

Medidas alternativas al encarcelamiento para mujeres involucradas en el mercado de drogasⁱ

El reconocimiento de los enormes costos humanos y de distinta índole de las políticas punitivas, así como de sus exiguos beneficios, hace impostergable la tarea de implementar alternativas al encarcelamiento sensibles a las consideraciones de género, y de las cuales las mujeres que han cometido delitos de drogas en la región puedan beneficiarse ampliamente. Las alternativas para el caso de las mujeres son particularmente importantes en la medida en que –aunque las mujeres continúan representando una pequeña fracción de las personas encarceladas– el crecimiento de las mujeres privadas de libertad por delitos de drogas ha sido significativamente más alto que el de los hombres. Estos delitos son la primera o segunda causa de encarcelamiento femenino en los países de la región.

El presente documento ofrece, en un primer momento, una serie de recomendaciones generales para la implementación de alternativas al encarcelamiento en los países de la región y, posteriormente, plantea una serie de recomendaciones específicas sobre el tipo de alternativas que podrían implementarse para mujeres que han jugado distintos roles en los mercados de drogas –consumidoras problemáticas que cometen otros delitos o mujeres que han cometido distintos delitos menores de drogas– y que deberían recibir un tratamiento diferente al procesamiento por el sistema penal o la pena privativa de la libertad en la cárcel. La aplicación de las políticas de drogas sin considerar las características particulares de las mujeres puede crear una discriminación contra la población femenina que tiene que enfrentar procesos penales. Esto justifica entonces el reconocimiento de medidas alternativas para la población femenina, aun en los casos en que no estén disponibles para los hombres.

Existe una variedad de alternativas al encarcelamiento ya implementadas dentro y fuera de la región que incluyen la descriminalización (eliminación de una conducta o actividad de la esfera del derecho penal, pese a que puede continuar o no siendo prohibida y sancionada por otros medios), la despenalización (eliminación o modificación de la pena privativa de la libertad, pese a que la conducta sigue siendo un delito), la desjudicialización (que consiste en la salida del caso del sistema penal antes de la imposición de la pena, o en los programas de desvío a otra clase de instancias antes de que el caso entre al sistema judicial) y el desencarcelamiento (que opera cuando ya ha sido impuesta la condena y se orienta a la eliminación, la reducción o la sustitución de la pena en prisión, y puede tomar la forma de perdones específicos, indultos, derivación a tratamiento o reducción de penas).

La selección entre estas posibilidades debería guiarse por criterios de proporcionalidad acordes al caso, de economía en el uso de los recursos (lo cual puede implicar una preferencia por medidas pre-procesales antes que por las que se aplican durante el proceso penal o con posterioridad a la condena) y de coherencia con la política criminal de cada país, bajo el

ⁱ Este documento es producto del trabajo colectivo realizado por el Grupo de Trabajo sobre Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. Los autores principales fueron Marie Nougier (IDPC) y Sergio Chaparro (Dejusticia), con contribuciones de Ernesto Cortes (ACEID), Verónica Vélez Acevedo (Sociedad para Asistencia Legal, Puerto Rico), María Cristina Meneses Sotomayor (Defensa Pública de Loja, Ecuador) y Marisol Aguilar (Equis Justicia para las Mujeres).

principio de racionalización en el uso del derecho penal y la pena privativa de libertad – teniendo en cuenta el principio clave según el cual el encarcelamiento debería ser utilizado únicamente como última ratio.

1. Recomendaciones generales:

- Las alternativas al encarcelamiento deben tener como objetivo lograr respuestas más humanas y efectivas a los delitos de drogas que reduzcan los impactos y las consecuencias negativas de la privación de la libertad (tales como el hacinamiento y las violaciones a los derechos humanos en las cárceles), así como racionalizar el uso del derecho penal, haciéndolo más garantista y compatible con la idea del castigo penal como última ratio. Es necesario minimizar el uso de la herramienta penal y de la cárcel, centrándose en reforzar la elegibilidad de las mujeres a penas alternativas que eviten los impactos que genera el encarcelamiento femenino. Además, la finalidad de las penas debería ser la promoción de la resocialización y la construcción de proyectos de vida acordes con las aspiraciones de las mujeres.

Cuadro 1. ¿Para quienes deberían implementarse alternativas al encarcelamiento?

