza, J. L., & Iturralde, M. (2011). *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina.* Bogotá: Uniandes.

Barata, A. (2009). *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* México: Siglo XXI.

Becker, G. S. (1974). Crime and Punishment: An Economic Approach. *National Bureau of Economic Research*, 1-54.

Beltrán, I. d. (2014). *Aprendizaje criminal en Colombia: un análisis de las organizaciones narcotraficantes.* Bogotá: ediciones de la U.

C-420 (Corte Constitucional 2002).

C-636 (Corte Constitucional 16 de 09 de 2009).

C-689 (Corte Constitucional 2002).

Calabresi, G. (1961). Some Thoughts on Risk Distributions an the Law of Torts. *Faculty Scholarship Series: The Yale Law Journal*, 499 - 553.

Chiassoni, P. (2013). *El análisis económico del derecho.* Lima: Palestra Editores S.A.C.

Ciocchini, F. J. (s.f.). El crimen y el castigo. 45 - 52. Recuperado el 10 de 10 de 2017, de http://200.16.86.50/digital/658/revistas/vsi/ciocchini3-3.pdf

Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 1- 44.

Collins, J. (s.f.). La Economía de una Estrategia Global. En L. E. Policy, *Acabando con la Guerra contra las Drogas* (págs. 7-15). Londres : IDEAS.

Comision Asesora de Politica Criminal. (junio de 2012). Diagnóstico y propuesta de lineamientos de politica Criminal para el Estado Colombiano. *González Amado, Reyes Alvarado, Uprimny Yepes*. Bogotá, Colombia: Ministerio de justicia y del derecho .

Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia. (2011). *Drogas y Democracia: hacia un cambio paradigmático*.

Congreso de la República. (1986). Ley 30. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (24 de 07 de 2000). Ley 599. *Por la cual se expide el Código Penal*. Colombia.

Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Derecho y economía.* México: Fondo de Cultura Económica.

Cristiano, J. L. (2006). Racionalidad de la acción y racionalidad de la teoría. *Reis*, 135 - 153.

Crosby, C. (2010). Colombia is Fighting cocaine by making coca farmers choose "poverty or prison". Obtenido de https://news.vice.com/story/colombia-is-fighting-cocaine-by-making-farmers-choose-poverty-or-prison

Cruz, G. M. (2009). El apoyo de la Unión Europea a los programas de desarrollo alternativo en Colombia: cooperación para el combate contra el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes. *Análisis político, 66*, 100-122.

De Amezquita, M. O., & De Granada, E. G. (2007). Algunas consideraciones sobre los cúltivos ilícitos en Colombia. *Pensamiento jurídico*, 11-58.

DeJusticia; CCJ; CEJ; Universidad Externado de Colombia; Universidad de los Andes. (25 de 04 de 2017). *Comunicado sobre la política de sustitución de cultivos de uso ilícito.* Obtenido de http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/590087916154c.pdf

Elba Torres, L. E. (2000). *Costos de la produccion de coca a nivel campesino en la region del Caguan, Caqueta – Colombia. Un Analisis Comparativo.* Bogotá.

Falcón y Tella, M. J., & Falcón y Tella, F. (2005). *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿Un derecho a castigar?* Madrid: Marcial Pons.

Foucault, M. (2012). *el poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida.* Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

Foucault, M. (2015). *Vigilar y Castigar.* México D.F.: siglo veintiuno.

García Lozano, L. F. (2013). *El papel del juez en la sociedad de contrastes: Análisis de la autonomía funcional del juez en Colombia.* Bogotá: Ediciones USTA.

Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social.* (B. R. Concha, Trad.) Mexico: Siglo XXI.

Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardia.* (M. Iturralde, Trad.) Bogotá: Siglo del hombre editores.

Garland, D., & Iturralde , M. (2007). *Crimen y castigo moderno en la modernidad tardía.*

Gimeno, Í. O. (2006). El análisis económico del derecho: ¿método útil o ideología nefasta? En C. Courtis, *Observar la ley* (págs. 321-348). Madrid: Trotta.

Gobierno Nacional. (05 de 2017). Decreto Ley 896 . *Por el cual se crea el Programa Nacional Integral de Sustitución de cultivos de uso ilícito*.

Gobierno Nacional de Colombia y FARC-EP. (11 de 2016). Acuerdo FInal para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Bogotá.

Gómez Jaramillo , A., & Silva García , G. (2015). *El futuro criminología crítica.* Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.