Los países de las Américas han reconocido que el encarcelamiento masivo por delitos de drogas ha resultado ineficaz para interrumpir las actividades de las organizaciones de tráfico de drogas y proteger la salud pública. En los países de la región, la población que se encuentra en las cárceles por delitos de drogas está compuesta por lo general por los eslabones más débiles de la cadena del tráfico, superando ampliamente a los narcotraficantes de alto nivel que se encuentran en prisión. Estos eslabones débiles han sido objeto de sanciones criminales significativas y fueron generalmente sorprendidos en posesión de dosis para uso personal, o distribuyendo pequeñas cantidades de drogas, o en otros roles poco relevantes y fácilmente reemplazables para las organizaciones de tráfico. La mayoría de estos infractores vivían, y probablemente seguirán viviendo después de la prisión, en condiciones de vulnerabilidad social.

Teniendo en cuenta estas realidades, los países de la región, en un reciente informe publicado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) y liderado por el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, han respaldado la necesidad de buscar “alternativas al encarcelamiento para los infractores menores, no violentos, utilizando el encarcelamiento principalmente como una respuesta a los delitos violentos, el tráfico de drogas de alto nivel, y otras amenazas graves a la seguridad”. El informe reconoce que la sola represión resulta insuficiente si el Estado no les ofrece a las personas que cometen delitos de drogas alternativas reales para mejorar sus condiciones de vida, en forma tal que tengan la posibilidad de optar por una opción de subsistencia en la legalidad.

El informe también plantea la necesidad de incorporar enfoques diferenciales en la implementación de alternativas al encarcelamiento de tal forma que pueda hacerse un examen más detallado de la función y características del infractor –como el género, la edad, la situación socioeconómica, lugar de origen, religión, falta de orientación en su juventud, y discapacidades físicas y mentales– para que las autoridades puedan determinar las respuestas alternativas más adecuadas, reconociendo las vulnerabilidades que pueden enfrentar las distintas personas y, un punto particularmente relevante para el caso de las mujeres, los impactos que el encarcelamiento puede tener sobre las personas a su cargo.

Los siguientes criterios deberían tenerse en cuenta para el caso de las mujeres: vulnerabilidad socioeconómica, participación en los eslabones más débiles de las organizaciones de tráfico, ausencia de circunstancias agravantes como la violencia en la comisión del delito, situación de dependencia frente a sustancias, afectación a derechos de terceros a cargo, cantidades de droga involucradas, vulnerabilidades adicionales por razones etarias, étnicas, lugar de procedencia, entre otras.

- Remover todos los obstáculos legislativos y prácticos que impiden a las personas que cometen delitos de drogas beneficiarse de las alternativas al encarcelamiento o los subrogados penales existentes. Como ya ha sido señalado, la caracterización de los delitos de drogas como “delitos graves”, en muchos contextos significa que a todos y todas las infractoras de ley sobre drogas se les impone prisión preventiva oficiosa o no pueden beneficiarse de alternativas al encarcelamiento. También deberían eliminarse todas las disposiciones u obstáculos prácticos que impiden que las mujeres privadas de libertad por delitos de drogas puedan recibir esta clase de beneficios. Entre estos obstáculos es importante someter a evaluación y revisión los sistemas de defensoría pública para garantizar que las mujeres de escasos recursos gocen de una defensa efectiva y adecuada en los procesos penales que deben enfrentar, y que por ningún motivo una defensa deficiente pueda significar la imposición de penas mayores o el no poder beneficiarse de subrogados penales o alternativas al encarcelamiento disponibles.
- Garantizar para toda primera ofensora de delitos relacionados con drogas el ingreso a programas por fuera del sistema penal que permitan prevenir, a través del abordaje integral y el apoyo de una red multisectorial, la comisión de nuevos delitos. En cualquier caso, la reincidencia no debería actuar en contra de la persona si el sistema no cumple las funciones de rehabilitación e inserción social. En consecuencia la reincidencia no debería ser utilizada en leyes penales sobre drogas como argumento para excluir a una persona de programas de desvío u otra clase de alternativas al encarcelamiento, ni para agravar su pena.

Cuadro 2. Reincidencia y acceso a programas de desvío

El concepto de reincidencia es concebido como “el acto material de la recaída del culpable en la comisión del delito”ⁱⁱ que puede ser genérica (el nuevo delito es de naturaleza diferente a aquel por el cual fue sentenciado) y específica (reiteración en delitos de la misma especie).