Guizado, A. C. (1988). *Droga y sociedad en Colombia: el poder y el estigma.* Bogotá: Fondo Editorial CEREC.

Hernandez Calderon, C. D. (01 de 2017). Los fines de las penas alternativas en los procesos de justicia transicional: el caso colombiano. Bogotá: Universidad Santo Tomas.

Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción.* Bogotá: Siglo del hombre.

Jasso Fuentes, M. G. (10 de 10 de 2017). *USM-Biblioteca Complutense.* Obtenido de https://biblioteca.ucm.es/revcul/e-learning-innova/148/art2020.pdf

Mankiw, N. G. (2012). *Principios de economía.* Mexico: Cengage Learning Editores.

Mejia, D., & Restrepo, P. (s.f.). ¿Por qué está colapsando la prohibición estricta? Una perspectiva desde los países productores y de tránsito. En L. E. Policy, *Acabando con la guerra contra las drogas* (págs. 27-33). Londres: IDEAS.

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2016). *Decreto 2096.*

Ministerio de Cultura. (s.f.). *Población campesina y cultura.* Bogotá: Ministerio de Cultura. Recuperado el 11 de 10 de 2017, de http://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Documents/Poblaciones/POBLACI%C3%93N%20CAMPESINA%20Y%20CULTURA.pdf

Ministerio de Justicia. (23 de 01 de 1980). Decreto Ley 100. *Por el cual se expide el nuevo Codigo Penal*.

MInisterio de Justicia. (25 de 09 de 2015). Los 6 frentes del plan integral de sustitución de cultivos. *Nuevo plan integral de sustitución de cultivos*. Obtenido de http://www.minjusticia.gov.co/nuevoplanintegraldesustituciondecultivosilicitos.aspx

Ministerio Público. (22 de 04 de 2002). Concepto No. 2862.

Monsalve, S. S. (2000). Derecho a la tierra y derechos humanos. *El otro derecho*, 31- 32.

Moya, M. A. (2012). *Fundamentos de economía.* Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.

Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (2006). El análisis económico del derecho: ¿método util, o ideología nefasta? En C. Courtis, *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (págs. 321 - 348). Madrid: Trotta.

Posada, A. (1985). La violencia y el problema agrario en Colombia. *Revista Análisis Político*.

Posner, R. A. (2013). *El análisis económico del derecho.* Mexico: Fondo de cultura económica.

Pryce, V. (2013). *Prisonomics: Behind bars in Britain's Failing Prisons.* Croydon: Biteback.

Ramirez Perez, G. (1959). *El campesinado colombiano, un problema de estructura.* Bogotá: IQUEMA.

Resico, M. F. (s.f.). *Introducción a la economía social de mercado.* Konred Adenauer Stiftung.

Roemer, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho.* México: Fondo de Cúltura Económico.

Roth Deubel, A.-N. (2008, julio - diciembre). Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: ¿de la razón científica al arte retórico? (I. d. Políticos, Ed.) *Estudios políticos, 33*, 67-91.

Rusche, G., & Kirchheimer, O. (1984). *Pena y estructura social.* Bogotá: TEMIS.

Santos, B. (2004). *Reinventar la Democracia - Reinventar el Estado.* Quito: Ediciones Abya-Yala.

Semana. (2012). Así es la Colombia rural. *Revista Semana*. Obtenido de http://especiales.semana.com/especiales/pilares-tierra/asi-es-la-colombia-rural.html

Senado de la República. (1999). Gaceta 126. *Gaceta del congreso*.

T-388 (Corte Constitucional 06 de Junio de 2013).

T-762 (Corte Constitucional 16 de Diciembre de 2015).

Tenthoff, E. (2013). *Una verdadera revolución: la ley de Restitución de Tierras y la transformación del sector rural en Colombia.* Bogotá: TNI.

Thoumi, F. E. (2002). *El imperio de la droga: narcotrafico, economía y sociedad en los andes.* Bogotá: Planeta.

UNODC; Gobierno de Colombia. (15 de 07 de 2016). *Colombia: Monitoreo de tierras afectas por el conflicto.* Obtenido de https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/Julio/Censo_Cultivos_Coca_2015_SIMCI.pdf

UNODC; Gobierno de Colombia. (15 de 07 de 2017). *Colombia: Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilicitos.* Obtenido de https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/julio/CENSO_2017_WEB_baja.pdf

valle, m. g. (s.f.). *economía básica.* Nuevo León: Universidad Autonoma de Nuevo León .

Villegas, M. G. (2016). *La eficaciía simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina.* Bogotá: Penguin Random House .