Países latinoamericanos lamentablemente han acogido en sus legislaciones la reincidencia específica con dos efectos: 1) para agravar la pena al momento de su individualización; y, b) (en ciertos países) para impedir la obtención de libertad condicional o excluir a una persona de programas de desvío.

En el caso ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 57, prevé la reincidencia, determinando su procedencia en delitos con la misma tipicidad de dolo y culpa respectivamente, incrementado la pena del reincidente en un tercio de la máxima. En el Código Penal de la República de Costa Rica, el artículo 39, prescribe que “Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un

ⁱⁱ DONNA, Edgardo A./ IUVARO, María José, Reincidencia y culpabilidad. Astrea, Buenos Aires , 1984.

tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición”. En el Código Penal de la República Oriental de Uruguay, el artículo 48 agrava la responsabilidad por reincidencia, indicando que se entiende por tal, “el acto de cometer un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de la libertad, o por la detención preventiva, o por la pena”.

Dicha normativa es inconstitucional por la vulneración de los siguientes principios:

- **Principio de culpabilidad:** Se vulnera este principio si se agrava la pena en razón de los antecedentes condenatorios de una persona.
- **Principio “non bis in ídem”:** Ninguna persona podrá ser juzgada más de una vez por la misma causa y materia. Cuando hablamos de doble juzgamiento, se debe verificar concurrencia de una triple identidad: personal, objetiva y de causa de persecución.ⁱⁱⁱ Este principio no sólo se encuentra previsto en las constituciones latinoamericanas, sino también en normativa internacional (artículo 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 8 inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- **Principio de igualdad:** Vulnera dicho principio al clasificar los ciudadanos en reincidentes y no reincidentes, operando de dicha forma una discriminación estatal.
- **Principio de acto:** Este principio nos permite diferenciar entre derecho penal de autor y derecho penal de acto. En el primero,^{iv} la persona responde por su ser, características, personalidad, peligrosidad; en el segundo, responde por sus actos conscientes y voluntarios. El derecho penal de autor, a decir de la Corte Constitucional Colombiana, está fundado en la dignidad humana, y es aceptado como tal en la mayoría de los países latinoamericanos.

A estas vulneraciones se suma el hecho de que la responsabilidad del fracaso de la rehabilitación social del sentenciado no puede ser del penado, sino que debe ser asumida por el Estado, que a todas luces fracasó en su modelo o política de rehabilitación.

La reincidencia no debería ser utilizada en leyes penales y/o de drogas como argumento para excluir a una persona de programas de desvío, ni para agravar su pena, pues no se puede actuar en contra de la persona si el sistema no cumple con sus funciones de rehabilitación e inserción social del penado, lo cual constituye una vulneración a principios básicos del derecho incorporados en tratados internacionales y constituciones, a más de ser un criterio arraigado del derecho penal de autor, que debe ser suprimido de ordenamientos penales, en lo que debe prevalecer el respeto a la dignidad humana y mínima intervención penal.

ⁱⁱⁱ FLEMING, Abel. / LOPEZ VIÑALS, Pablo, Las Penas. Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

^{iv} Sentencia C - 077/06. Corte Constitucional de Colombia.

2. Consumo problemático de drogas y comisión de delitos relacionados con el uso

Se trata de personas que pueden estar enfrentando cargos por delitos vinculados con uso problemático de drogas o micro-tráfico asociado a dependencia de sustancias controladas. Cabe reiterar que el simple consumo de drogas (o posesión de drogas para uso personal) en ningún caso debería criminalizarse. Para este perfil de infractores se recomienda:

- Considerar la suspensión del proceso penal para los delitos vinculados a uso problemático de drogas entretanto se brinda oportunidad para el tratamiento mediante un desvío como alternativa antes o durante el proceso penal. La ejecución de la pena en prisión puede significar un reforzamiento de los problemas de uso y dependencia de sustancias, pues los mercados de drogas funcionan activamente en los centros penitenciarios de la región.
- Adoptar modelos de justicia restaurativa, promoviendo un modelo de gestión caso por caso, explorando con la usuaria cuáles fueron los factores que llevaron a la comisión de delitos asociados al uso problemático, mediante una cooperación interinstitucional y el apoyo de un equipo multidisciplinario con una visión integral de salud sicosocial.
- Asegurar que estos programas se implementen con un enfoque de colaboración no punitivo dirigido a la rehabilitación de la persona, mediante medidas innovadoras adaptadas de procesos como la conciliación o de mediación penal voluntaria. En ningún caso debería ser obligatorio integrarse al programa de tratamiento – la evidencia disponible demuestra que programas de tratamiento forzosos son ineficaces y contraproducentes y las Naciones Unidas han condenado los procesos de rehabilitación obligatoria de usuarios de drogas como alternativa al encarcelamiento.^v

Cuadro 3. Evidencia sobre programas de desvío de usuarios de drogas dependientes a programas de salud y de tratamiento

El modelo de cortes de drogas promovido por los Estados Unidos ha sido adoptado, o está siendo considerado, por varios países latinoamericanos y del Caribe, en particular en México, Argentina, Chile, Panamá, Costa Rica, la República Dominicana, Jamaica y el Salvador. Estas cortes consisten en referir a personas usuarias de drogas que hayan cometido un delito relacionado con su uso a una corte especializada en temas de drogas. El objetivo es enviar la persona a un programa de tratamiento y asimismo reducir la tasa de encarcelamiento de personas que han cometido delitos menores y no violentos asociados con drogas.

Sin embargo, este mecanismo es objeto de muchas críticas, por lo cual no parece ser un modelo pertinente en la región. Una de las principales críticas es que el problema de la dependencia a drogas sigue siendo abordado desde una perspectiva de justicia penal y no como un problema de salud pública o un problema social. En América Latina, una de las limitaciones de las cortes de drogas es que atienden principalmente a usuarios de drogas acusados de posesión de pequeñas cantidades de sustancias. Sin embargo, aun cuando el sistema se enfoca en otros delitos no relacionados con el uso personal, muchas personas enviadas ante las cortes de drogas no sufren de problemas de dependencia, pero

^v <http://idpc.net/alerts/2012/03/joint-un-statement-closure-of-compulsory-drug-detention-and-rehabilitation-centers>

terminan escogiendo participar en un programa de tratamiento para no ir a la cárcel, lo que resulta en un uso ineficaz de los recursos disponibles. Otros problemas incluyen:

- La ausencia de profesionales de salud que determinen si la persona tiene dependencia o no frente a las drogas;
- El hecho de que la persona debe admitir su culpa para acceder a un programa de tratamiento; y
- La práctica, para los que no cumplen con su programa de tratamiento, de imponer penas más severas que si hubiesen sido procesados dentro del sistema de justicia penal tradicional.¹

Existe una variedad de otros mecanismos de desvío² de usuarios dependientes a servicios de salud o de tratamiento que permiten evitar las preocupaciones existentes relacionadas a las cortes de drogas. En Portugal, por ejemplo, desde la adopción de la ley de descriminalización en 2001, cualquier persona detenida por posesión de drogas es desviada a una “Comisión de Disuasión” compuesta por un trabajador social, un psicólogo y un doctor. La comisión revisa cada caso de manera individual. Si la persona tiene dependencia frente a las drogas, la Comisión puede referirla a servicios de tratamiento adecuados y/o a cualquier otro servicio de salud o social. El sistema reconoce plenamente que la dependencia es una enfermedad crónica, y por eso en caso de que una persona no cumpla con su programa de tratamiento y/o empiece a usar drogas de nuevo no se le aplica una sanción, sino que se da inicio a una revisión de los aspectos psicológicos, sociológicos, etc. que llevaron a la persona a usar drogas. Este sistema ha sido eficaz en reducir el nivel de estigma y de discriminación relacionado con el uso de drogas y en favorecer el acceso de personas dependientes a servicios sólidos de tratamiento y de reducción de daños.

Otro ejemplo interesante de derivación es el programa “Law Enforcement Assisted Diversion” (LEAD – Desvío asistido por los oficiales encargados de aplicar la ley) en Seattle, Estados Unidos. El programa, implementado desde 2011 en el distrito de Belltown en el centro de Seattle, se enfoca en quienes hayan cometido delitos menores relacionados con drogas o en personas involucradas en el trabajo de sexo y que tienen un problema de dependencia a las drogas –la mayoría de las personas involucradas en el proyecto (del 80 al 86%) no tienen hogar. Cuando la policía les detiene, no son procesados conforme a los trámites habituales de la justicia penal, sino que cada caso es transferido a una red de servicios sociales y sanitarios, previa revisión de un trabajador social. El éxito de LEAD se fundamenta en una colaboración fuerte y única entre múltiples actores, incluso la policía, fiscales, servicios de tratamiento y de salud mental y servicios de alojamiento, entre otros. Informes preliminares mostraron que los arrestos relacionados con drogas bajaron en un 30% durante el año en el que LEAD empezó a operar. El estudio mostró también que el 60% de los participantes al programa tenían menos probabilidades de reincidencia.³

El Programa de Tratamiento de Drogas bajo supervisión Judicial (PTDJ) en Costa Rica que forma parte del Programa de Justicia Restaurativa del Poder Judicial también es un ejemplo interesante. Este inició como parte del Programa de Tribunales de Drogas de la CICAD, adaptándolo al contexto legal costarricense, donde el consumo de drogas se encuentra descriminalizado. Este programa busca brindar una atención especializada a personas que cometan por primera vez un delito menor como consecuencia del consumo de drogas. En lugar de una sentencia privativa de libertad, se ofrece la posibilidad de someterse de forma voluntaria a un proceso de tratamiento ambulatorio o residencial, según cada caso particular. Este proceso es realizado por un equipo interdisciplinario de profesionales del

Programa de Justicia Restaurativa y del Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA): médicos, psicólogos, trabajadores sociales, orientadores, entre otros. Una de las limitaciones del PTDJ es su exclusividad para delitos menores como hurtos, agresiones, lesiones o conducción temeraria, excluyendo los delitos asociados al tráfico de drogas, ya que sin importar el tipo o cantidad de droga relacionada con el delito, todos son considerados como graves (excluyendo el intento de introducción de drogas a centros penitenciarios).

3. Micro-tráfico de drogas o correos humanos

La mayoría de las mujeres privadas de libertad en América Latina son encarceladas por transporte de drogas como correos humanos o micro-trafficantes. Se trata de mujeres involucradas en los eslabones más bajos del mercado ilícito y su encarcelamiento no tiene un impacto significativo sobre la reducción del mercado ilícito (pues son fácilmente remplazadas por otras personas en las mismas condiciones sociales), pero sí tiene consecuencias devastadoras sobre sus vidas y las de sus dependientes, perpetuando un círculo vicioso de pobreza, marginalidad, desesperación y reincidencia. Por esta razón es fundamental promover alternativas a procesos penales y encarcelamiento para este grupo en particular, así como una amplia gama de programas de justicia restaurativa.^{vi}

La justicia restaurativa reconoce que el delito causa daños a las personas y comunidades, y busca que la justicia repare esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso; así, las víctimas se apropian de sus conflictos, entonces víctimas y victimarios llegan a acuerdos donde se establecen verdaderas reparaciones a las víctimas y la sociedad y, así mismo, se posibilita al infractor su rehabilitación.

Este tipo de justicia es una actitud, un modo de pensar y enfrentar el delito desde la perspectiva de la víctima, del infractor y de la comunidad; pero no sólo se ocupa de reparar a la víctima, sino que permite que el victimario asuma su responsabilidad, ofreciéndole al mismo tiempo la oportunidad de enmendar directamente su conducta ante el ofendido y la comunidad. En tal sentido, se recomienda:

- Reformar los procesos penales para poder aplicar el principio de oportunidad –que se refiere a la abstención de empezar un proceso penal o terminar ese proceso penal si ya empezó– a mujeres micro-trafficantes que viven en condiciones de vulnerabilidad. Se deberían establecer criterios claros y estructurados para llevar a cabo esta medida a fin de evitar su uso arbitrario y el abuso del principio de discreción.

Cuadro 4. Aplicación del principio de oportunidad en Puerto Rico y Ecuador

En Puerto Rico, el Ministerio Público guarda discreción para determinar si un incidente debe activar el sistema de justicia criminal. También está facultado para archivar el expediente en la Secretaría de la sala correspondiente si por causa justificada considerara que no debe presentarse acusación, aunque ya el Tribunal haya emitido una determinación de causa

^{vi} Aquellas prácticas y programas que reflejan propósitos restauradores:

- Identificarán y darán pasos a fin de reparar el daño causado.
- Involucrarán a todas las partes interesadas.

Transformarán la relación tradicional entre las comunidades y sus gobiernos.

probable para acusar. Se le reconoce al Fiscal la facultad de desistir de un proceso penal ya iniciado, solicitando al tribunal el sobreseimiento (con o sin perjuicio) de una acusación con respecto a todos o algunos de los acusados. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha resuelto que “un tribunal sólo tiene autoridad para acoger una petición del Ministerio Público de archivar una acusación sin perjuicio (de que lo pueda reactivar) cuando las particulares circunstancias del caso reflejan que decretar el archivo con impedimento para un nuevo proceso resultaría en una gran injusticia”.⁴ De ordinario, el Fiscal General emite comunicados para uniformar los criterios que debe considerar un fiscal al ejercer su discreción en casos de interés público o de alta peligrosidad (por ejemplo, la posesión y venta de sustancias controladas en las inmediaciones a escuelas, parques recreativos y otros lugares protegidos por el riesgo potencial hacia los menores de edad) ya sea para evitar una aplicación arbitraria o laxitud. Asimismo, se reconoce amplia discreción al juzgador lo que se ha definido como: “forma de razonabilidad aplicada al discernimiento judicial para llegar a un conclusión justiciera”.⁵ El tribunal está facultado para decretar el sobreseimiento de una acusación o denuncia cuando ello sea conveniente para los fines de la justicia y previa la celebración de una vista en la que participará el fiscal. Se requiere que el juez exponga las causas de sobreseimiento en la orden dictada a tales efectos.

Por su parte, Ecuador consignó el principio de oportunidad en el artículo 412 de su Código Orgánico Integral Penal, otorgando discreción al fiscal para abstenerse de iniciar una investigación penal o desistir de una iniciada en determinados casos e infracciones. Se impide la aplicación del principio en una segunda ocasión si no se concediera en el primer trámite. Ante ello, el caso pasaría a conocimiento de otro fiscal para que lo inicie o continúe con su trámite, según corresponda. Por el contrario, cuando se ratifica la decisión, el caso se remitirá al juzgador para que declare la extinción del ejercicio de acción penal. Sin embargo, se excluyen, entre otros, todos los casos de delitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. La exclusión categórica de la discreción del fiscal establecida por la vía estatutaria a todos los casos de sustancias controladas, sin consideración a la peligrosidad de la conducta antijurídica realizada, resulta desacertada. Establece una equivalencia en el tratamiento jurídico a conductas que aparejan niveles de peligrosidad sumamente distinguibles. Ejemplo de lo anterior son los actos de posesión, auto-cultivo y micro-tráfico de drogas cuya afrenta a la seguridad pública es mínima y en algunos casos inexistente, en contraste con la venta a mayor escala o narcotráfico, cuya ocurrencia puede asociarse a la violencia, la corrupción y otros daños sociales de mayor alcance.

Como buena práctica se promueve el reconocimiento de discreción tanto al fiscal como al juzgador para que, en consideración de la totalidad de las circunstancias y hechos particulares del caso, determinen si amerita activar el proceso penal o continuar con el mismo, de haberse iniciado. También deben contar con discreción para suspender los efectos de un proceso penal, ya sea para procurar su archivo o referir a un procedimiento de desvío (mecanismo de derivación) y alternativo a la sentencia privativa de libertad que acarrea una convicción penal. Precisa que se consignen por la vía estatutaria ciertos criterios que, examinados en conjunto, permitan al juzgador y al Ministerio Público ejercer una discreción estructurada, evitando un uso arbitrario, discriminatorio o excesivo de esta facultad.

Como ejemplo ilustrativo de criterios que regulan el ejercicio de la discreción, se destaca el caso de Puerto Rico, donde en el año 2014 se reincorporaron varias penas alternativas a la reclusión (incluyendo la restricción terapéutica y la domiciliaria) y se restituyó la discreción judicial para seleccionar entre varias penas e incluso combinarlas, sujetas a determinadas condiciones. Entre estas condiciones, que varían dependiendo del tipo de pena alternativa

a concederse, cabe señalar las siguientes: que la pena fijada para el delito no sea mayor de 8 años; si se trata de un delito cometido a título de negligencia o intención criminal; que la duración de la combinación de penas no exceda el término estatutario del tipo del delito por el cual la persona resultó convicta; si la persona sufre de una enfermedad terminal o condición incapacitante degenerativa o no puede valerse por sí misma; la posibilidad de rehabilitación y el beneficio para la comunidad; disponibilidad de recursos y estabilidad del grupo familiar; la disposición de la persona a someterse a tratamiento; la necesidad de tratamiento y de supervisión, entre otras. Cuando se concedan penas alternativas condicionadas (por ejemplo, a recibir tratamiento) y se cumplan satisfactoriamente, el tribunal debe contar con discreción para decretar el sobreseimiento del caso y la exoneración del sentenciado, eliminándose su historial de antecedentes penales.

En el caso de poblaciones en condición de vulnerabilidad, tales como los menores de edad y las mujeres imputadas de cargos menores de drogas, deben tomarse en cuenta sus circunstancias particulares al determinar cómo disponer del caso. Entre los factores a considerarse en el caso de las mujeres se encuentran: si es jefa de familia con dependientes, si se trata de una mujer en estado de embarazo o que su alumbramiento fue en fecha cercana a la imposición de sentencia, si proviene de un bajo nivel socioeconómico, si es primera ofensora, si fue imputada de venta mínima o mediana escala de sustancias controladas y sin embargo, su participación en este mercado no es esencial, entre otros.

- Explorar modelos que contemplen un organismo administrativo multidisciplinario que evalúe a las mujeres detenidas por delitos de drogas y pueda discernir e identificar quiénes deben ser procesadas por el sistema penal y las que podrían ser derivadas a servicios comunitarios y sociales orientados a que la persona no reincida en el comportamiento delictivo.

Cuadro 5. Intervenciones al mercado de drogas

“Intervenciones al mercado de drogas” (“*Drug Market Interventions*” en inglés), desarrollado en los Estados Unidos, es un modelo exitoso en el que, después de operaciones de desmantelamiento de redes de tráfico realizadas por la policía, se evalúa a nivel administrativo cada captura realizada para que se determine si la persona es un eslabón débil (en cuyo caso debe referirse al proceso administrativo) o si es un eslabón fuerte en el mercado ilegal de drogas. Experiencias con este modelo han logrado reducir la violencia asociada a los mercados de drogas, cerrar mercados de drogas y reducir las detenciones y el encarcelamiento.

- Explorar la implementación de procesos de conciliación y/o de mediación penal para delitos de micro-tráfico. Estos mecanismos son procedimientos que se ejecutan cuando existe voluntad de ambas partes de terminar un conflicto. Para delitos de micro-tráfico una de las partes involucradas es el Estado ya que es quien se encarga de desarrollar e implementar políticas sobre drogas. En tal caso, el Estado podría evaluar la situación de la mujer micro-trafficante caso por caso para otorgarle medidas alternativas al proceso penal o al encarcelamiento. No obstante, en varios países de la región, los delitos de drogas, o “delitos contra la salud”, son considerados como “delitos graves” que merecen prisión preventiva oficiosa, así que tanto la mediación como la conciliación quedan fuera de la aplicación.

- Esas medidas deberían ser acompañadas del desarrollo de una red de apoyo social y comunitario incluyendo programas de educación, de trabajo, de vivienda, servicios de salud, etc., a fin de intervenir en los factores socio-económicos que llevaron a las mujeres a involucrarse en los mercados de drogas.
- En casos en los que las mujeres sean enviadas al proceso penal, debería considerarse una suspensión condicional de la pena a mujeres primo-delincuentes para identificar sus necesidades, condiciones de vulnerabilidad y los obstáculos que enfrentan y que no se han atendido por parte del Estado.
- Se reitera que el uso de la cárcel debería ser utilizado como último recurso para mujeres involucradas en delitos de micro-tráfico. En el caso en que se considere que deben ser encarceladas, pueden contemplar como opción sistemas progresivos (incluyendo regímenes de rehabilitación social, programas cerrados y semi-institucionales, libertad condicional, en particular para madres y mujeres embarazadas), teniendo siempre en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas. También podrían considerarse procesos de libertad anticipada.

Cuadro 6. Sistema progresivo y rehabilitación: Argentina y Ecuador

El hacinamiento carcelario en América latina es una de las más grandes vulneraciones a la dignidad humana. Lamentablemente, en la región no se ha concebido un verdadero sistema de rehabilitación social para los penados que comprenda y respete las necesidades de los sentenciados. El sistema progresivo es el régimen penitenciario, que en la mayoría de países del mundo, ha sido acogido para regular la vida de las personas privadas de libertad y contribuir a su rehabilitación, inclusive con la venia de las Naciones Unidas. Consiste en la división de la ejecución de la pena privativa de la libertad en etapas, concediéndose en cada una de ellas más ventajas y privilegios hasta recobrar finalmente su libertad.

En Argentina, las etapas del sistema progresivo son:

- período de observación
- período de tratamiento
- período de prueba
- salidas transitorias – semi-libertad y libertad condicional.

En el caso ecuatoriano, el sistema progresivo se organiza en tres etapas:

- régimen cerrado: entendido como la primera etapa desde que el penado ingresa al centro de rehabilitación se elabora un plan individualizado de ejecución de la pena y su ejecución
- régimen semi-abierto: el penado puede desarrollar actividades de inserción familiar, laboral, social, comunitaria fuera del centro de ejecución de penas siempre que haya cumplido por lo menos el 60 % de la pena impuesta, el juez dispondrá el uso del dispositivo de vigilancia electrónica
- régimen abierto: período de rehabilitación tendiente a la inclusión y reinserción social, en la que convive con su entorno social, siempre y cuando haya cumplido por lo menos el 80 % de su pena y bajo control de dispositivo electrónico.

La Constitución Ecuatoriana prescribe un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en período de lactancia que se encuentren privadas de

libertad (artículo 51, #6); situación ratificada en el artículo 537 del Código Orgánico Integral Penal: “Sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo electrónico (...) cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentra hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieran cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días”.

En atención al principio de interés superior del niño, que establece que sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas –principio previsto en tratados y convenios internacionales, constituciones y normas internas de cada país– las madres que deban cumplir una pena, podrían acogerse directamente al régimen semi-abierto o abierto para el cumplimiento de la misma y de esta forma evitar que se vulneren los derechos de niños, niñas y adolescentes a: 1) conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos y 2) derecho a tener una familia y a la convivencia familiar, esto considerando que en la mayoría de los casos de mujeres involucradas en micro tráfico, son mujeres cabeza de familia, lo que significaría, en caso de cumplir con una pena, la separación de sus hijos y vulneración de sus derechos.

4. Referencias claves

Giacomello, C. (2014), *Propuestas de alternativas a la persecución penal y al encarcelamiento por delitos de drogas en América Latina* (Consortio Internacional sobre Políticas de Drogas), <http://idpc.net/es/publications/2014/06/propuestas-de-alternativas-a-la-persecucion-penal-y-al-encarcelamiento-por-delitos-de-drogas-en-america-latina>

Comisión Interamericana para el Control al Abuso de Drogas (2015). Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas. Disponible en: <http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/alternativas-encarcelamiento/informe-tecnico-alternativas-encarcelamiento-delitos-relacionados-drogas.pdf>

European Monitoring Centre on Drugs and Drug Addiction (2015), *Alternatives to punishment for drug-using offenders*, <http://www.emcdda.europa.eu/publications/emcdda-papers/alternatives-to-punishment>

Guzman, D. (2012), *Las cortes de Drogas: Los avances y retos de una alternativa a la prisión* (Londres: IDPC & DeJusticia), <http://idpc.net/es/publications/2012/05/informe-del-idpc-dejusticia-las-cortes-de-drogas-los-alcances-y-retos-de-una-alternativa-a-la-prision>

¹ Ver: <http://idpc.net/es/publications/2012/05/informe-del-idpc-dejusticia-las-cortes-de-drogas-los-alcances-y-retos-de-una-alternativa-a-la-prision>; <http://idpc.net/es/publications/2015/03/cortes-de-drogas-evidencias-ambiguas-de-una-intervencion-popular> <http://idpc.net/es/publications/2015/03/cortes-de-drogas-evidencias-ambiguas-de-una-intervencion-popular>

² <http://idpc.net/es/publications/2014/06/propuestas-de-alternativas-a-la-persecucion-penal-y-al-encarcelamiento-por-delitos-de-drogas-en-america-latina>

³ <http://www.drugpolicy.org/news/2015/04/report-seattles-new-approach-low-level-drug-offenses-produces-nearly-60-reduction-rcid>

⁴ Véase Pueblo v. Gómez, 2005 T.S.P.R. 185

⁵ Véase Pueblo v. Ortega Santiago, 125 D.P.R. 203, 211 (1990)